

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

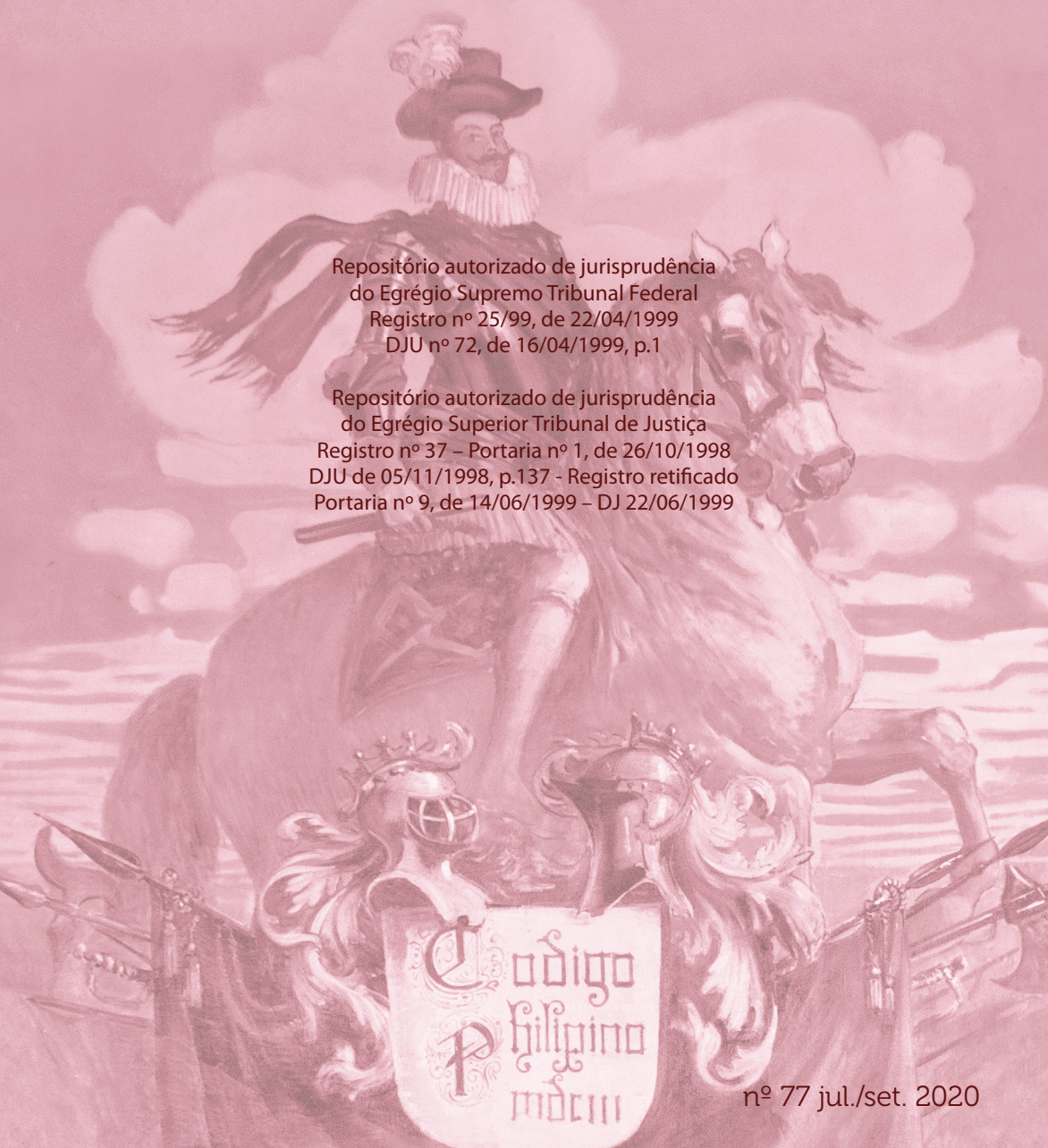


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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



nº 77 jul./set. 2020

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

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

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

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

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

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

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

Virgilio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

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

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

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

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

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

Pelos Promotores de Justiça

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

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

Ertulei Laureano Matos
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

Em meio à discussão acerca dos números reais sobre o avanço da Covid-19 no Brasil, a única certeza que paira é que o mês de julho foi o mais letal no País desde o início da pandemia, com 32.912 óbitos confirmados, isto conforme os dados apurados junto às secretarias de Saúde pelo consórcio formado pelos veículos de imprensa G1, O Globo, Extra, Estadão, Folha e UOL. No mundo, o *website* da Universidade Johns Hopkins indica um total de aproximadamente 18 milhões de casos, com mais de 681 mil mortes.

Apesar da situação catastrófica estabelecida no mundo, as Instituições públicas e privadas caminham em busca de soluções para o enfrentamento da crise social, política e econômica que se instalou em razão da pandemia. Afinal, além de a pandemia desconhecer gênero, credo, raça e poder econômico, a crise não é de um, mas de todos.

Nesse ínterim, ainda sensível aos debates em torno do restabelecimento do contato ou da manutenção do isolamento, ao que soma um grande quantitativo de aspectos circunstanciais ainda desconhecidos, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro divulga ao público o terceiro volume do ano de 2020, 129º de sua história.

A presente edição, sempre em sintonia com o dever de ampliar o processo construtivo do conhecimento, com a pesquisa e a análise sistêmica dos institutos jurídicos, oferece aos seus leitores, na seção “Doutrina”, os seguintes temas: resolução de demandas repetitivas; aborto e descriminalização; obrigações positivas em matéria penal; tipologia dos litígios na tutela coletiva; a nova sistemática de arquivamento da investigação penal a partir do Pacote Anticrime; o *amicus curiae* no processo de formação do precedente administrativo; solução consensual de conflitos; acordo de não persecução penal; acordo de não persecução cível; fundos públicos e organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

A seção “Observatório Jurídico” traz a lume duas judiciosas reflexões. A primeira, de Ives Gandra, explorando a temática da relevância e da urgência das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República. A segunda, do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Marco Antonio Ibrahim, que objetivamente defende, a partir da estrutura formal da legislação processual, o inapropriado temor da criminalização de atos da autoridade judiciária na chamada *penhora online*.

A seção “Observatório Filosófico” apresenta três reflexões de essência filosófica. São textos que tratam com sutileza e objetividade genuínas o pensamento social contemporâneo. O primeiro, da lavra do Professor Adolfo Borges Filho, Procurador de Justiça no Rio de Janeiro, aborda o conceito de subjetividade, do pensamento filosófico de Emanuel Levinas, em sua relação com o tempo ético. O segundo, do Professor Delmo Mattos, em parceria com Fernando Rogério Silva Marques Júnior, nos remete a uma instigante análise sobre direito, poder e linguagem. O último e não menos importante é da lavra dos sociólogos Francisco Julião Marins Bedê e Gabriel Cerqueira, que abordam o entendimento do direito a partir do imaginário social.

Na seção “Peças Processuais”, a Revista divulga a praxe dos membros do Ministério Público como forma de aprimorar e enriquecer o debate institucional, de modo a descrever as distintas facetas do cotidiano que o circunscreve o ambiente.

Na seção “Memória Institucional”, o projeto “Para Matar a Saudade” relembra, com o relato de seletos companheiros de jornada, a trajetória do Procurador de Justiça Gastão Lobão da Costa Araújo no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Os fatos e as fotos do encontro contribuem para demonstrar o abnegado compromisso dos membros na construção da história da Instituição.

A seção “Jurisprudência” apresenta importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Nessa Edição, retomamos a publicação de casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. Autonomia procriativa, igualdade de gênero e direito à vida fazem parte da decisão da Corte no *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) vs. Costa Rica*.

Por fim, resta-nos agradecer uma vez mais aos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal

Anderson de Paiva Gabriel

Felipe Carvalho Gonçalves da Silva 19

A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez – inconstitucionalidade da ADPF 442

Benedito Torres Neto 47

Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da Jurisprudência Interamericana em caso de violações de direitos humanos

Carlos Gustavo Coelho de Andrade 57

Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva

Edilson Vitorelli 93

O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal

Emerson Garcia 119

Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório

Fredie Didier Jr. 129

Solução consensual de conflitos: panaceia para todos os males?

José Marinho Paulo Junior 139

Acordo de Não Persecução Penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico

Ludmilla de Carvalho Mota 161

Fundos públicos — uma análise atual e os riscos da PEC 187/2019

Maria Fernanda Dias Mergulhão 195

Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa

Renato de Lima Castro 209

Organizações Sociais no ordenamento jurídico brasileiro: ultrapassando os limites da omissão legislativa

Rita Tourinho 237

Observatório Jurídico

Inteligência do art. 62, §10, da CF

Ives Gandra 273

A grave questão do indeferimento de penhoras *on-line* por temor do juiz de incorrer no crime previsto no artigo 36 da Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/2019

Marco Antonio Ibrahim 279

Observatório Filosófico

A relevância do tempo subjetivo na Ética Levinasiana

Adolfo Borges Filho 287

Direito, poder e linguagem: o paradoxo da soberania, estrutura linguística e a captura da vida pela exceção

Delmo Mattos

Fernando Rogério Silva Marques Júnior 293

Direito e imaginário social no Brasil contemporâneo

Francisco J. M. Bedê

Gabriel S. Cerqueira 301

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Consulta formulada pela Ouvidora-Geral do Ministério Público. Compartilhamento de dados dos usuários da Ouvidoria, por meio da rede de Ouvidorias Públicas.

Emerson Garcia 309

Parecer. ADO nº 26 e MI 4733, STF. Criminalização da LGBTFobia como racismo. Terminologias de compreensão sobre a comunidade LGBT+. Identidade de gênero. Orientação sexual. Direito antidiscriminatório. Padrão heterocisnormativo. Arrazoado contra argumentos falaciosos. Argumento moral patologizador. Argumento moral de más intenções.

Grazielly Alessandra Baggenstoss 315

Processo Administrativo MPRJ nº 2017.01075233. Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais.

2ª Procuradoria de Justiça junto à 16ª Câmara Cível em face da 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar em *habeas corpus* manejado contra decisão proferida em medida coercitiva determinada no curso de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que se encontra em fase de cumprimento de sentença.

Marlon Oberst Cordovil 333

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória 351

Dr. Gastão Lobão da Costa Araújo (02/12/1937 – 30/03/2020) 353

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 114.164 / São Paulo. *Habeas Corpus*. Latrocínio. Revisão criminal. Art. 621, I, do Código de Processo Penal. Absolvição perante o Tribunal de Justiça. Condenação restabelecida em recurso especial. Contrariedade à evidência dos autos. Ordem concedida.

Segunda Turma, 03/11/2015. 361

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.114.038 / Rio de Janeiro. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Matéria criminal. Artigo 337, § 1º, do RISTF. Intempestividade. Termo inicial do recurso. Artigo 370, § 1º, do CPP. Constitucionalidade. Embargos de declaração não conhecidos.

Segunda Turma, Sessão Virtual de 03/04/2020 a 14/04/2020. 369

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.700 / Rio de Janeiro. Ação direta de inconstitucionalidade – Emenda Constitucional 28/2002, que modificou o artigo 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, institui normas sobre forma de votação na recusa de promoção do juiz mais antigo, publicidade de sessões administrativas do Tribunal de Justiça, motivação e publicação dos votos – violação ao art. 93, *caput*, e incisos II, “d”, e x, ao art. 96, inciso I, “a”, todos da Constituição Federal – edição da Emenda Constitucional 37/2006: perda do objeto inexistente – ação julgada procedente.

Plenário, Sessão Virtual de 16/08/2019 a 22/08/2019. 375

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Conflito de Competência nº 172.445 / Rio de Janeiro (2020/0118975-7). Conflito Positivo de Competência. Execução Penal. Pena Privativa de Liberdade Substituída por Restritivas de direitos. Carta precatória expedida pelo juízo suscitante. Recusa do juízo suscitado que avoca a execução. Competência do juízo da condenação. Art. 65 da Lei de Execução Penal – LEP. Sistema eletrônico de execução unificada (SEEU) implementado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Decisão liminar na ADI 6259/2019 no Supremo Tribunal Federal – STF. Eficácia dos arts. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 da Resolução CNJ 280/2019 suspensa. Competência do juízo suscitante.

Terceira Seção, 24/06/2020. **393**

Habeas Corpus nº 542.780 / Rio de Janeiro (2019/0325221-3). Processo penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Homicídios qualificados, desabamento e lesão corporal gravíssima. Desabamento de prédios. Comunidade de Muzema - RJ. Excesso de prazo para formação da culpa. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Particularidades do caso concreto. Causa complexa com três réus. Advogados diferentes. Contribuição da defesa para a demora. Incidência da Súmula 64/STJ. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. *Modus operandi*. Testemunhas coagidas a mudar depoimentos. Pleito de concessão de prisão domiciliar. Ausência de comprovação da incompatibilidade entre o tratamento médico e o encarceramento. Entendimento diverso do Colegiado Estadual. Revolvimento do contexto fático-probatório na estreita via mandamental. Impossibilidade. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Habeas corpus* não conhecido, com recomendação.

Quinta Turma, 10/03/2020. **405**

Jurisprudência Cível

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.015.695 / Rio de Janeiro (2016/0298408-0). Administrativo. Improbidade. Ação rescisória. Não cabimento de alegações de violação de dispositivos outros que não os relacionados ao cabimento da ação rescisória. Deficiência na fundamentação do recurso especial. Fundamentos suficientes para manter o acórdão, não impugnados. Incidência, por analogia, dos enunciados nº 283 e nº 284 da Súmula do STF. Ausência de violação do art. 535 do CPC/73.

Segunda Turma, 17/10/2019. **439**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **453**

Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação *In Vitro*”) vs. Costa Rica **455**

Noticiário

MPRJ empossa novos Promotores de Justiça substitutos, aprovados no XXXV
Concurso para Ingresso na Carreira **617**

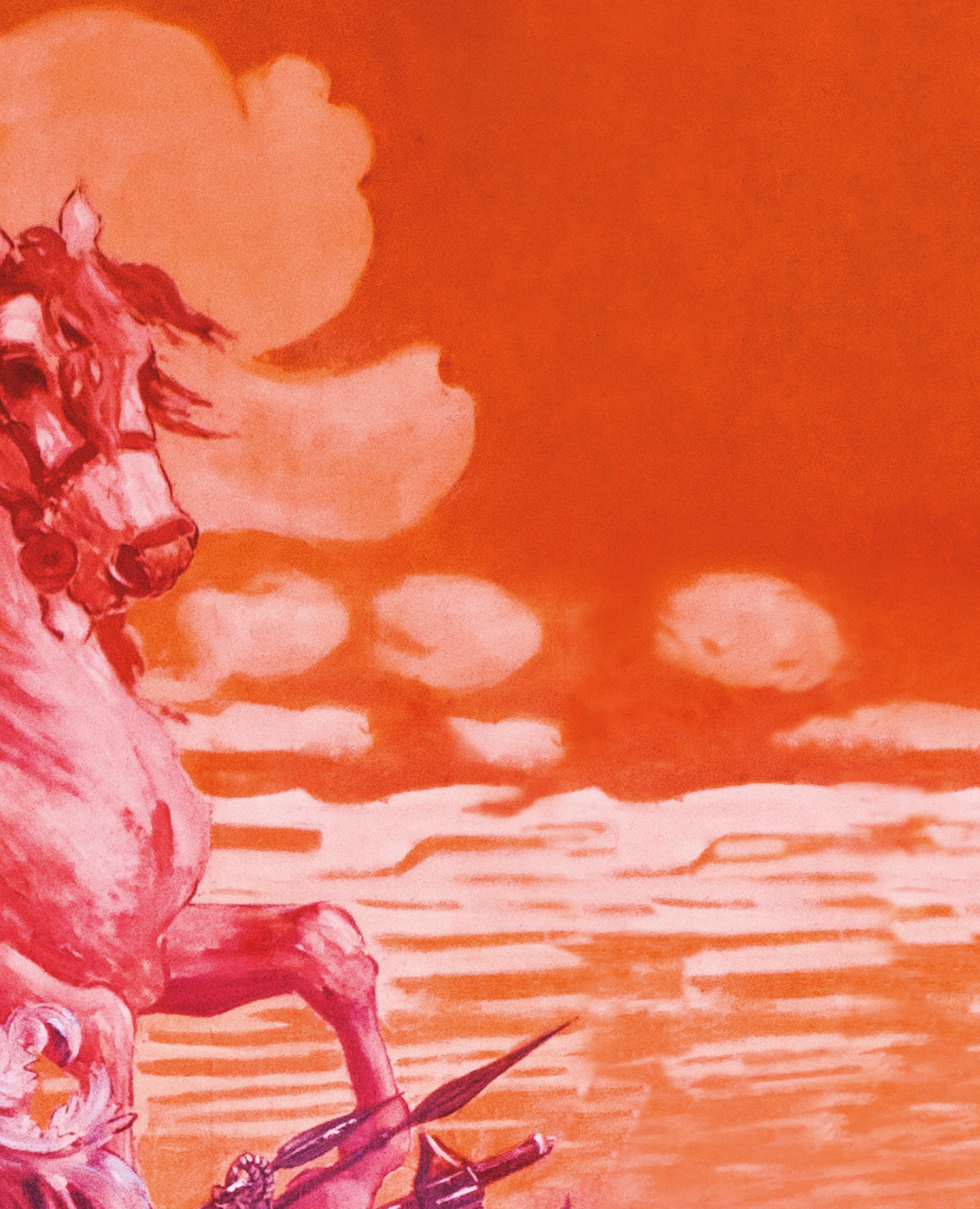
IERBB/MPRJ empossa Conselho Consultivo do Observatório Nacional de Adoção **625**

PGJ recebe a Medalha do Mérito da Procuradoria-Geral do Estado **627**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal

The incident of repetitive demands resolution and its object – fitting in criminal procedure

Anderson de Paiva Gabriel*
Felipe Carvalho Gonçalves da Silva**

Sumário

1. Introdução. 2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 3. O objeto do IRDR. 4. O IRDR na seara Penal e Processual Penal e o necessário diálogo entre as fontes. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – foi estatuído pelo Código de Processo Civil/2015 como uma promessa para efetivação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo. Este artigo tem por escopo analisar o objeto do IRDR, bem como o seu cabimento na seara penal e processual penal.

Abstract

The Repetitive Demand Resolution Incident - IRDR - was stipulated by the Code of Civil Procedure/2015 as a promise to enforce the principles of legal certainty, fairness and

* Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público, em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá e em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária (ESAJ). Integrante do Comitê Gestor de Segurança da Informação (CGSI) do TJRJ. Integrante do Conselho Editorial da Revista da EMERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Integrante do Fórum Nacional de Juizes Criminais (FONAJUC) e do Grupo de Estudos de Processo Penal do Instituto de Magistrados do Brasil (IMB). Membro do Conselho da HSSA (*Humanities e Social Sciences Association*) da University of California – Berkeley.

** Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAJRJ) no biênio 2020/2021.

reasonable length of proceedings. This paper aims to analyze the object of the IRDR, as well as its appropriateness to the criminal procedure area.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Objeto. Processo civil. Processo penal. Penal.

Keywords: *Incident of repetitive demands resolution. Object. Civil procedure. Criminal procedure. Criminal.*

1. Introdução

O acesso à justiça tem sido ressignificado como um sistema multiportas que abarca ferramentas voltadas para uma maior efetividade¹. Nesta senda, encampando a doutrina processual moderna, voltada à efetivação dos direitos fundamentais, o Código de Processo Civil de 2015 forjou um microsistema voltado à formação de teses jurídicas centrais aplicáveis a ações e recursos seriados, a fim de maximizar a segurança jurídica², a isonomia³ e a duração razoável do processo⁴.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um desses instrumentos, criado para harmonizar as referidas garantias fundamentais com a necessidade de efetividade.

2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Cumprе ressaltar que o CPC/2015 revela um hibridismo vanguardista entre a *civil law*, derivado do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas⁵, e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência se fez notar com mais força em nossa CRFB/1988 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, o referido Código consubstancia a nossa maturidade jurídica, uma vez que não se trata de um diploma que simplesmente reproduz o que a legislação de outro país, seja da família da *civil law* ou da *common law*, mas que acolhe os ensinamentos e a experiência de cada uma delas, transmutando-os em institutos

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 254, abr. 2016, p. 18.

² FUX, Luiz. Segurança jurídica no novo código de processo civil. In: RÊGO, Werson (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso*. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. p. 541-542.

³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. 1ª ed., Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 167.

⁴ FUX, Luiz; SANTANA, Irapuã. A construção de um código de processo civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 2015. p. 21.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.

próprios, numa singularidade peculiar à nossa realidade, o que nos leva a adjetivá-lo como antropofágico, em alusão ao análogo movimento literário modernista de 1922⁶.

Aqui reside o traço único do CPC/2015, que não só concilia a jurisprudência com os diplomas legais, como funde a busca pela pacificação dos litigantes (*conflict-solving process*) com a implementação de políticas públicas (*policy-implementing process*) e uma maior efetividade, sem descuidar da observância das garantias fundamentais processuais.

Assim, em busca de racionalização das decisões judiciais, o Código de Processo Civil, em seu artigo 926, determina a uniformização, estabilidade e coerência da jurisprudência. Pretende-se a promoção de julgamentos uniformes, seguros, isonômicos, capazes de contribuir para a resolução de conflitos em tempo razoável⁷.

O julgamento de casos repetitivos tem papel de destaque neste intento. Com efeito, o artigo 928 do CPC estabelece como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, podendo ter por objeto questão de direito material ou processual.

A melhor doutrina aponta a existência de um microsistema construído para a formação de teses jurídicas centrais aplicáveis a ações e recursos seriados⁸.

Observe-se que o IRDR tem, no artigo 928, idêntico tratamento jurídico ao dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, e tais instrumentos fazem parte de um mesmo título do Código, denominado “Dos processos nos tribunais e dos processos de competência originária dos tribunais”.

⁶ Podemos, aqui, traçar um paralelo com o movimento modernista que marcou nossa literatura, em especial, o “Manifesto Antropófago” ou “Antropofágico”. Trata-se de um manifesto literário escrito por Oswald de Andrade, publicado em maio de 1928, que tinha por objetivo repensar a dependência cultural brasileira. Propunha, basicamente, a devoração da cultura estrangeira e das técnicas importadas e sua reelaboração com autonomia, transformando o produto importado em exportável. No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade fez uso de teorias de diversos autores e pensadores mundiais, como Freud, Marx, Breton, Francis Picabia, Rousseau, Montaigne e Hermann Keyserling, retomando características dos primórdios da formação cultural brasileira, quais sejam: a combinação das culturas primitivas (indígena e africana) e da cultura latina, formada pela colonização europeia. Havia, ainda, a preocupação de que houvesse efetiva absorção cultural e não mera utilização de elementos importados, de modo que a cultura brasileira não se tornasse um amontoado de fragmentos de culturas exteriores. Nesse diapasão, o Manifesto Antropofágico foi um marco no Modernismo brasileiro, pois propôs a alteração da forma com que o brasileiro encarava o influxo de elementos culturais do mundo, ensejando a ascendência de uma identidade nacional e o orgulho da produção cultural própria. O novel Código, em verdade, também busca assimilar as melhores qualidades de cada uma das tradições, exsurgindo em seu bojo institutos próprios e que almejam ser adequados a nossa realidade, tornando-se passível de verdadeira “exportação”, ou seja, de se tornar um referencial para outros países acatarem ao criarem novos diplomas. Resgata-se, assim, como metáfora, a crença cultural tupinambá, que através da antropofagia ritualística buscava incorporar as qualidades dos inimigos das mais variadas etnias. Pois bem, também nós, com o CPC/2015, buscamos abarcar as virtudes do modelo europeu e do modelo americano, criando um diploma próprio e vanguardista, com espírito único. GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo*. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 21-30.

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 614.

⁸ RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, Direito Jurisprudencial, v. 259, set. 2016. p. 1.

Neste sentido, Antônio do Passo Cabral sustenta que:

Essa afirmação não decorre apenas de uma orientação doutrinária. Em nosso sentir, trata-se de uma opção legislativa que deriva do modelo adotado pelo novo Código e de algumas regras que expressamente estabelecem uma interpenetração normativa entre os diversos procedimentos. Por exemplo, o art. 928 do novo CPC afirma que se consideram "julgamento de casos repetitivos" as decisões proferidas tanto nos recursos especial e extraordinário repetitivos quanto aquelas do incidente de resolução de demandas repetitivas. O art. 979, § 3º, ao estabelecer um cadastro abrangerá também o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos⁹.

Esse microsistema¹⁰ permite a aplicação analógica de diversas regras entre os institutos que o integram¹¹⁻¹².

Timbrado no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil, o IRDR tem aplicação, quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Pretende-se com o IRDR, na esteira do artigo 926 do diploma processual civil, uniformizar a jurisprudência dos tribunais, bem como mantê-la estável, íntegra e coerente.

3. O objeto do IRDR

Segundo o escólio de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o IRDR foi concebido para as demandas em que se discute exatamente a mesma questão de direito e a respeito da qual, muitas vezes, há decisões totalmente divergentes¹³.

É cada vez mais comum a existência de demandas em que centenas, milhares de ações, surgem em virtude de um mesmo evento. São as chamadas demandas

⁹ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1415.

¹⁰ Ratificando a posição de que os Recursos Repetitivos e o IRDR fazem parte de um mesmo microsistema, a assessoria de imprensa do STJ, ao noticiar a admissão do primeiro pedido de suspensão nacional em IRDR, publicou que "a admissão do primeiro requerimento de suspensão nacional o IRDR equivale ao recurso repetitivo apreciado pelo STJ, todavia em nível do TJ e TRF." (Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-defere-primeiro-pedido-de-suspens%C3%A3o-nacional-de-processos-em-decorr%C3%Aancia-de-IRDR>. Acesso em: 11 ago. 2018).

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1415.

¹² Neste sentido, os enunciados nº 345, nº 346 e nº 347 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

¹³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, volume XIV, ano 8, jul./dez. de 2015 de 2015. p. 485.

de massa. Tais hipóteses, não raras vezes, dão azo a constituição de verdadeira jurisprudência lotérica¹⁴.

A insegurança jurídica é entrave, inclusive, para o crescimento econômico do país, pois a confiança é elemento necessário para o planejamento de novos investimentos¹⁵. Nesse diapasão, é justamente a insegurança jurídica que se pretende aniquilar com o novel instrumento, tornando os julgamentos mais coerentes, isonômicos e céleres.

Cumprir destacar que o IRDR foi inspirado principalmente no instituto alemão denominado *Musterverfahren*. Foi influenciado também pelas chamadas *test claims*, *pilot judgments*, *group litigation order* e no *Pilotverfahren*, figuras desenvolvidas por ordenamentos jurídicos alienígenas com o intuito de possibilitar mecanismos para julgamentos de questões comuns ou por amostragem¹⁶.

Aluisio Mendes, um dos maiores estudiosos do tema¹⁷, destaca que o *Musterverfahren* (procedimento-padrão) surgiu na Alemanha, diante da dificuldade prática que o Tribunal Administrativo de Munique enfrentava para processar as 5.724 (cinco mil, setecentas e vinte e quatro) demandas ajuizadas para objeção à construção do aeroporto internacional daquela cidade. Com a constatação de que muitas daquelas demandas exibiam similitude quanto aos fatos alegados, o órgão judicial de primeiro grau inovou, pinçando 40 procedimentos para processamento, instrução e julgamento, enquanto os demais ficaram suspensos aguardando a resolução do procedimento-modelo. A medida foi questionada perante a Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha, que a chancelou como forma de resolver o problema processual decorrente daqueles milhares de demandas com idêntica questão de fundo¹⁸.

A despeito de suas fontes de inspiração serem estrangeiras, a nova ferramenta processual é genuinamente brasileira¹⁹, não se tratando de simples importação, e dela deve ser extraído o máximo proveito, em homenagem ao Princípio da Operosidade.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-126, abr. 2001.

¹⁵ ROMANO, Rogério Tadeu. *A insegurança jurídica e a economia de mercado*. <https://jus.com.br/artigos/42319/a-inseguranca-juridica-e-a-economia-de-mercado>. Acesso em: 25 jul. 2018. A insegurança econômica não se confunde com a análise econômica do Direito. Sobre a análise econômica do Direito, confirmam-se: FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017, p. 421-432; WOLKART, Erik Navarro. Amendments to the new civil procedure code by bill 168/2015: what would John Rawls and Richard Posner think of it? *Revista de Processo Comparado*, vol. 4, jul./dez. 2016, p. 255-273.

¹⁶ Aluisio Mendes tem estudo aprofundado sobre estes institutos. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014). Sobre o *Musterverfahren*: (CABRAL, Antonio do Passo. O procedimento-modelo (*Musterverfahren*) tedesco e gli istrumenti di risoluzione di processi ripetitivi. *Revista de Direito Comparado*, vol. 1, jan./jun. 2015, p. 45-67).

¹⁷ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes obteve a sua cátedra em Direito Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro com tese sobre o tema.

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30-31.

¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 2-3.

Afinal, para que se assegure o efetivo acesso à justiça, é indispensável a “utilização dos instrumentos e dos institutos de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização técnica a serviço dos fins idealizados”²⁰.

O objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas são os processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão, unicamente de direito, no que difere do procedimento-modelo alemão. Apontando as diferenças, preconiza Aluisio Mendes: “No *Musterverfahren*, há julgamento completo do(s) pedido(s) formulado(s), havendo, portanto, cognição ampla e exauriente, com a apreciação das questões de fato e de direito. Por esta razão, a produção de prova é ampla”²¹.

Já no ordenamento jurídico inglês, existe o procedimento coletivo denominado *group litigation order* (GLO), que se presta à uniformização das decisões e será utilizado “sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questão de fato ou de direito, comuns de direito coletivo”²².

A despeito do que sustenta parcela da doutrina, apesar de ser cabível somente quando a controvérsia residir em questões unicamente de Direito, o IRDR não é cabível tão somente às pretensões isomórficas, ou seja, aquelas que possuem elementos de fato e de direito comuns²³.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece no artigo 928:

Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Logo, se as questões comuns podem ser de natureza processual, não se pode exigir que o IRDR somente possa ser instaurado em ações isomórficas, pois as questões comuns não dependem exclusivamente da identidade ou semelhança das causas de pedir e pedido. Conforme pontua Antônio do Passo Cabral, “é equivocada pensar que o IRDR esgota-se na análise de direitos individuais homogêneos. Nestes, ele também poderá

²⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e a ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 62.

²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.

²² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 58.

²³ NUNES, Dierli. *O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 12 out. 2019.

*ser útil, mas o espectro de abrangência do IRDR alcança um arco maior de situações que atraem sua aplicação.*²⁴

Cumpra mencionar a controvérsia em torno da norma estatuída no parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil²⁵. Parte da academia sustenta que o incidente de resolução de demandas repetitivas acarreta o julgamento da demanda. Por outro lado, há abalizado posicionamento doutrinário defendendo que há cisão cognitiva, prestando-se o IRDR a fixar somente a tese comum a ser aplicada²⁶.

Sofia Temer, em obra sobre o tema, registra:

Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa a tese jurídica, sem resolver a “lide”. Permeia tal discussão a referência aos modelos da “causa-piloto” e do “procedimento-modelo”, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente.

Apesar de a discussão em torno do IRDR apresentar peculiaridades em relação aos modelos citados no direito comparado, o que decorre de elementos próprios do nosso instituto e de nosso sistema processual, é possível agrupar os entendimentos doutrinários apresentados até o momento também em duas linhas principais, que se aproximam cada qual a um daqueles modelos.

De outro lado, há autores afirmando que o incidente destina-se também ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Segundo esta linha, além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo, caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória. Esta parcela da doutrina emprega o termo “causa-piloto” para se referir ao incidente.

²⁴ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1420.

²⁵ “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.”

²⁶ Antônio do Passo Cabral entende que, após a inserção pelo Senado do parágrafo único do artigo 978 do CPC, o instituto passou a ter unidade cognitiva e decisória. Critica o formato: “Pensamos que, como formato ideal, a opção do legislador foi muito ruim. Misturar questões comuns a milhares de causas com as peculiaridades fáticas de um ou poucos processos individuais, tudo unido num mesmo julgamento, pode levar a uma cognição confusa no âmbito do IRDR. E, de fato, ao analisar a questão comum, por vezes pode ser difícil para o órgão julgador desprender-se das idiosincrasias do caso concreto, o que será especialmente preocupante porque, de acordo com o novo CPC, o tribunal também deverá julgar a causa.” CABRAL, Antônio do Passo; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 1418.

De outro, afirma-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva²⁷.

Daniel Vianna Vargas²⁸ salienta que, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há julgado em que não houve cisão do julgamento (IRDR nº 0018608-85.2015.8.19.0044) e, em sentido diametralmente oposto, entendimento da Seção Cível Especializada sustentando a concepção de processo abstrato (IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.0000), com análise tão somente da questão de direito debatida no incidente.

Embora a redação do parágrafo único do artigo 978 do CPC permita a interpretação de que o IRDR também se prestaria a resolver a lide, acreditamos que o posicionamento mais técnico é o que preconiza que somente tem por objeto o julgamento da questão de direito controvertida, sem se imiscuir no caso concreto. E são muitos os argumentos: 1) o IRDR tem por escopo a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o prosseguimento da causa; 2) a desistência do processo no qual foi instaurado o incidente (causa-piloto), não obsta o seu prosseguimento, o que denuncia o seu caráter objetivo; 3) “a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos de sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais.”²⁹; 4) inconstitucionalidade formal e material da regra de competência³⁰.

Estabelecido que o IRDR tem natureza objetiva, deve-se definir a extensão do seu objeto. Nesse diapasão, o texto legal é clarividente quando delimita o norte do IRDR, qual seja, a uniformização de questões de direito.

Segundo Silvânio Covas, “questões são pontos sobre os quais as partes controvertem. E essa controvérsia poderá residir nos fatos ou no direito que informam a pretensão deduzida, devendo o juiz considerá-los como premissas para a declaração de vontade concreta da lei”³¹.

²⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed, rev., ampl., atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 66-68.

²⁸ VARGAS, Daniel Vianna. Estabilidade Objetiva do IRDR: escritos sobre congruência e eficácia vinculante. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 135-136.

²⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed, rev., ampl., atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 70.

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 71.

³¹ COVAS, Silvânio. Questões de fato e questões de direito – quantificação do dano moral. *Revista de Processo*. vol. 100, out./dez. De 2000. p. 7 da versão on-line.

Para o julgador, decerto é impossível apartar a questão de fato da questão de direito, afinal, o juiz deve subsumir os fatos ao direito para motivar suas decisões.

Conforme o percuciente ensinamento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

O requisito de tratar-se exclusivamente de questão de direito deve ser entendido com *grano salis*, pois, normalmente, a questão jurídica dificilmente vem dissociada de uma questão de fato, que lhe dá base. Assim, questão de fato, sempre que necessário, deverá ser examinada e contextualizada para a formação da tese jurídica. Daí por que, se exige que no cadastro de registro eletrônico das teses jurídicas tomadas a partir do IRDR contenham os fundamentos determinantes da decisão, que poderão abranger questões de fato, além dos dispositivos normativos a ela relacionados (artigo 979, § 2º).³²

Embora seja inviável a efetiva separação das questões de fato das questões de direito, é possível determinar se a questão é predominantemente de fato ou de direito, como se depreende do escólio de Teresa Arruda Alvim:

Mas, no que diz respeito especificamente ao tema central dessas nossas breves considerações, tem-se dito, com acerto, que, rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas. As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento “pendular”, que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a subsunção, qualificando os fatos e determinando-lhes as consequências no plano normativo.³³

Não que seja tarefa fácil, como sublinhou Barbosa Moreira³⁴. De fato, deve-se ter em mente que sem o fato não se pode dizer o direito³⁵.

³² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O novo processo civil brasileiro*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 125.

³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, vol. 92, out./dez. De 1998. p. 1-2 da versão online.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol 7, p. 581.

³⁵ “Percebe-se, portanto, que os fatos relativos ao caso concreto são sempre relevantes, inclusive para o enfrentamento das questões predominantes de direito. Por isso, ao afirmar que o IRDR pode ser admitido tão somente em relação a questões de direito, não se pretende sugerir, de modo algum, que os fatos concernentes ao caso repetitivo podem ser ignorados no procedimento de resolução do ponto

4. O IRDR na seara Penal e Processual Penal e o necessário diálogo entre as fontes

Delimitado o objeto do IRDR, cabe enfrentar a ainda incipiente discussão que envolve seu cabimento em questões criminais.

É cediço que o Direito Processual Civil tem avançado a passos largos, enquanto o Processo Penal tem caminhado timidamente.

Com efeito, o Código de Processo Penal é diploma vetusto, tendo entrado em vigor no ano de 1941. Foi redigido por Francisco Campos, mentor da Constituição de 1937 e do Ato Institucional nº 1 em 1964³⁶.

É bem verdade que ao longo dessas décadas sobrevieram ao Código de Processo Penal inúmeras modificações. Nesse passo, inclusive, há posição doutrinária adjetivando-o como quimérico³⁷, uma vez que as diversas leis alteradoras inseriram em seu corpo mudanças inspiradas pela ideologia vigente a seu tempo, culminando em um diploma desprovido de um espírito único e repleto de contradições.

A despeito de tal fato, as alterações mais recentes dizem respeito especialmente ao exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, reflexos do neoconstitucionalismo³⁸. É preciso avançar muito mais.

Apesar de alguma resistência³⁹, é robusta a corrente que advoga a existência de uma Teoria Geral do Processo⁴⁰. Com efeito, há uma relevante interseção entre o

controvertido. Ao revés, quer-se sublinhar que circunstâncias fáticas da causa devem ser consiradas *in statu assertionis* no julgamento do incidente, cujo resultado será aplicado aos casos pendentes e futuros na medida em que guardem correspondência com aquele que tiver sido objeto de afetação.” (SILVA, Ricardo Menezes da; Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo comparado*, vol. 6, jul./dez. 2017, p. 5 da versão on-line).

³⁶ GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo*. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 17-20.

³⁷ *Ibidem*. p. 15-20.

³⁸ SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da Silva. Do reconhecimento de garantias constitucionais processuais penais pelo ordenamento jurídico: uma década de evolução. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CASARA, Rubens Roberto Rebello; NICOLITT, André Luiz. (Orgs.). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. 1ª ed., Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. p. 150-160.

³⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva. p.59. Afrânio Silva Jardim rebate os argumentos tecidos por Aury Lopes Júnior (JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afrafranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>. Acesso em: 11 ago. 2018).

⁴⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho defende a existência de uma teoria geral do processo e assevera que pensam de igual maneira Frederico Marques, Carnelutti, Calamandrei, Alcalá-Zamora, Giovanni Leone, entre outros processualistas de renome. De fato, existem diversos institutos que são aplicados tanto ao Processo Civil quanto ao Processo Penal. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 170-171. Filiam-se a essa corrente, entre outros: Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 350); José Frederico Marques (MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 48-51); Franklyn Roger Alves (SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho*. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 207-252); Afrânio da Silva Jardim (JARDIM, Afrânio da Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afrafranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>. Acesso em: 11 ago. 2018; Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I.

Direito Processual Civil e o Direito Processo Penal, notadamente no que diz respeito aos conceitos estruturais, tais como: ação; processo; procedimento; jurisdição; nulidades, provas etc., o que evidentemente não infirma a importância das particularidades de cada um dos ramos.

Ademais, a partir das premissas dos modernos mestres italianos, como Ferri, Comoglio, Taruffo, Trocker e Varano, entre outros⁴¹, o processo deve ser visto, necessariamente, sob o prisma constitucional. Assim, se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o Direito Processual seria um ramo ou galho dessa árvore.

Marcelo Cattoni adverte com propriedade:

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro Modelo Constitucional do Processo, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. Nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira a última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de comando eivado de inconstitucionalidade.⁴²

Outra não é a lição de José Alfredo Oliveira Baracho⁴³:

Existem diversas concepções sobre a Teoria ou doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda a disciplina processual. Em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006); Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998).

⁴¹ Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*: Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

⁴² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial - segunda série*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 615-644.

⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 320-322.

a existência de direcionamentos gerais. A independência das diversas disciplinas processuais, a respeito do direito substantivo, é relativamente recente, sendo que a distinção se iniciou com o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, sendo que apenas mais tarde surgiram outros segmentos, como o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e novos segmentos da processualística. Com o tempo apareceu a mais moderna orientação processualística, através do processo constitucional.

Evidencia-se, portanto, a notória integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum, qual seja, o paradigma processual oriundo de nossa Carta Magna.

Assim, não sem razão foram estatuídos os comandos normativos do artigo 3º do Código de Processo Penal,⁴⁴ artigo 15 do código de Processo Civil⁴⁵ e artigo 4º⁴⁶ da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4657/42, revelando a necessidade de aplicação da Teoria do Diálogo entre as fontes.

Trata-se de uma teoria pós-moderna, idealizada pelo germânico Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, permitindo que normas gerais mais benéficas supervenientes suplantassem a aplicação de norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

A referida autora, ao discorrer sobre a teoria, asseverou ser um método da nova teoria geral do direito muito útil e que pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI⁴⁷.

A ideia não é nova. Santi Romano, desde 1918, defendia uma visão concreta do direito como um corpo vivo de normas, isto é, uma ordem jurídica seria um fenômeno da vida real⁴⁸. Por sua vez, em 1935, Karl Larenz defendeu que a unidade do direito ensejava uma interpretação sistemática e coerente de normas⁴⁹.

⁴⁴ Art. 3º do CPP: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

⁴⁵ Art. 15 do CPC/2015: "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

⁴⁶ Art. 4º da LINDB: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. O "Diálogo das Fontes" como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18-19.

⁴⁸ ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002, p.5.

⁴⁹ KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

Cláudia Lima Marques⁵⁰ destaca que:

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que deve reger.⁵¹

Nessa linha de ideias, há de se destacar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵², que deve balizar a aplicação de todas as leis, e o art. 8º do CPC/2015⁵³, que segundo a nossa compreensão, é norma fundamental do processo, alcançando todos os ramos processuais.

Ambos impõem ao magistrado que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, o faça buscando atender os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo que a norma processual, por ter sido editada já sob a égide da CRFB/1988, ainda determina que se procure resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, isto é, valores constitucionais.

O diálogo das fontes deve ser norteado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos ou fundamentais, possibilitando influências recíprocas entre diplomas diversos (por exemplo o CPC/2015 e o CPP), bem como a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente.

Trata-se, portanto, de uma expressão que simboliza um novo paradigma de coordenação e coerência, próprio para a interpretação de normas em tempos de fontes plúrimas. A aplicação do direito é, na pós-modernidade, um fenômeno complexo que dificilmente admite a simples subsunção do fato à norma, como ocorria no período napoleônico.

A teoria, portanto, pode ser usado em várias áreas jurídicas, pressupondo que os direitos fundamentais e os valores constitucionais norteiem a aplicação, seja simultânea, complementar ou subsidiária, de várias fontes.

Através de seu emprego, afastam-se eventuais lacunas e até evita-se a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, permitindo a escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas conforme a Constituição.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 18-19.

⁵¹ PERELMAN, Charles. *Logique Juridique* (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999. p. 175.

⁵² Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵³ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Cabe destacar elucidativo trecho sobre a teoria, proferido em acórdão da relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁵⁴:

O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

Nesse sentido, há que se destacar que os Tribunais brasileiros acolheram plenamente a “teoria do diálogo das fontes”⁵⁵, reconhecendo, inclusive, sua aplicação de forma específica no âmbito processual⁵⁶.

Como podemos observar, o diálogo se mostra não só possível, como necessário, para um processo penal efetivo e ao mesmo tempo garantista. Imperiosa a leitura do vetusto CPP à luz da Constituição Federal e do vanguardista CPC/2015, já que as

⁵⁴ AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 23/06/2015, data da Publicação/Fonte DJe 05/08/2015.

⁵⁵ REsp 1272827 (repetitivo), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques DJe 31/05/2013, REsp 1184765 (repetitivo) Relator: Ministro Luiz Fux DJe 03/12/2010, RMS 49370, relator: Ministro Herman Benjamin, 20/05/2016, AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 05/08/2015, REsp 1321614, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJe 03/03/2015, AgRg no AREsp 360490, Relator: Ministro Herman Benjamin DJe 07/03/2014, REsp 1216673, Relator: Ministro João Otávio de Noronha DJe 09/06/2011, REsp 1009591, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI DJe 23/08/2010.

⁵⁶ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES. 1. A defesa do executado, seja por meio de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-M), ou pelos embargos ao título extrajudicial (art. 739-A), é desprovida de efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se o executado requerer e desde que preenchido os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e, como regra, garantido integralmente o juízo, consoante a nova sistemática do processo satisfativo, introduzida pelas Leis nos 11.232/05 e 11.382/06. 2. A mesma *ratio* deve ser estendida às Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), posto receber aplicação subsidiária do CPC (art. 1º, da LEF) e não possuir regra específica acerca dos efeitos dos embargos à execução fiscal. 3. É cedido que: “No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º)” (AgRg na MC 13249/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 25/10/2007). 4. Conforme decidiu a 2ª Turma desta E. Corte, no Resp. nº 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin: “A novel legislação é mais uma etapa da denominada “reforma do CPC”, conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa *ratio*, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microsistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do “diálogo das fontes” (DJ. 19/12/2008). 5. Deveras, a aferição pelo Tribunal a *quo* acerca de serem “relevantes os fundamentos dos embargos, e podendo a execução causar ao executado grave dano de difícil reparação” (fl.88) é insindivível pelo E. STJ, ante o óbice da Súmula 07. 6. Recurso especial não conhecido. (REsp 1065668/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, data do Julgamento: 25/08/2009, data da Publicação/Fonte: DJe 21/09/2009) (grifado).

normas fundamentais previstas neste propalam justamente os valores previstos na Carta Magna, permitindo uma redemocratização do processo penal.

Há que se ressaltar, em outro giro, que mesmo antes do advento do CPC/15 a jurisprudência já era pacífica quanto a aplicabilidade das disposições do CPC/73 ao CPP e vice-versa, havendo inúmeros precedentes de nossos Tribunais Superiores.

Exemplo emblemático de aplicação supletiva decorre do instituto da *perpetuatio jurisdictionis*, que era previsto no art. 87 do CPC/1973⁵⁷ e agora no art. 43⁵⁸ do CPC/2015. Trata-se da perpetuação da competência, cuja aplicação ao processo penal sempre foi reconhecida também pela doutrina.

No mesmo sentido, já havia se posicionado anteriormente o STJ⁵⁹, também reconhecendo que, por força do art. 3º do CPP, aplica-se o disposto no Código de Processo Civil, levando à perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes inclusive do Pleno do Pretório Excelso).

O STF também já havia reconhecido a possibilidade de aplicação analógica do art. 191 do CPC/1973⁶⁰ ao processo penal, oportunidade em que foi ressaltado que se no processo civil, em que se discutem direitos disponíveis, concede-se prazo em dobro, com mais razão no processo penal, em que está em jogo a liberdade do cidadão⁶¹.

⁵⁷ Art. 87. “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

⁵⁸ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

⁵⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 1º, INCISOS I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA. REGRA GERAL. LUGAR DA INFRAÇÃO. ART. 70, *CAPUT* DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE O MUNICÍPIO ONDE SE DEU O CRIME, APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FEITO EM ANDAMENTO. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA (ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) DO ART. 87 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. I - A criação de nova vara federal com jurisdição sobre o município onde se deu a infração não implica incompetência superveniente do juízo em que se iniciou a ação penal. II - Por força do art. 3º do Código de Processo Penal, aplica-se ao caso o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil, levando à perpetuação do foro em respeito ao princípio constitucional do juiz natural (Precedentes do Pleno do Pretório Excelso e desta Corte). III - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, razão pela qual mesmo em sendo a liberdade a regra, esta se mostra devidamente excetuada, pois efetivamente demonstrada, em relação ao paciente, a existência de *periculum libertatis*. *Habeas corpus* denegado. (HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285).

⁶⁰ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

⁶¹ STF. Plenário. Inq 3983/DF, rel. orig. Min. Teori Zavaski, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 3/9/2015 (Info 797). STF. Plenário. Inq 4112/DF, rel. orig. Min. Teori Zavaski, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º/9/2015 (Info 797).

Por oportuno, cumpre esclarecer que o Supremo, durante análise de questão de ordem no Inquérito 3.980, redefiniu o entendimento para as ações penais onde todos os interessados têm acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos, indeferindo em votação unânime o pleito de prazo em dobro. Tal alteração ocorreu em virtude da vigência do novo Código de Processo Civil, que possui regra específica para o processo eletrônico (art. 229, §2º do CPC/2015⁶²).

Com efeito, conforme salientou o ministro Teori, em seu voto, a impossibilidade de acesso simultâneo ao inteiro teor dos autos — que eram exclusivamente físicos — é que justificava a norma anterior que dava prazo em dobro para as partes, o que não ocorre no processo eletrônico, razão pela qual deve ser aplicado subsidiariamente o artigo 229, §2º do CPC/2015, e não o *caput*⁶³. Reiterou-se, portanto, a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal.

Com o intuito de dissipar qualquer dúvida, há de se destacar precedente do STJ⁶⁴, em que foi pacificada a possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil, invocando-se o disposto nos arts. 3º e 804 do CPP⁶⁵, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC.

Como se não bastasse, a Quinta Turma do STJ assentou a aplicabilidade do princípio da cooperação, com base na aplicação subsidiária do CPC/2015,⁶⁶ admitindo

⁶² Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. § 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles. § 2º Não se aplica o disposto no *caput* aos processos em autos eletrônicos.

⁶³ STF, INQ 3.980. Conforme notícia divulgada pelo STF no dia 07 de junho de 2016, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318237&tip=UN>, último acesso em 10 nov. 16.

⁶⁴ DIREITO PROCESSUAL PENAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM AÇÃO PENAL PRIVADA EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. É possível condenar o querelante em honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de rejeição de queixa-crime por ausência de justa causa. É pacífica a orientação de possibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de ação penal privada (AgRg no REsp 1.206.311-SP, Quinta Turma, DJe 11/6/2014), com base no princípio geral de sucumbência e na aplicação do Código de Processo Civil. Nesse contexto, o antigo Código de Processo Civil - aplicado quando da condenação dos honorários advocatícios - previa a fixação da referida verba em razão da sucumbência da parte, independentemente da apreciação do mérito do feito, com suporte no princípio da causalidade. Assim, considerando que o regime de fixação de honorários advocatícios em sede de ação penal privada deve seguir a mesma lógica do processo civil, não há como aplicar de forma restritiva o CPC/1973, devendo responder por custas e honorários advocatícios a parte que deu causa ao ajuizamento da demanda, mesmo quando não enfrentado o mérito. Portanto, deve prevalecer o entendimento da Corte Especial sobre o tema (EDcl no AgRg na PET na APn 735-DF, DJe de 18/12/2015), a qual confirmou a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em caso de rejeição de queixa-crime, fundamentando-se nos arts. 3º e 804 do CPP, em harmonia com o art. 20 do antigo CPC. (EREsp 1.218.726-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/6/2016, DJe 1/7/2016).

⁶⁵ Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

⁶⁶ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

que o juiz intime o membro do *Parquet* para complementar a denúncia apresentando o rol de testemunhas⁶⁷.

No mesmo sentido, isto é, reconhecendo o dever de cooperação à luz de um contraditório participativo, a Sexta Turma do STJ já entendeu que o juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime⁶⁸.

Importante destacar que o próprio Código de Processo penal reconhece o diálogo com o Código de Processo Civil, tendo em vista a natureza processual de ambos, isto é, concernem a ramos de uma mesma árvore, à luz da doutrina de Nicolas Trocker, já citada.

⁶⁷ RHC 37.587-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/2/2016, DJe 23/2/2016 (Informativo n. 577).

⁶⁸ Sexta Turma DIREITO PROCESSUAL PENAL. *EMENDATIO LIBELLI* ANTES DA SENTENÇA. O juiz pode, mesmo antes da sentença, proceder à correta adequação típica dos fatos narrados na denúncia para viabilizar, desde logo, o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime. Com efeito, é válida a concessão de direito processual ou material urgente, em tema de ordem pública, mesmo quando o fundamento para isso seja decorrência de readequação típica dos fatos acusatórios, em qualquer fase do processo de conhecimento. De fato, o limite do caso penal são os fatos indicados na peça acusatória. Irrelevante é a adequação típica indicada pelo agente ministerial, que em nada limita a persecução ou as partes do processo – o juiz e mesmo o acusador podem compreender até a sentença que os fatos descritos caracterizam crimes outros. Daí porque não cabe ao juiz corrigir defeito de enquadramento típico da denúncia – na sentença simplesmente enquadrará os fatos ao direito, na forma do art. 383 do CPP, como simples exercício de jurisdição. É a *emendatio libelli* reservada para o momento da prolação da sentença, ocasião em que o magistrado, após encerrada a instrução e debates, decidirá o direito aos fatos acusatórios – sem qualquer limitação de enquadramento típico. Ocorre que matérias de ordem pública, de enfrentamento necessário em qualquer fase processual – como competência, truncamento da ação, sursis processual ou prescrição –, podem exigir como fundamento inicial o adequado enquadramento típico dos fatos acusatórios, como descritos (assim independentemente da instrução). Não se trata de alteração do limite do caso penal pela mudança do tipo penal denunciado – irrelevante aos limites do caso penal – e sim de decidir se há direito material ou processual de ordem pública, como, por exemplo, a definição do direito à transação penal, porque os fatos denunciados configuram em verdade crime diverso, de pequeno potencial ofensivo. Trate-se de simples condição do exercício da jurisdição, aplicando o direito aos fatos narrados na denúncia para a solução de temas urgentes de conhecimento necessário. Cuida-se de manifestação em tudo favorável à defesa, pois permite incidir desde logo direitos do acusado. Impedir o exame judicial em qualquer fase do processo como meio de aplicar direitos materiais e processuais urgentes, de conhecimento obrigatório ao juiz, faz com que se tenha não somente a mora no reconhecimento desses direitos, como até pode torná-los prejudicados. Prejuízo pleno também pode ocorrer, como no direito à transação penal ou sursis processual se realizado o correto enquadramento típico na sentença, ou acórdão de apelação. Ou no enquadramento da supressão de valores mediante fraude bancária como estelionato ou furto, pois diferentes os locais da consumação e, como incompetência relativa, sem renovação dos atos no foro adequado. Assim, há direito do acusado a ver reconhecida a incompetência, a prescrição, o direito à transação, a inexistência de justa causa, e, se isso pode reconhecer o magistrado sem dilação probatória, pela mera aplicação do direito aos fatos denunciados, pode e deve essa decisão dar-se durante a ação penal, como temas de ordem pública, mesmo antes da sentença. Se a solução do direito ao caso penal dá-se em regra pela sentença – daí os arts. 383 e 384 do CPP – temas de ordem pública podem ser previamente solvidos. HC 241.206-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 11/11/2014, DJe 11/12/2014 (Informativo 553).

É o caso da previsão insculpida no art. 362 do CPP⁶⁹, que acolhe o uso da citação por hora certa no processo penal, remetendo, contudo, a disciplina do procedimento para os artigos 227 a 229 do CPC/1973⁷⁰.

Em outro giro, gize-se o disposto no artigo 28 do CPP, que é empregado por analogia ao rito das ações civis, quando integrante do Ministério Público declina da atuação em feito, mas o Juízo considera existir interesse público em discussão. Cite-se outro exemplo: o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente. No rito para apuração dos atos infracionais, estabelecido a partir do artigo 103 do ECA, aplicam-se supletivamente as garantias processuais penais – não obstante o artigo 198 do Estatuto determinar a observância do sistema recursal do Código de Processo Civil, com adaptações dispostas na própria Lei nº 8.069/90. Assim, o adolescente é cientificado sobre o direito ao silêncio antes da sua oitiva, conforme sufraga o artigo 186, *caput* e parágrafo único do Código Penal. Ademais, muitos Magistrados permitem que a oitiva do adolescente representado seja realizada após a produção da prova testemunhal, tal qual ocorre nos modernos ritos do processo penal.

A doutrina tem procurado estudar a influência do Código de Processo Civil sobre o Código de Processo Penal e outra não é a conclusão apontada, como lecionam Flávio Mirza, Cândido Rangel Dinamarco e Anderson de Paiva Gabriel⁷¹. Malgrado o artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015 faça referência expressa tão somente à aplicação de suas disposições de forma supletiva e subsidiária a processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, não há qualquer vedação pelo novel código à aplicação ao Processo Penal e, por certo, não se trata de silêncio eloquente, já que o próprio CPP, em diversas passagens reconhece a aplicação subsidiária do CPC. Como já destacamos, nossos tribunais superiores também possuem consolidada jurisprudência nesse sentido⁷².

⁶⁹ Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁷⁰ Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar. O art. 1.046, §4º do novo Código preconiza expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”. Portanto, a citação por hora certa será regulada, a partir da vigência do CPC/2015, pelos artigos 252 ao 254.

⁷¹ “Na tramitação legislativa do projeto do Código de Processo Civil de 2015 o legislador suprimiu de seu art. 15 a referência aos processos penais, mas esses processos continuarão a se render à normas processuais civis graças ao disposto no art. 3º de seu próprio Código, onde se lê que ‘a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.’” (DINARMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao código de processo civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional*; BONDOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVEA, José Roberto Ferreira (coords.). 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 153. MIRZA, Flávio. *Valoração da prova: reflexões sobre o sistema de apreciação*. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual – coleção Direito UERJ 80 anos*. 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 2015. p.138.

⁷² HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285

Sepultando qualquer dúvida, gize-se o enunciado 03 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF, decorrente de proposição nossa, inclusive⁷³.

Posto isso, reitere-se que o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, admite expressamente a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito⁷⁴. No tocante a estes, grassa alguma controvérsia na doutrina quanto a sua abrangência, mas podemos afirmar, com convicção, que abarcam os princípios constitucionais.

Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de nossa república, bem como o devido processo legal, o contraditório, a segurança jurídica, a duração razoável dos processos, entre outros direitos fundamentais, devem não só nortear a interpretação de qualquer norma processual penal, como balizar o próprio processo penal.

E no ponto, o CPC/2015 reafirma uma série de princípios de lastro constitucional, tornando-lhes normas fundamentais do processo e conferindo-lhes uma dimensão ainda mais ampla, sendo, portanto, imperiosa a sua aplicação supletiva e subsidiária a todos as demais legislações processuais.

Nesse diapasão, por exemplo, os princípios da boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º), fundamentação adequada (art. 489, §1º) e respeito aos precedentes (art. 489, §1º, V e VI; 926 e 927) devem ser observados em todos os ramos.

Assim, a atuação dos juízes, enquanto garantidores dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é imperiosa para consecução dos valores propalados pela Constituição também no processo penal.

O fenômeno aludido encontra paralelo no processo penal espanhol, conforme aponta Lorenz M. Bujosa Vadell (Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca):

⁷³ GABRIEL, Anderson de Paiva. *A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao CPP/41: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-cpc15-ao-cpp41-09102017. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁷⁴ Cabe diferenciar interpretação extensiva, analogia e interpretação analógica. A interpretação extensiva é aplicada quando a lei disse menos do que queria. Assim, quando o artigo 61, inciso II, alínea c, do Código Penal refere-se à traição, emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, quer apontar recursos semelhantes àqueles mencionados no texto legal. Analogia é um princípio segundo o qual a lei estabelecida para determinada hipótese fática aplica-se a outra, a despeito de inexistência de regulamentação expressa, em virtude da semelhança entre ambas. É técnica de integração aplicada aos vazios jurídicos. A título exemplificativo, mencione-se que os requisitos da carta precatória (art. 354 do CPP) são aplicados à carta rogatória (art. 368 do CPP), devido à inexistência de regulamentação expressa quanto a este ponto. Interpretação analógica é técnica utilizada para adaptação de disposição normativa imprecisa ou defeituosa. A lei possui disposição para o caso concreto, mas que precisa ser adaptada. À guisa de exemplo de interpretação analógica, quando se cuida das causas de suspeição do juiz (art. 254 do CPP), deve-se incluir também o jurado, que não deixa de ser um magistrado, embora leigo. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 170-171. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

Ainda hoje naturalmente o problema da efetividade das garantias constitucionais de conteúdo processual é uma questão central em qualquer Estado de Direito. Não pode ser de outra maneira também no ordenamento espanhol. A complexa tarefa de constitucionalização não pôde ainda terminar. É uma missão permanente. Temos problemas velhos que não tem ainda uma solução idônea na lei processual penal, e questões relativamente novas que precisam de normas concretas que não podiam ter sido previstas precisamente pela sua relativa novidade.⁷⁵

As normas processuais constitucionais configuram o elemento nuclear de nosso sistema processual, no entorno da qual gravitam todas as demais normas de processo. Há, entretanto, profunda confluência entre as previsões constitucionais e as normas fundamentais do processo previstas no CPC/2015, que não só consolidam aquelas como conferem maior dimensão, razão pela qual devem se espalhar pelos demais ramos processuais.

Como salienta Hermes Zaneti Junior, “mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema de processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que todos os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas”.⁷⁶

Assim, a doutrina vem se posicionando pelo cabimento do IRDR no Processo Penal, com arrimo no artigo 3º do Código de Processo Penal⁷⁷ e na aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao processo penal.

Neste particular, em obra que trata da teoria geral do instituto, Aluísio Mendes, de forma pioneira, já defendia a utilização desta ferramenta em diversos ramos do Direito, inclusive no Processo Penal⁷⁸.

⁷⁵ *Ibidem*, p.501.

⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018, p. 283-312.

⁷⁸ “Embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada ao âmbito do Processo Civil, tendo em vista que, em princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal, do Trabalho ou Eleitoral. O art. 15 do novo Código de Processo Civil estabelece que as suas disposições se aplicam, supletiva e subsidiariamente, na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. Por sua vez, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro já aponta, de longa data, que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá com base na analogia, costumes e nos princípios gerais do direito. No âmbito do Direito Processual, há normas gerais previstas na Constituição da República, em tratados e em leis ordinárias, ao lado de regras específicas aplicáveis apenas ao processo civil, trabalhista, penal ou eleitoral.(...) Naturalmente, os instrumentos do Direito Processual Coletivo possuem uma aplicabilidade maior no âmbito do Direito Processual Civil, mas também são muito importantes na esfera do Direito Processual do Trabalho e podem ser aplicados eventualmente na seara do Direito Processual Penal e Eleitoral.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro.

Franklyn Roger Alves, doutorando do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, em recentíssima obra coletiva em homenagem ao professor Humberto Dalla, também pugnou pela necessidade de aplicação do instituto em matéria penal e processual penal.⁷⁹

Luís Felipe Schneider Kircher, mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2017, sob a orientação do Professor Danilo Knijnik, desenvolveu uma teoria dos precedentes vinculantes no Processo Penal. No trabalho, o referido autor também sustenta que o IRDR é aplicável às demandas criminais.⁸⁰

Na mesma linha de pensamento, a Desembargadora Katia Maria Amaral Jangutta alberga o entendimento de que o IRDR não é restrito às demandas de natureza cível.⁸¹

Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 5-7).

⁷⁹ “O art. 947 admite o Incidente de Assunção de Competência – IAC, sempre que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, deixando claro o §3º que o acórdão proferido vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. De igual modo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR previsto no art. 976 caminha no sentido de buscar a uniformidade da jurisprudência, mediante a definição prévia de tese jurídica quando houver multiplicidade de demandas repetitivas. É plenamente possível utilizarmos estes institutos no processo penal, de modo a provocar o órgão colegiado para estabelecer precedente nas matérias de repercussão social que envolvam aspectos penais e processuais penais de caráter objetivo. O STF e o STJ, por meio da repercussão geral e pela sistemática de recursos repetitivos previstos da CRFB e no CPC/73 já os estendem ao processo penal, diante de seu propósito uniformizador. Em matéria penal é gritante a divergência jurisprudencial acerca de temas que mereçam uma uniformização de entendimentos. Vejamos como exemplo a atual controvérsia processual, acerca do momento do interrogatório do acusado, nos versos procedimentos em que esta ordem é alterada. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são vacilantes em definir se o interrogatório do acusado segue a especialidade da norma prevista na Lei nº 11.343/06 (interrogatório no início) ou se adota a regra geral do art. 400 do CPP (interrogatório ao final). Perceba-se que apesar de lidar muito com matérias de fato é inegável que o processo penal também lida com teses jurídicas aptas a vinculação, bastando a leitura do rol de súmulas vinculantes e persuasivas do STF e STJ para a confirmação desta assertiva.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo*: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018. p. 242).

⁸⁰ “Apesar de ser uma discussão ainda incipiente, há quem defenda a aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito penal, com a ressalva para as peculiaridades dessa seara. Nesse ponto, quanto à suspensão dos processos (artigo 982 do CPC), aponta-se que esta regra deve ser afastada em casos penais quando houver riscos, seja de prescrição punitiva, seja de manutenção de réu preso de forma indevida (inclusive nos casos de excesso de prazo). Desse modo, respeitando-se as especificidades e considerando-se incidente como uma técnica limitada de redução da dispersão da atividade jurisdicional repetida das Cortes de Justiça (TJs e TRFs), a partir da definição da questão de direito comum repetitiva e fixação da tese jurídica, não haveria justificativa para não se aplicá-la no processo penal. Com isso, privilegia-se a isonomia, a coerência sistêmica e o fomento da razoável duração do processo”. (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. 1ª ed., Salvador: JusPodvm. 2018. p. 165-166).

⁸¹ “Nesse contexto, levando em conta que a questão dos precedentes que ora se examina é de natureza instrumental, não dizendo respeito àquelas normas de natureza incriminadora, é que se pode afirmar que podem perfeitamente ser aplicados no âmbito processual criminal, quando se tratar de matéria eminentemente de direito, haja vista que o caso oposto depende da análise de provas, o que deverá ser feito individualmente em cada processo. Assim, o processamento dos Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva e os Incidentes de Assunção de Competência devem seguir o mesmo trâmite previsto no novo Código de Processo Civil de 2015, naquilo que for pertinente ao processo penal, objetivando-se, com isso, dar uniformidade e segurança jurídica às decisões prolatadas em seara criminal. Mais em âmbito penal

René Ariel Dotti também percebe a aplicação do instituto ao Processo Penal quando, ao comentar sobre os mecanismos de uniformização de jurisprudência do CPC/2015, registra que, “é evidente que tais avanços também irão projetar-se no sistema de processo penal, como já ocorre com o instituto do recurso repetitivo, no Projeto do Senado, 156/2009 (CPP)”.⁸² Entrementes, não existe ainda uma sistematização para se aplicar o instituto no Processo Penal.

Nota-se que parte da doutrina processual penal ainda é desconfiada e tímida quanto à aplicação subsidiária do CPC ao CPP. Natural, diante de uma mudança vanguardista para quem está acostumado a trabalhar com dispositivos de Processo Penal forjados quando nem sequer se falava em ondas renovatórias.

Recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro IRDR em matéria criminal foi julgado (IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000), tendo sido fixada tese acerca do termo inicial para a progressão de regime prisional.⁸³ Admitiu-se, inclusive, a participação de *amicus curiae*.

Entretanto, ainda há quem sustente o não cabimento do IRDR na seara criminal. No IRDR nº 0016124-77.2016.4.03.0000/SP, que tramitou perante o TRF da 3ª Região, relatoria do Des. Mauricio Kato, alegou-se que o instrumento não é compatível com processos criminais, pois importa em suspensão dos processos sem implicar suspensão dos prazos prescricionais.

do que no civil, o réu tem direito a uma decisão igual à de seu semelhante, se em situação de igualdade estiverem, não se admitindo mais que, os órgãos jurisdicionais criminais adotem decisões díspares, quando se trata da vida humana, de réus presos muitas das vezes em verdadeira ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.” (JANGUTTA, Katia Maria Amaral. A importância do dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. vol. III. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 174-175).

⁸² DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

⁸³ Tema 28 - IRDR - Progressão - Regime - Termo - Inicial. *Processo Paradigma*: IRDR Nº 2103746-20.2018.8.26.0000. *Assunto*: DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal. *Órgão Julgador*: Turma Especial – Criminal. *Relator(a)*: Desembargador PÉRICLES PIZA. *Data de Admissão*: 28/03/2019. *Data de Publicação do Acórdão de Admissibilidade*: 12/04/2019. *Data de Julgamento do Mérito*: 07/11/2019. *Data da Publicação do Acórdão de Mérito*: 12/11/2019. *Termo Final da Suspensão*: NÃO HÁ SUSPENSÃO. *Questão submetida a julgamento*: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado em razão de divergência jurisprudencial acerca da natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena, para se definir o marco inicial a ser considerado como do implemento dos requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Indicação da existência de posicionamentos divergentes entre Câmaras de Direito Criminal deste Tribunal. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica configurado. Presentes os pressupostos do art. 976 do CPC. Incidente admitido. *Tese firmada*: A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o requisito objetivo para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão. Orientação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. *Dispositivos normativos relacionados*: Artigo 112 da Lei de Execução Penal. *Observação*: O Desembargador Relator determinou a não suspensão “(...) dos processos pendentes ou a serem ajuizados (pois a paralisação das demandas por tempo prolongado implicará ônus desnecessário às partes, anotando que as decisões de um ou de outro juízo são válidas até que definida a questão) (...)”.

A utilização dessa argumentação para o não conhecimento de IRDR Criminal simplesmente não pode subsistir, uma vez que a suspensão dos feitos que tenham questões de direito afetadas em IRDR, tal qual ocorre nos Recursos Repetitivos, evidentemente não é obrigatória, conforme entendimento que expusemos em outro trabalho,⁸⁴ e que já foi adotado não só no IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000⁸⁵ como em inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores.

5. Conclusão

Ante o exposto, resta evidente que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é instrumento vocacionado a dar efetividade aos princípios da segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo, todos de matiz constitucional, e que, a despeito de ter sido introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil/15, é imperiosa a sua aplicação aos processos criminais, com fulcro no diálogo das fontes, seja para resolução das questões de Direito material quanto para aquelas de Direito processual.

Bibliografia

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yasmin. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. In: *Revista de Processo*. vol. 279, ano 43, São Paulo: Ed. RT, maio de 2018.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.320-322.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol 7, p. 581.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Il procedimento-modelo (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*. *Revista de Direito Comparado*, vol. 1, jan./jun. 2015.

⁸⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018.

⁸⁵ No RE 966.177 RG/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/6/2017, noticiado no informativo nº 868, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a suspensão dos processos em cursos não é obrigatória.

_____. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____.; CRAMMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, nº 2, 2007.

_____. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002;

_____. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford: 25 Stan. L. Rev. 651, maio, 1973.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao capítulo I do Título Único do Livro I: Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, volume XIV, ano 8, jul./dez. de 2015.

_____. *Acesso à justiça: juizados especiais e a ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial - segunda série*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p.615-644.

COVAS, Silvânio. Questões de fato e questões de direito – quantificação do dano moral. *Revista de Processo*. Vol. 100, out./dez. De 2000. p. 7 da versão on-line.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao código de processo civil – volume I (arts. 1º a 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional*; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (coords.). 1ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FUX, Luiz. Segurança jurídica no novo código de processo civil. In: RÊGO, Werson (Coord.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Veloso*. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

_____. SANTANA, Irapuã. A construção de um código de processo civil cidadão. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual*. 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 2015.

GABRIEL, Anderson de Paiva. *A aplicação supletiva e subsidiária do CPC/15 ao CPP/41: Reflexões sobre a jurisdição contemporânea*. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-aplicacao-supletiva-e-subsidiaria-do-cpc15-ao-cpp41-09102017. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do contraditório participativo. Rio de Janeiro: Editora Gramma. 2017. p. 17-20.

JANGUTTA, Katia Maria Amaral. A importância dos precedentes judiciais no novo código de processo civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. vol. III. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. 1ª ed., Salvador: JusPodvm. 2018.

KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.18-19.

MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da; VARGAS, Daniel Vianna. O incidente de resolução (IRDR). Reflexões iniciais. *Revista de Processo*, vol. 279, maio de 2018.

MIRZA, Flávio. Valoração da prova: reflexões sobre o sistema de apreciação. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (coords.); MIRZA, Flávio (org.). *Direito processual* – coleção Direito UERJ 80 anos. 1ª ed., Freitas Bastos Editora, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Dierli. *O IRDR do Novo CPC*: este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 12 out. 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.10-12; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5. ed., 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29.

PERELMAN, Charles. *Logique Juridique* (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999. p. 175.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. 1ª ed., Curitiba: Editora CRV, 2017.

_____; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 254, abr. 2016.

RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*, Direito Jurisprudencial, v. 259, set. 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. *A insegurança jurídica e a economia de mercado*. <<https://jus.com.br/artigos/42319/a-inseguranca-juridica-e-a-economia-de-mercado>>.

ROMANO, Santi. *L'ordrejuridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002.

SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da Silva. Do reconhecimento de garantias constitucionais processuais penais pelo ordenamento jurídico: uma década de evolução. In: BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; CASARA, Rubens Roberto Rebello; NICOLITT, André Luiz. (Orgs.). *O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal*. 1ª ed., Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (Coords.). *Direito processual contemporâneo*: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernadina de Pinho. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018.

SILVA, Ricardo Menezes da. Breves considerações sobre os requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo comparado*, vol. 6, jul./dez. 2017, p. 135-165.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

VARGAS, Daniel Vianna. Estabilidade objetiva do IRDR: escritos sobre congruência e eficácia vinculante. In: PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (coords.). *Direito processual contemporâneo: estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 1ª ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Cristão, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, vol. 92, out./dez. De 1998. p. 52-70.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. 3ª ed., rev., atual e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regitactum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez – inconstitucionalidade da ADPF 442

Benedito Torres Neto*

Sumário

1. Introdução. 2. A análise da oitiva da professora Débora Diniz sobre a ADPF 442 no STF. 3. As decisões do Superior Tribunal de Justiça e os direitos do nascituro sob a ótica do Código Civil de 2002. 4. O STF pode editar normas como legislador no presente caso concreto ou interpretará “conforme” a CF/1988? E qual a sua limitação? 5. Normas jurídicas. Regras e princípios. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a ADPF 442 e o impacto decorrente da possibilidade do deferimento do pedido nela veiculado. A metodologia consistiu, basicamente, na análise dos fundamentos que antecederam essa ADPF. Nos casos previstos pelo Código Penal, em seus artigos 124 e 128, são excepcionadas duas situações: o risco de vida da gestante e o estupro, em vigor desde 1940. Em 2012 houve a descriminalização da interrupção da gravidez (aborto), decidida pelo Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 2, em casos de fetos anencéfalos, por meio da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), baseando a tese nos seguintes itens: i) dignidade da pessoa humana; ii) autonomia da vontade; iii) direito à saúde; e iv) interpretação do Código Penal conforme a Constituição Federal. E, finalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que trata da legalização do aborto até a 4ª semana, protocolizada pelo partido PSOL, que se posiciona no seguinte sentido: a) os seres humanos não nascidos, não seriam pessoas constitucionais, mas simples criaturas humanas intrauterina; b) ainda que os seres humanos não nascidos tivessem direitos fundamentais, nem sempre o direito à vida deveria prevalecer em caso de colisão com uma série de direitos fundamentais das mulheres, como a autonomia, a liberdade, a dignidade, o direito ao planejamento familiar, entre outros. Este artigo tem o objetivo de analisar o pedido formulado, em sintonia com a doutrina prevalente, analisando as normas jurídicas (regras e princípios) e o tipos do Código Penal à luz da Constituição Federal.

* Graduado em Direito pela então Universidade Católica de Goiás, hoje Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Goiás. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás. Coordenador-Geral da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

Palavras-chave: Aborto. ADPF 442. 12ª semana de gravidez. Inconstitucionalidade.

1. Introdução

O debate sobre o aborto deve tratar, preliminarmente, sobre a “interrupção da gravidez” no caso da anencefalia, pois muitos a consideram como precedente para o julgamento da ADPF 442, o que é um erro, segundo os fundamentos lançados e prevalentes naquele julgamento. Com a decisão sobre a anencefalia na ADPF 54, o Supremo acrescentou mais uma exceção de descriminalização do aborto, conforme disposto nos artigos 124 a 128 do Código Penal. Aliás, mais do que isso, pois a maioria não considerou tratar-se de aborto, pois ali não havia vida. O principal argumento do Supremo Tribunal Federal para autorizar a prática do aborto (ou “a interrupção da gestação”, termo utilizado pela maioria dos Ministros do STF) foi a impossibilidade de sobrevivência do feto fora do útero, apesar de dados diferentes apresentados pela comunidade científica. Ou seja, não existe vida possível no caso de anencefalia. Assim entendeu a Suprema Corte. A fundamentação é que a anencefalia é uma grave malformação fetal que resulta da falha do fechamento do tubo neural (a estrutura que dá origem ao cérebro e a medula espinhal). Naquela oportunidade, alguns Ministros assim votaram: “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida” (Ministro relator Marco Aurélio)¹.

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal sempre procurou ressaltar que a Corte não estava autorizando práticas abortivas, mas sim dando à mulher a possibilidade de escolher ou não sobre a interrupção da gravidez em caso de anencefalia.²

De modo contrário, sustentou o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso: “No caso de extermínio do anencéfalo encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda força, infringe a pena de morte a um incapaz de prescindir à agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa”.³

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu não se tratar de aborto. A maioria dos Ministros que julgaram a matéria disseram que não havia vida ou possibilidade de vida, portanto não haveria o aborto. Logo, não pode ser procedente para o julgamento da ADPF 442, que não trata de feto com má formação ou sem vida, como na anencefalia. Aqui, ao contrário, são fetos normais de até 12 semanas de vida.

De igual modo, outro precedente é a ADI 3510, citado na ADPF 442, não guarda qualquer semelhança com o aborto, pois naquela Ação Direta de Inconstitucionalidade,

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

que tramitou por oito anos, discutiu-se sobre embriões que nunca seriam implantados no útero materno, ou seja, muito distante de embriões saudáveis no curso de gravidez natural, como se discute na ADPF 442.

Em suma, não servem como precedentes para o deslinde do caso a ADI 3510 e muito menos a ADPF 54, pois o Supremo Tribunal Federal disse não existir probabilidade de vida nessas situações. Em razão desta impossibilidade de ser entendidos por precedentes o caso da anencefalia e dos embriões, o presente artigo centrará na ADPF 442.

A ideia lá contida é descriminalizar o aborto cometido até a 12ª semana de gravidez. Na audiência pública convocada pela Ministra Rosa Weber, relatora do caso, a discussão centrou-se na possibilidade da recepção ou não pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

2. A análise da oitiva da professora Débora Diniz sobre a ADPF 442 no STF

Antes da análise Constitucional mais profunda, é importante lembrar a defesa dos argumentos trazidos na tese esboçada na ADPF 442, pela professora Débora Diniz.

A Doutora Débora Diniz⁴, na audiência pública no Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018, sustenta que a pesquisa realizada no Brasil, onde 86% dos consultados são contra o aborto, não contém erro de amostras, nem de coleta de dados, mas de pergunta. Diz que se trata de pergunta inquisitorial e centra o seu raciocínio no fato que a lei penal ameaça de prisão as mulheres. Fala, ainda, na possibilidade de prisão de milhões de mulheres por prática de aborto. Diz, por fim, que o Código Penal brasileiro é ultrapassado e que deve prevalecer a Constituição Federal de 1988 para a elucidação desta matéria.

O ataque proferido pela Professora Débora Diniz sobre a ameaça da lei penal relativa ao aborto não deve subsistir. O ataque ao Código Penal fere a própria democracia. Não existe sistema democrático sem regras e princípios que normatizem juridicamente a vida em sociedade. Há mais de trinta anos que todos os tribunais do país, incluindo o Supremo Tribunal Federal, decidiram pela recepção do Código Penal. Se assim não fosse, poder-se-ia praticar qualquer tipo de barbárie. A norma penal tem como uma de suas finalidades, justamente, coibir a criminalidade. A ideia das leis penais é justamente essa, a tipicidade é o perfeito enquadramento do fato com a norma penal incriminadora. Com isso, o legislador quer que não ocorram crimes, inclusive o aborto, excetuando a forma permissiva. Quando o legislador tipifica um crime e coloca a sua pena, o objetivo dele é justamente esse, que não se cometa crime ou crimes, aí passamos entender, também, a antijuridicidade, que é o fato cometido contra a norma penal incriminadora. Caso transgrida qualquer das normas penais incriminadoras, a pessoa responderá nos exatos termos da lei penal.

⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385663>. Acesso em: 18 nov. 2019.

De igual modo, é importante ressaltar que o Código Penal está em vigor, e em consonância com a Constituição Federal.

Também é bom ressaltar que a pena estipulada no Código Penal de 1940 hoje não leva mais ninguém para a cadeia como suscitado. O artigo 124 do Código Penal, no caso de aborto voluntário da mulher, tem como pena a detenção de 1 a 3 anos. Ou seja, em 1940 poderia ter consequências, mas hoje, com a Lei 9.099/1995, que trouxe os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e muitas outras penas alternativas, isso não acontecerá. Com certeza, a prisão poderá se dar por outros fatos criminosos, mas não somente pelo aborto.

Outra inconsistência é dizer que a pergunta formulada na pesquisa, que indagou quem era a favor ou contra o aborto, é “inquisitorial”! Com o devido respeito, tal afirmação é por demais antidemocrática e falaciosa, pois todas as pessoas sabem muito bem o que é o aborto! É sugerir que o povo brasileiro não tenha entendimento sobre o que ocorre. Não há erro na pergunta! Se o questionamento deve indagar sobre a possibilidade de prisão dos que cometem aborto é outra pergunta, já respondida anteriormente.

Assim torna-se mais fácil defender a descriminalização do aborto sob o argumento da prisão do que o aborto em si, pois essa tem a repulsa de quase todo o país, conforme mostrado pela pesquisa. Daí, o enfoque de descriminalizar é muito melhor e mais palatável do que o enfrentamento puro e simples do tema sobre o aborto. Se uma estrada está bloqueada, o motorista deve procurar outra via desobstruída para alcançar o seu intento. É mais fácil defender a tese da descriminalização do aborto, sob o prisma que tantas milhões de pessoas irão para a cadeia, a manter o sistema penal vigente.

Uma pergunta deve ser formulada: Quantas mulheres estão presas hoje no Brasil pela prática do aborto voluntário, sem reincidência? Essa resposta aniquila o discurso da massificação de presas em caso de aborto.

3. As decisões do Superior Tribunal de Justiça e os direitos do nascituro sob a ótica do Código Civil de 2002

O Ministro Luiz Felipe Salomão, em seu voto proferido no Recurso Especial nº 1.415.727, ao reconhecer a uma mulher o direito de receber seguro DPVAT, após sofrer aborto em decorrência de acidente de carro, explicou que o Código Civil de 2002 alinhou-se a teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro. Afirmou ainda que é garantida aos ainda não nascidos a possibilidade de receber doação (art. 542 do CC), de ser curatelado (art. 1779 do CC), além da especial proteção do atendimento pré-natal (artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente). No mesmo sentido foi o entendimento do Ministro Marco Buzzi, relator do REsp 1.170.

Ora, “*mutatis mutandis*”, a ADPF 442 quer dizer que o direito penal na parte do aborto não recepcionou parte do Código Penal relativo ao aborto. Ao contrário, o Código Civil de 2002, portanto, pós Constituição Federal de 1988, reitera o direito à vida, conferindo-lhe, inclusive, a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro.

Com decisões as mais variadas, corroboradas pelo Código Civil (arts 542, 1779) e o Estatuto da Criança e Adolescente (art. 8).

A importância dessa discussão é mostrar que o STJ reconheceu não só o direito de viver, mas de titularizar direitos e obrigações para o nascituro (aquele que há de nascer).

Caso se reconheça a premissa da ADPF 442, o Código Civil também deveria ter reconhecido toda a sua inconstitucionalidade, o que seria um absurdo.

Se se tratamos do direito da dignidade da mulher, é preciso, também, olhar pela dignidade do nascituro.

4. O STF pode editar normas como legislador no presente caso concreto ou interpretará “conforme” a CF/1988? E qual a sua limitação?

Voltando ao questionamento, qual o limite da competência do Supremo Tribunal Federal para normatizar esse tipo de matéria? E a legitimidade da criação do direito pela jurisdição constitucional? E quais seriam as técnicas decisórias para a superação de omissões Constitucionais? Ou a interpretação será “conforme” a Constituição, analisando o pedido de recepção do Código Penal, em seus artigos 124 a 126.

Vê-se que, a princípio, caso o entendimento fosse de omissão, como sugere a inicial da ADPF 442, pois quer que o Supremo Tribunal Federal legisle, ao acrescentar a descriminalização do aborto até a 4ª semana de gravidez, matéria sem precedência no Brasil, estaríamos diante de uma sentença aditiva e não, simplesmente, interpretação constitucional admissível conforme a lei. Trata-se de estado de omissão inconstitucional (lacunas normativas que produzem resultados normativos inconstitucionais). Nesse caso, para que isso ocorra, o Supremo Tribunal Federal tem que assumir a posição de legislador positivo e deve se observar o princípio democrático e a independência dos poderes, evitando, assim, o ativismo judicial que tanto prejudica a relação entre poderes. Em suma, o que se pleiteia é inserir, no rol das exceções relativas ao aborto, a descriminalização, até a 12ª semana de gravidez.

É importante ressaltar que o termo utilizado na interpretação, “conforme a Constituição”, é inconsistente juridicamente. Nesse sentido, Ademar Borges, em artigo onde fala sobre a possibilidade do STF atuar como legislador positivo, destaca:

Ocorre que o problema não está em saber se a interpretação conforme permite ou não a produção de novas normas jurídicas. Evidente que não permite. O problema real consiste em definir, em cada caso, se o pedido apresentado para o STF atue como legislador positivo deve ou não ser admitido à luz da ordem jurídica

constitucional. (...) O importante é verificar se o Supremo deve ou não assumir a função de legislador.⁵

Segundo o autor, nas decisões aditivas, o STF origina uma norma, podendo-se, portanto, invadir a esfera de atribuição do poder legislativo.

No mesmo artigo, o autor propõe como particularidade e limitação do poder de legislar do Supremo Tribunal Federal o mandado de injunção, que assim diz: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI). E para a concessão do Mandato de Injunção são necessários as seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa a exceder período razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito.

A proposta do Ademar Borges é por demais substancial, pois o Supremo estaria a limitar essa posição de legislador normativo, nos exatos termos mandado de injunção, o que foi conferido pelo próprio Congresso Nacional, o que seria um parâmetro para deslinde de muitas situações, além de manter a harmonia e a independência entre os poderes.

E, caso tais limitações fossem utilizadas pelo STF, nos exatos termos do mandado de injunção, estaríamos diante de duas condições que não seriam ultrapassadas para a concessão da descriminalização do aborto e consequente provimento do pedido.

A primeira delas seria a ausência de norma reguladora, e aqui, ao contrário do que se propaga, existe a norma reguladora, pois o Código Penal em seu artigo 128 é cristalino ao prever as situações de exceções de descriminalizações do aborto, sendo apenas duas. A uma, se não há outro meio de salvar a vida da gestante. A duas, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante. O texto sobre o Código Penal é constitucional, pois existe uma norma expressa, sobre a qual faremos referências adiante.

A outra seria a mora legislativa ou a fixação de prazo razoável para o Poder Legislativo analisar questão tão debatida. É importante ressaltar que a discussão sobre o aborto é matéria recorrente no legislativo, sendo que por diversas vezes o legislativo discutiu sobre o aborto e não aprovou leis ordinárias para alterar o texto do Código Penal. Ao contrário, a casa legislativa não quer alterar o tema por entender que bastam as descriminalizações já constantes na norma penal em vigor.

Logo o Supremo não tem fundamento jurídico cabível para legislar e normatizar sobre o aborto. É completamente inadequada a intervenção sobre uma possível omissão.

⁵ Disponível em: < <http://www.ttb.adv.br/artigos/STF-pode-atuar-como-legislador-positivo.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

5. Normas jurídicas. Regras e princípios

Vê-se que, no presente caso, vários princípios estão, ou poderiam estar, no debate sobre a descriminalização do aborto. É importante lembrar que até o advento da Constituição de 1988, o nosso direito não aceitava o princípio como norma cogente, logo, apenas as regras detinham o poder decisório sobre qualquer que fosse a matéria. E aqui é importante fazer-se essa distinção, pois o caso apresenta a regra insculpida no Código Penal e princípios inseridos na Constituição Federal. A norma jurídica é o resultado da interpretação de um texto legal, ou seja, texto e norma não se confundem, porquanto esta decorre da atividade sobre aquele. O ex-Ministro Eros Roberto Grau diz: “a norma é o resultado da tarefa de interpretação. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos nada dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”⁶. Os doutrinadores debruçaram sobre esse tema, sendo que a divisão das normas em regras e princípios partem de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Ronald Dworkin as regras e princípios são semelhantes, tendo em vista que as duas espécies normativas estabelecem obrigações jurídicas. As diferenças, contudo, não seriam os graus – maiores ou menores – de vagueza da disposição, os tipos de diretivas apresentados por cada espécie.⁷

Ainda segundo Dworkin, as regras diferem dos princípios, pois “as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita ou não é válida, e, neste caso, nada contribui para a decisão”⁸. Se houver conflito entre regras, então uma delas não pode ser válida e a “decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”. A solução para o conflito, portanto, deverá considerar os critérios clássicos de solução de antinomias, ou seja, hierarquia, especialidade, cronologia.⁹

Os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. Os conflitos entre princípios não são resolvidos colocando um como exceção do outro, mas com a realização de um confronto de pesos entre normas.¹⁰

Robert Alexy esclarece que toda norma é um princípio ou uma regra e esses dois tipos de normas são diferenciáveis qualitativamente, e não há apenas variação de grau entre eles. Destaca ainda que o “ponto decisivo entre regras e princípios é

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁸ DWORKIN, *Op. Cit.*, 2002, p. 42.

⁹ DWORKIN, *Op. Cit.*, 2002, p. 43.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹¹

Os princípios constituem comandos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em graus variados, além de que a medida jurídica de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Nota-se que Robert Alexy afirma que os princípios constituem comandos de otimização caracterizados pela possibilidade de satisfação de graus variados. Diz mais, que a medida jurídica de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Relata, ainda, que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes.

Esse ponto é importante para o deslinde do caso em debate, pois não existem regras colidentes no presente caso. No Código Penal, estão inseridos os artigos que tratam do aborto, nos 124 ao 128, sem qualquer conflito entre regras.

Em relação ao princípio, este depende das possibilidades fáticas e jurídicas. No caso em debate, o proponente da ADPF, o PSOL, cita vários princípios: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde, entre outros.

Vê-se que a citação é unilateral, pois não são analisados os princípios que protegem o feto, ou nascituro, contidos na nossa Constituição Federal, quais sejam: o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, maior que qualquer outro, pois aqui fala-se da proteção à vida.

Ainda sobre a parte doutrinária das normas, o professor José Joaquim Gomes Canotilho¹² destacou o sistema aberto de regras e princípios, elencando alguns critérios não exaurientes, sendo eles: i) grau de abstração; ii) grau de determinabilidade; iii) caráter de fundamentalidade; iv) proximidade da ideia de direito e v) natureza normogênica.

Afirma Canotilho que as regras possuem um grau de abstração relativamente reduzida, enquanto os princípios possuem uma abstração relativamente elevada.

Em relação ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, as regras estão sujeitas à aplicação direta, e os princípios, por sua vez, exigem mediações concretizadoras, em razão de serem vagos e indeterminados.

O sistema aberto de regras e princípios proposto por Canotilho é, em razão destas normas, descodificar a estrutura sistêmica, ou seja, permite entendimento da constituição como um sistema aberto de regras e princípios, pois não seria adequado um sistema só com regras ou só com princípios.

Com essa teoria, Canotilho quis garantir a segurança jurídica e ao mesmo tempo não engessar os aplicadores da lei e da Constituição.

¹¹ ALEXY, *Op. Cit.*, 2008, p.90.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 160.

As regras são normas que estão satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra é válida, então deve se fazer exatamente aquilo que ela determina, nem além, nem aquém. Destarte, as regras são dotadas de determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Os princípios aqui mencionados são direitos fundamentais, cláusulas pétreas e limitadores do poder político. Com isso, visa-se estabelecer determinados direitos e garantias que são protegidos das alterações legislativas, apesar de passíveis de mudança, preservando a sua essência, o seu núcleo.

Segundo Bernal Pulido¹³, para se caracterizar um direito fundamental, é preciso analisar dois aspectos: a) o formal que diz que o direito fundamental está na Constituição Federal, no capítulo dos direitos fundamentais e em outras partes da própria Constituição; está nos tratado internacional de direitos humanos ou ser reconhecido de fundamental pela suprema corte; e b) o material (integra o rol de cláusulas pétreas) e que deve compor algumas das dimensões da dignidade humana.

Enquanto a dignidade da pessoa humana, segundo Pulido¹⁴, deve compreender: i) direitos básicos da pessoa; ii) direitos básicos da existência; iii) autonomia e iv) reconhecimento.

É o caso! O direito à vida está umbilicalmente ligado a dignidade da pessoa humana.

6. Considerações finais

Conclui-se que há uma discussão de princípios mencionados pelas partes, no entanto, aqui, além dos princípios que protegem a vida e da dignidade da pessoa humana, existem regras bastante claras sobre o aborto nos artigos 124 a 128 do Código Penal. Assim, à luz do ensinamento de Alexy, as normas que tratam do aborto estão encaixadas tanto no Código Penal, que são regras claras, quanto nos princípios que protegem a vida e a dignidade da pessoa humana (que é o princípio máximo do estado democrático de direito). Em outras palavras, as regras presentes no Código Penal e os princípios (direito à vida e à dignidade da pessoa humana), são normas que se completam, por isso recepcionadas pela Constituição Federal. No sistema de ponderações, deve prevalecer o que hoje está tipificado no Código Penal. Não existem lacunas. Existem regras e normas bem postas e que só podem ser alteradas pelo Poder Legislativo.

Dizer que o Legislativo está sendo omissivo sobre a discussão do aborto, também não é verdade. O Poder Legislativo tem discutido essa matéria, mas ela não tem respaldo do povo e nem dos Congressistas, eis a razão pela qual os tipos penais que tratam do aborto estão em vigor desde 1940. De lá para cá já formam três Constituições, a de 1946, a de 1967 (com a Emenda Constitucional de 1969) e a Constituição Cidadã de 1988. Nenhuma alterou tais dispositivos legais.

¹³ PULIDO, Carlos Bernal. Tradução de Ana Paula Soares Carvalho. In: *Tratado de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Elvieson, 2014, v. 1, p. 387 – 401.

¹⁴ PULIDO, *Op.Cit.*, 2014, p.387 – 401.

A revista *Exame*¹⁵, relata que em todo o Brasil foram presas 33 mulheres, todas enquadradas no artigo 124 do Código Penal. Ou seja, quase nada em relação a outros tipos penais. Vê-se que o encarceramento por esse tipo de crime hoje é quase inexistente.

Ora, se a pena para a mulher que comete aborto é de detenção de um a três anos, ainda que condenada, não irá para a cadeia, pois hoje existem os cumprimentos de penas alternativas, além da suspensão condicional da pena, entre outras possibilidades (excepcionando-se as reincidentes).

Diante do exposto, a ADPF 442 deve ser julgada improcedente, pois a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999 tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. As regras e princípios estão dentro da perfeita legalidade constitucional e infraconstitucional, não necessitando de qualquer intervenção do Supremo Tribunal Federal nem para interpretar conforme a Constituição, nem para legislar e normatizar possíveis situações de omissão dentro do ordenamento jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES Ademar. *O STF pode atuar como legislador positivo?* Disponível em: <<http://www.ttb.adv.br/artigos/STF-pode-atuar-como-legislador-positivo.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/stj – vem – STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito](http://www.conjur.com.br/stj-vem-STJ-vem-reconhecendo-nascituros-como-sujeitos-de-direito).

DINIZ, Debora. *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal, publicado no DCM* (Diário do Centro do Mundo), em agosto de 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. Tradução de Ana Paula Soares Carvalho. In: *Tratado de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elvesson, 2014, v. 1, p. 387 – 401

REVISTA EXAME. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁵ Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/33-mulheres-foram-presas-por-aborto-em-2014/>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da Jurisprudência Interamericana em caso de violações de direitos humanos¹

Positive obligations in criminal justice: effects and limits of the Inter-American Court of Human Rights' case-law on human rights violations

Carlos Gustavo Coelho de Andrade*

Sumário

1. O sistema interamericano de direitos humanos, a jurisdição contenciosa e o controle de convencionalidade. 2. O dever de proteção judicial provendo recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 CADH). Obrigações positivas em matéria penal. 3. A impunidade de violações de direitos humanos e o afastamento de disposições de anistia, prescrição e exculpantes de violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH. 3.1. A coisa julgada favorável ao réu. 4. Obrigações positivas e efeitos jurídicos internos da jurisprudência da Corte IDH. Análise crítica. Limites constitucionais. Eficácia supralegal. 4.1. Da imprescritibilidade e vedação de anistia: irretroatividade da CADH e situações jurídicas já consolidadas. Aplicabilidade após a submissão à jurisdição da Corte IDH. 4.2. Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas. 4.3. Da possibilidade de superação da coisa julgada inexistente ou fraudulenta (coação, fraude ou dolo). 4.4. Sistema de justiça criminal, celeridade e eficiência das investigações e do processo. A vítima e o processo penal. 4.5. Limites sobre causas de exclusão da ilicitude e exculpantes e julgamentos no Tribunal do Júri. 4.6. Incidência indireta da jurisprudência da Corte IDH sobre decisões internas do Judiciário e Ministério Público. Ôbices do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional. 5. Conclusões. Referências.

¹ Artigo apresentado no Superior Tribunal de Justiça em 12 de março de 2020, no Congresso Sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos. Versão originária publicada em: ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: *Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos*. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.), 2020, no prelo. A presente versão foi atualizada em julho de 2020.

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

Resumo

Analisa-se as obrigações positivas em matéria penal e a doutrina do controle de convencionalidade reconhecidas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o país se submeteu, a partir dos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Descrevem-se os fundamentos e a evolução da jurisprudência interamericana determinando o dever de investigar e promover a persecução de graves violações de direitos humanos e declarando incompatíveis com a CADH e desprovidas de efeitos as disposições de direito interno que acarretem impunidade destes fatos, inclusive de anistia, prescrição e coisa julgada. Em seguida, busca-se definir as hipóteses de compatibilidade desta jurisprudência com a normativa constitucional, seus efeitos possíveis e limites jurídicos.

Abstract

The article examines the doctrines of positive obligations in criminal justice and conventionality control in the Inter-American Court of Human Rights' case-law, based on articles 1.1, 8.1 and 25 of the American Convention on Human Rights, demanding effective investigation and prosecution of those accountable for human rights violations, holding ineffective provisions of amnesty and statutes of limitations and double jeopardy, and requiring domestic law to be interpreted in accordance with the American Convention and the Court's case-law. Furthermore, those doctrines' compatibility with the Brazilian Constitution is critically analyzed, assessing their legal effects and clarifying the limits of positive obligations in criminal justice under Brazilian positive law.

Palavras-chaves: Obrigações. Positivas. Corte. Interamericana. CADH.

Keywords: Positive. Obligations. Duty. Prosecute. IACHR.

1. O sistema interamericano de direitos humanos, a jurisdição contenciosa e o controle de convencionalidade

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositava a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica ou CADH) na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), aderindo a um padrão mínimo de *respeito e garantia* aos direitos humanos, estabelecido pelo sistema interamericano de forma complementar à ordem jurídica interna. Posteriormente, em 10 de dezembro de 1998, depositou o reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição contenciosa da Corte da Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)². A adesão do país a mecanismos de controle internacional demonstra compromisso sincero com a

² A Corte IDH é constituída por sete juízes eleitos por períodos de seis anos, dispondo de competência consultiva (relativa à interpretação da Convenção e de tratados de direitos humanos) e contenciosa, de caráter jurisdicional, em que julga casos concretos em que se impute a violação da Convenção Americana

proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 33), que não pode se esgotar na ordem interna de cada Estado, como o exemplo histórico das atrocidades nazistas perpetradas com chancela do direito interno já o demonstrou (PIOVESAN, 2013, p. 285), evitando, ainda, que os tratados sejam firmados para fins retóricos. (COMPARATO, 2006, p. 368; GARCIA, 2009, p. 51 ss.)

Diante do *status* supralegal atribuído pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e convenções de direitos humanos no julgamento do RE 466.343³, a CADH e as decisões da Corte IDH (conforme art. 63.1 e art. 68.1 da Convenção)⁴ têm força normativa superior a todo o ordenamento infraconstitucional, podendo e devendo a normativa interamericana ser aplicada diretamente pelos juízes locais, bem como inspirar a interpretação da lei interna.⁵

Por seu turno, além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor, a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH recomenda que se passe a

por um país signatário. Esta última competência é facultativa, dependendo de aceitação expressa do Estado-parte, conforme artigos 52.1, 62.1, 63.1 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Art. 52.1 - A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. (...)

Art. 62.1 - Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...)

Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)

Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)”

³ Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado 3 dezembro 2008. DJe 5 junho 2009.

⁴ CADH – Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)

CADH – Art. 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

⁵ Vejam-se os acórdãos proferidos pelo STF no que tange às audiências de custódia, por exemplo: Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5.240. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado 20 agosto 2015. DJe 01 setembro 2015, onde se lê: “1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que ‘toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz’, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação’.” Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 347-MC. Min. Marco Aurélio. Julgado 09 setembro 2015. DJe 09 fevereiro 2016, afirmando: “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.”

observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados, valendo suas decisões (tanto na parte dispositiva quanto na fundamentação) como *res interpretata* acerca da norma convencional. Assim, urge-se sua observância, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo, desde que não haja regra interna mais benéfica à proteção dos direitos humanos (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 641-651 e 669-676; PIOVESAN, 2013, p. 156-157; RAMOS, 2015, p. 260-261).

Há um dever, pois, de *controle de convencionalidade* acerca da compatibilidade das decisões judiciais, atos legislativos e políticas públicas internas com a CADH, na medida em que a Convenção, na forma de sua interpretação pela Corte IDH, tem eficácia normativa superior. Como afirma Mazzuoli (2018, p. 35-44), a Corte IDH atribui primariamente aos juízes e autoridades nacionais o dever de compatibilizar as normas internas com os mandamentos dos tratados internacionais de direitos humanos, devendo analisar a compatibilidade vertical da norma interna com a CADH, à luz da jurisprudência interamericana e tendo como paradigma todo o *corpus iuris* internacional de proteção aplicável (texto normativo e jurisprudência), independentemente de solicitação das partes (*iura novit curia*).

Como assentado pela Corte IDH em *Almonacid Arellano e outros c. Chile*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁶

Assim, disposições legais que não sejam compatíveis com a CADH seriam inválidas e o direito interno deveria ser interpretado de forma a que sua aplicação não violasse a CADH e a jurisprudência da Corte IDH⁷. Tais perspectivas ainda iriam

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 26 setembro 2006, Série C nº 154, §124.

⁷ Ambos e Böhm (2011, p. 245-251) anotam que fenômeno semelhante ocorre na Europa em decorrência da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, cujas decisões, ainda que em regra não pretendam ter efeitos normativos diretos no plano interno ou eficácia *erga omnes*, são usadas pelas Cortes

ao encontro dos vetores trazidos pelo art. 4º, inciso II, e parágrafo único e art. 5º, §§1º a 4º, ambos da CRFB, e pelo art. 7º do ADCT, que determinam a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do país, a integração latino-americana, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a complementaridade entre a norma constitucional e a internacional na proteção dos direitos fundamentais e incentivam a participação do país em tribunais internacionais de direitos humanos.

2. O dever de proteção judicial provendo recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 CADH). Obrigações positivas em matéria penal

Assentados o contexto e os pressupostos jurídicos, passa-se ao tema, qual seja, o direito à proteção judicial, previsto no art. 25 da CADH⁸, por meio do qual se assegura a todas as pessoas um recurso judicial simples, rápido e efetivo contra atos violadores de direitos humanos. A partir deste dispositivo e de sua conjugação com a norma do art. 8.1 da CADH⁹, que prevê o devido processo legal, e aquela do art. 1.1 da Convenção¹⁰, estabelecendo o dever dos Estados de respeitarem e garantirem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais, a Corte IDH, de forma semelhante à Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconheceu a existência de obrigações positivas por parte dos Estados, inclusive em matéria penal, isto é, de mandados implícitos de criminalização oriundos do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) (RAMOS, 2006; ANDRADE, 2019, p.14-19)

A construção espelhou, no plano internacional, a evolução do constitucionalismo do pós-guerra, decorrente da superação do paradigma do Estado Liberal de Direito, que enxergava os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa em face do Estado, para o Estado Social e Democrático de Direito, reconhecedor de direitos fundamentais prestacionais a serem implementados através do Estado, que em vez

nacionais para orientar e condicionar a interpretação de leis e mesmo de normas constitucionais, bem como a edição da legislação interna.

⁸ CADH – Art. 25 - Proteção judicial:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁹ CADH – Art. 8º - Garantias judiciais:

1- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

¹⁰ CADH – Art. 1º - Obrigação de respeitar direitos

1- Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

de adversário passava à condição de guardião de direitos fundamentais, incidentes também de forma horizontal nas relações interindividuais (DONELLY, 2013, p. 35; MENDES, 2004, p. 6; PEREIRA, 2006, p. 443 ss.), sendo vedada sua proteção deficiente pelo Estado (BARROSO, 2013, p. 408; CANARIS, 2012, p. 122; FELDENS, 2005, p. 178 e 202-211; LUISI, 2003, p. 12-15; PALAZZO, 1989, p. 77; SARLET, 2004; STRECK, 2005, p. 171 ss.).

Assim, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos reconhecem nas respectivas convenções o dever de os Estados não apenas *respeitarem* os direitos nela consagrados, abstendo-se de violá-los (obrigações negativas), mas também de *garanti-los* (obrigações positivas), adotando todas as disposições necessárias e razoáveis para torná-los efetivos (BÉZE, 2014, p. 72-74; PIOVESAN, 2013, p. 344). Dessa forma, exige-se que os Estados *garantam* os direitos humanos por meio de um “feixe de prestações normativas e fáticas” (ALEXY, 2014, p. 442, referindo-se aos direitos fundamentais prestacionais), já que seria inócua a previsão legislativa desacompanhada de sua implementação. Como consequência, impõe-se aos Estados o dever não apenas de configurar um sistema jurídico-normativo que promova a tutela de direitos fundamentais, mas também de concretamente fazer valer tais direitos na prática, provendo os serviços, inclusive judiciais, necessários à proteção dos direitos convencionais.

À guisa de exemplo, diante de indícios de ocorrência de atos de tortura ou execução extrajudicial, mais que um mero dever estatal de tipificar tais atos, a CADH traz a necessidade de que o Estado aja de forma diligente, investigando-os séria e adequadamente e promovendo a correlata persecução penal, de forma a assegurar efeito útil à norma convencional e conferir um recurso efetivo às vítimas e seus familiares. Dessa maneira, impõem-se aos países, por todos os seus órgãos, não só o dever de elaborar uma legislação suficientemente dissuasória de atos atentatórios às liberdades fundamentais, mas sobretudo a realização de diligente investigação e persecução penal destes fatos e, em sendo o caso, a imposição de sanção proporcional aos responsáveis (ALESSANDRI, 2005, p. 388; ANDRADE, 2019, p. 17; FELDENS, 2012, p. 103; FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 96-100; PIOVESAN, 2013, p. 425-426; SUIAMA, 2014, p. 305).¹¹

Com efeito, Bestagno (2003, p.55) já constatava que na jurisprudência da Corte IDH a omissão estatal ilícita raramente se relacionava à proteção assegurada em abstrato pela lei interna. Ao revés, residia “no desenvolvimento de atividades instrutórias inadequadas em relação às exigências de tutela dos direitos fundamentais”, perquirindo a Corte IDH as medidas concretamente adotadas pelas autoridades de investigação e persecução penal em face de graves violações de direitos fundamentais, de ordem a examinar “o respeito ao dever de tratar os atos lesivos dos direitos fundamentais como ilícitos” e a eles responder no modo exigido pela Convenção Americana. Para tanto, a Corte IDH, assim como a CEDH, considera deverem os Estados agir diligentemente no sentido de combater tanto a impunidade normativa (limitações jurídicas explícitas à

¹¹ Veja-se que a necessidade de eficiência na apuração dos crimes já era postulada desde Beccaria (2000, p. 91-92), ao defender que a certeza ou probabilidade de aplicação da pena constituía freio maior ao impulso criminoso do que sua exasperação.

persecução e julgamento, como as decorrentes da incidência de causas de extinção da punibilidade, ou de exclusão da ilicitude ou culpabilidade) quanto a impunidade fática, isto é, a falta de concreta e adequada investigação e persecução penal, diante de graves violações de direitos humanos (SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 150-158).

Dessa forma, a Convenção exige que cada país signatário proveja *recursos judiciais efetivos* às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), garantindo-lhes ampla participação na investigação e no processo, dentro do devido processo legal (art. 8.1) e cumprindo com a obrigação geral de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos humanos (art. 1.1), tutelando-os, inclusive através da previsão e aplicação do Direito Penal. Outrossim, a CADH exige que cada Estado promova as alterações legislativas necessárias para adequar o seu direito interno ao cumprimento da CADH (art. 2º)¹², regulamentando mecanismos para tanto, o que não exclui a incidência imediata das obrigações convencionais no plano interno, decorrente da ratificação do tratado (QUIROGA, 2005, p. 252-253).

Por outro lado, como o dever consagrado no art. 25 da CADH, de o Estado prover medidas legais efetivas para a proteção de direitos humanos, constitui salvaguarda indispensável à proteção dos direitos humanos fundamentais contra a “arbitrária omissão em punir violações de direitos humanos” (VIGANÒ, 2011, p. 2.653-2.664, p. 2.703), não é ele passível de suspensão nem mesmo em estado de emergência, conforme art. 27.2, parte final, da CADH¹³ e Opinião Consultiva nº 9/87 da Corte IDH,¹⁴ constituindo um dos pilares da Convenção Americana (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 231).

Em síntese, a partir dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH a Corte IDH construiu firme e reiterada jurisprudência (GARCIA-SAYÁN, 2005, p. 335) considerando que os Estados incorriam em descumprimento da Convenção sempre que, seja por normas de direito interno ou pela omissão de investigação e persecução penal, deixassem de promover a responsabilização penal daqueles que tivessem cometido graves violações

¹² Veja-se, p.ex., Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §172, em que a Corte dispôs que a aplicação da anistia: “afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o art. 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no art. 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o art. 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no art. 2º da Convenção Americana”.

¹³ CADH – Art. 27 – Suspensão de garantias:

(...)

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantias Judiciales em Estados de Emergência (art. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana de Derechos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-9/87, 6 outubro 1987, Série A Nº 9.

aos direitos humanos praticadas, toleradas ou permitidas pela ação, convivência ou passividade de agentes do Estado: o DIDH convida o intérprete, pois, a revisitar institutos do Direito Penal e Processual Penal, a partir de uma nova perspectiva, aquela da tutela dos direitos das vítimas de graves violações de direitos humanos (ALESSANDRI, 2005, p. 388).

Passa-se, então, ao exame das consequências jurídicas indicadas pela jurisprudência da Corte IDH diante de graves violações de direitos humanos e, em seguida, à análise de sua aplicabilidade no âmbito interno:

3. A impunidade de violações de direitos humanos e o afastamento de disposições de anistia, prescrição e exculpantes de violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH

Em decorrência do dever de garantir os direitos previstos na CADH (art. 1.1) e de prover às vítimas de violações de direitos humanos um devido processo legal (art. 8.1) e um recurso efetivo (art. 25) que proteja seus direitos, a Corte IDH reconheceu na CADH, como assinalado, obrigações positivas em matéria penal aos Estados. Como corolário, não podem estes renunciar ao exercício do *ius puniendi* em casos de graves violações de direitos humanos, devendo agir diligentemente para evitar a propagação da impunidade, que propicia a repetição crônica das violações, a total vulnerabilidade das vítimas e seus familiares (ALESSANDRI, 2005, p. 388), a invisibilidade das lesões e a perpetuação do terror, da lei do silêncio e da resignação da população carente a não ter direitos (OPOTOW, 2002, p. 203).

Ainda que a Corte IDH não seja um tribunal penal, não buscando estabelecer a responsabilidade penal individual sobre fatos concretos, eventual declaração da responsabilidade internacional do Estado pela violação da CADH e a determinação de reparações e de cessação da impunidade, comumente presentes nas sentenças interamericanas (conforme art. 63.1 da CADH)¹⁵, repercutem também na ordem interna, na medida em que o país voluntariamente se submeteu à jurisdição da Corte e se comprometeu a cumprir seus julgados, que são vinculantes por disposição expressa do art. 68.1 da CADH¹⁶, vigente no país com força normativa suprallegal.

As obrigações positivas de proteção penal aos direitos humanos podem ser classificadas em seis tipos: a de tipificar crimes, investigar, promover a persecução penal, garantir a participação da vítima, cooperar com outros Estados e estabelecer a jurisdição penal sobre o fato (SUIAMA, 2014, p. 305). Uma questão que se coloca com frequência é a da colisão da jurisprudência interamericana reconhecendo

¹⁵ CADH – Art. 63.1 – “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)”

¹⁶ CADH - Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)”

mandados implícitos de criminalização com o estabelecimento de causas normativas de impunidade no âmbito do direito interno.

Com efeito, a Corte IDH considera incompatíveis com a CADH e, por via de consequência, inválidas e sem efeito, as disposições internas relativas a causas de extinção da punibilidade como a anistia, indulto, prescrição e decadência, e a exculpantes como a obediência devida (PIOVESAN, 2013, p. 358-359; PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 245-250; MAZZUOLI, 2019, p. 163-170, 240-249, 577-610), determinando, a título de reparações, o afastamento de tais normas e a retomada das investigações e da persecução penal de graves violações de direitos humanos. Em *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*, a Corte IDH afirmou:

41. Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da mesma.

43. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo

pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.

44. Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.¹⁷

Em sentença de interpretação do caso, a Corte IDH esclareceu que a decisão era válida não apenas para as execuções extrajudiciais referidas no caso específico (*Barrios Altos c. Peru*), mas tinha efeitos gerais, proibindo a aplicação de leis de autoanistia de graves violações de direitos humanos no Peru, por violarem as obrigações positivas de investigação e persecução penal destes fatos.

Em seguida, no caso *Almonacid Arellano e outros c. Chile*¹⁸, a Corte IDH afastou não apenas a incidência de normas de anistia e prescrição, mas também determinou o afastamento de coisa julgada absolutória, em hipótese de homicídio praticado por agentes da repressão política chilena anteriormente à ratificação da CADH por aquele país. Semelhantes determinações foram feitas com relação ao Brasil, nas sentenças relativas aos casos *Gomes Lund e outros c. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*¹⁹ e *Herzog e outros c. Brasil*²⁰.

Observe-se, porém, que a jurisprudência da Corte IDH não se limita a situações de crimes de lesa humanidade (em que haveria um elemento contextual de uma política estatal de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e em hipóteses de Justiça de Transição subsequente a regimes autoritários). Ao revés, faz uso do conceito mais amplo de *graves violações de direitos humanos* (DONDE MATUTE, 2011, 208-225; ZILLI; MONTECORADO; MOURA, 2011, p. 417-421), abrangendo também ilícitos praticados em regimes democráticos, relativamente a atos de tortura,²¹ maus

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, 14 março 2001, Série C Nº 75, §§ 41-44.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C Nº 154, §154.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §256.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Herzog e outros c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 março 2008, Série C Nº 353, §§230-232, 371-372.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

tratos,²² execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias,²³ desaparecimento forçado,²⁴ submissão à condição análoga à de escravo,²⁵ expulsão forçada da população civil²⁶ e violência sexual ou de gênero²⁷, levados a cabo por agentes públicos ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos (ANDRADE, 2019, p. 200-244 e p. 349-352; MAZZUOLI, 2019, p. 7-14, 163-170, 213-215, 248-259, 284-289, 355-359, 426-430 e 577-611).

Assim é que reconheceu a imprescritibilidade e impossibilidade de óbice à investigação e perseguição penal também nos casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala²⁸, relativo a chacina de menores de rua, em Bulacio c. Argentina,²⁹ relativo a maus tratos, Gutiérrez Soler c. Colômbia³⁰, relativo a tortura em sede policial e Massacres de Mapiripán³¹, Pueblo Bello³² e Ituango³³ c. Colômbia, relativos a execuções de camponeses promovidas por grupos armados particulares,

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bulacio c. Argentina*, Mérito. Reparaciones e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 4 julho 2006, Série C Nº149; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bueno Alves c. Argentina*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 164.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garibaldi c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e familia c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, Sentença de 29 julho 1988, Série C Nº 4.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§145-168; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§177 e 204-224.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *González e outras (“Campo Algodonero”) c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Favela Nova Brasília c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 16 fevereiro 2017, Série C Nº 333.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bulacio c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §§262-269.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §402.

bem como em *Garibaldi c. Brasil*³⁴, relativo a homicídio de camponês durante operação extrajudicial de expulsão de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda, por um grupo de pessoas armadas encapuzadas, sem que se noticiasse nos últimos casos a participação de agentes públicos. De modo semelhante, em *Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México*³⁵, declarou que o país deveria remover “todos os obstáculos de jure ou de facto” que impeçam a devida investigação e processamento célere dos fatos (sequestro, estupro e homicídio), ligados a um padrão reiterado de violência sexual e de gênero não adequadamente reprimido pelas autoridades mexicanas.

Nestes casos, a Corte IDH reconheceu a incompatibilidade com a CADH de disposições de prescrição, anistia, indulto, causas exculpantes e medidas que pretendam impedir a persecução penal ou suprimir os efeitos de uma sentença condenatória, já que o DIDH impõe a investigação e persecução penal de *graves violações de direitos humanos*, ainda que desconectadas dos pressupostos de crimes de lesa-humanidade,³⁶ tendo afastado tais óbices jurídicos à persecução penal mesmo com relação a fatos praticados por agentes privados.³⁷

O corolário da imprescritibilidade, todavia, não foi adjudicado em hipóteses que não foram classificadas como graves violações de direitos humanos, como caso de homicídio culposo decorrente de erro médico em hospital particular (*Albán Cornejo e outros c. Equador*)³⁸ ou de violação do direito à intimidade decorrente de interceptação telefônica divulgada na mídia (*Escher e outros c. Brasil*)³⁹, conquanto também aqui reconhecido o dever de investigar adequadamente os fatos e promover a persecução penal.

3.1. A coisa julgada favorável ao réu

Por sua relevância teórica e prática, destaca-se a análise da jurisprudência interamericana no que tange à superação do óbice da coisa julgada favorável ao indivíduo em sede de graves violações de direitos humanos. Para a Corte IDH, a

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garibaldi c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gonzáles e outras (“Campo Algodonero”) c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §455.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §113; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§129-138, relativos a execuções sumárias atribuídas a grupos paramilitares à margem da lei; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gonzáles e outras (“Campo Algodonero”) c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §455 e 497-502; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Albán Cornejo y otros c. Ecuador*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2007, Série C Nº 171.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Escher e outros c. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte de 19 junho 2012, §§ 17-21.

impunidade de violações de direitos humanos, ainda que fundada em coisa julgada absolutória, é contrária à CADH, devendo ser superada a *res judicata* nestas hipóteses.

Dessa forma, a jurisprudência interamericana relativiza a eficácia da coisa julgada, conjugando a norma do art. 8.4 da CADH (que veda nova persecução penal após o trânsito em julgado de sentença absolutória) com aquelas dos artigos 1º, 8º e art. 25 da Convenção, exigindo *respeito e garantia* dos direitos convencionais e um *recurso judicial efetivo* contra violações de direitos humanos⁴⁰, tornando inválidas as normas internas em sentido contrário.

Consequentemente, para a Corte IDH o *ne bis in idem* não seria aplicável às coisas julgadas *fraudulentas*, isto é, àquelas oriundas de processo que: i) não teve a real intenção ou possibilidade de submeter o responsável à ação da Justiça (Carpio Nicolle c. Guatemala⁴¹ e Almonacid Arellano c. Chile⁴²); ii) não tenha obedecido os padrões de investigação e instrução internacionalmente exigíveis (Gutiérrez e família c. Argentina)⁴³ ou esteja em desconformidade com os parâmetros interamericanos (Gutiérrez Soler c. Colômbia)⁴⁴. Em tais casos, não haveria, para a Corte IDH, a formação de coisa julgada, diante do dever convencional de se investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos, afastando a arguição de coisa julgada fundada no direito interno ou no art. 8.4 da CADH.

Ademais, mesmo que o julgamento tenha se desenvolvido em conformidade com os parâmetros interamericanos, isto é, com adequada e eficiente investigação e persecução, com ampla participação das vítimas e/ou familiares em todas as etapas processuais e pré-processuais e com real intenção judicial de submeter o responsável à ação da Justiça, considera a Corte IDH que, *sempre que apareçam novos fatos ou provas* que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos, as investigações podem ser reabertas, “inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*” (Almonacid Arellano c. Chile)⁴⁵.

⁴⁰ CADH, art. 8.4 – “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Veja-se que em Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154, p.ex., a Corte IDH considerou que o art. 8.4 se inseria no marco das normas relativas ao processo justo e ao devido processo legal, devendo ser interpretada em harmonia com as demais disposições do capítulo, que exigem também uma devida diligência investigatória, persecutória e de processamento de violações de direitos humanos (§128), o que reputou ausente no caso, pelo que “consequentemente, tampouco se produziu sentença firme” (§129), tendo determinado a “remoção de todos os obstáculos de facto e de jure” que impeçam a devida investigação dos fatos nos respectivos processos (§ 154).

⁴¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117, §§ 131-135.

⁴² Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

⁴³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

⁴⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

⁴⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

Veja-se que se neste caso havia hipótese de crime contra a humanidade, nos demais casos não se referiu a tal conceito, prescindindo-se do elemento contextual de ataque generalizado e sistemático contra a população civil. Carpio Nicolle c. Guatemala⁴⁶ versava sobre assassinato com motivação política, Gutiérrez Soler c. Colômbia⁴⁷ sobre tortura em unidade policial colombiana e Gutiérrez e família c. Argentina⁴⁸ sobre homicídio praticado *contra policial* que investigava esquema de corrupção. No caso do Massacre da Rochela c. Colômbia, relativo à execução por paramilitares *de servidores ligados à administração da Justiça*, a Corte aduziu que:

*197. Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada*⁴⁹

Em síntese, a Corte IDH afirma que a CADH *exige* a desconsideração, em detrimento de réu processado por graves violações de direitos humanos, de coisa julgada absolutória ou *pro reo*: i) constituída em desconformidade com os *standards* interamericanos (de investigação e persecução eficiente, de ampla participação da vítima e/ou familiares em todas suas etapas e por juízo *imparcial* e independente; ii) se aparecerem novos fatos ou novas provas que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos.⁵⁰

A interpretação concedida pela Corte IDH à norma convencional é de aplicação obrigatória aos países que tenham se submetido à jurisdição contenciosa da Corte, tal qual o Brasil para fatos posteriores a 10.12.1998, diante do teor do art. 68.1 da CADH, por todos seus Poderes, órgãos e entes federados. Há, pois, aparente conflito entre a normativa convencional interpretada pela Corte IDH e a lei processual brasileira.

É preciso, pois, refletir sobre os efeitos e limites da aplicação da CADH e da jurisprudência da Corte IDH sobre o instituto da coisa julgada no Direito brasileiro.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163, §197.

⁵⁰ Para aprofundamento da questão, vide Andrade (2020b).

4. Obrigações positivas e efeitos jurídicos internos da jurisprudência da Corte IDH. Análise crítica. Limites constitucionais. Eficácia suprallegal

Respeitável setor da doutrina tece fortes críticas à jurisprudência interamericana, seja por reputarem-na fruto de uma *cultura punitivista* que desconsideraria o princípio da subsidiariedade penal, se aproximaria do direito penal do inimigo e seria inovadora diante do texto convencional (GOMES, 2018, p. 338-347; MALARINO, 2010, p. 25-45; PASTOR, 2009, p. 240-299), seja porque, ao contrário da CEDH, se imiscuiria de forma muito específica nos ordenamentos internos (MALARINO, 2010, p. 49-61), determinando a não aplicação e revogação de normas legais e até mesmo constitucionais, a construção de memoriais às vítimas e até mesmo a renovação de julgamentos penais absolutórios. Em comparação, a CEDH, ainda que disponha de jurisprudência similar no que tange ao reconhecimento de obrigações positivas em matéria penal, limita-se a declarar violada a Convenção Europeia, fixar reparação em favor das vítimas e a instar os países a sanar o ilícito, concedendo-lhes certa margem de apreciação, até porque não incumbe à Corte, mas a outro órgão (o Comitê de Ministros do Conselho da Europa) fiscalizar e deliberar sobre o cumprimento das sentenças da CEDH (ANDRADE, 2019, p.248-249; PAONESSA, 2009, p. 186-188).

Contudo, não se pode rejeitar a jurisprudência da Corte IDH apenas por reputá-la inovadora com relação ao texto da CADH como propõe Malarino (2010, p. 27-35), recusando a obrigação de controle de convencionalidade e defendendo uma completa separação das esferas internacional e nacional (MALARINO, 2010, p. 49-61; 2012, p. 73-94). Se é possível concordar-se que em alguns julgados a Corte IDH incide em excessos, notadamente ao determinar a desconsideração de normas constitucionais, tendo-as como mero fato, fora destes casos, aptos a serem corrigidos pela jurisdição constitucional, não se pode simplesmente negar efeitos internos à jurisprudência interamericana. Haveria nítida violação da boa-fé exigida pelo Direito Internacional e intolerável ruptura ética se um Estado mantivesse no plano internacional sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH e, simultaneamente, negasse quaisquer efeitos internos às suas decisões.

É preciso, assim, outorgar todos os efeitos constitucionalmente possíveis às disposições convencionais e à jurisprudência da Corte IDH, que gozam no plano interno, como reconhecido pelo STF, de eficácia normativa suprallegal. De outro lado, sem embargo de a Corte IDH considerar, com forte apoio da doutrina internacionalista (c. CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 52-57; MAZZUOLI, 2015, p. 406-412; PIOVESAN, 2011, p. 233-234), que as normas convencionais e sua jurisprudência prevalecem sobre *toda* o ordenamento interno, inclusive o constitucional, tal interpretação não se compatibiliza com a CRFB, pois ensejaria a outorga de poder ilimitável à Corte Interamericana para, esclarecendo e definindo o conteúdo da CADH, construir e reconhecer normas que, sendo supraconstitucionais, prevaleceriam sobre a Constituição, alterando-a sem observância das formalidades e limites trazidos pela Carta Constitucional (art. 60 e §§).

Com efeito, entender que a CADH ou a Corte IDH poderiam determinar a revogação⁵¹ ou desconsideração⁵² de normas constitucionais, a celebração de novos tratados ou a tipificação interna de delitos⁵³ acarretaria a violação de um conteúdo mínimo de soberania nacional e o desprezo dos limites de reforma constitucional (FRIEDE, 2018, p. 364 e 375-382; *mutatis mutandi*, CANOTILHO, 1993, p. 904, sobre as normas comunitárias europeias), o que seria nulo tanto no plano nacional (pela afronta à Constituição, arts. 1º, I, 4º, I e art. 60 e §§) como no plano internacional (cf. art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à jurisdição constitucional (ANDRADE, 2019, p. 331-348 e 406-412). Por razões semelhantes, a Suprema Corte uruguaia se recusou a abster-se de julgar a constitucionalidade da lei 18.831/2011, editada a fim de dar cumprimento à sentença da Corte IDH no caso *Gelman c. Uruguai*⁵⁴, que considerava imprescritíveis delitos decorrentes de terrorismo de estado praticados até 01.03.1985 e de forma retroativa determinava que não se computassem lapsos prescricionais já decorridos. A Suprema Corte uruguaia considerou que mesmo que naquele país as convenções de direitos humanos tenham força constitucional, o controle de constitucionalidade de leis no âmbito interno era seu dever irrenunciável, na qualidade de intérprete última da Constituição, tendo reputado inconstitucionais os dispositivos, por violarem a proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais gravosa (ANDRADE, 2019, p. 186-191; VERVAELE, 2013, p. 3-36).

Como anotam Canotilho (1993, p. 904) e Paonessa (2009, p. 280-283), com relação às normas comunitárias em Portugal e na Alemanha, toda cessão de soberania em favor de organismo internacional não pode comportar uma abdicação da identidade constitucional nem uma transferência da competência sobre a competência. De forma similar, afirma Gil Gil (2013, p. 277-302, com relação às decisões da CEDH), caber aos Estados buscarem no ordenamento interno (aí incluídas as convenções de direitos humanos ratificadas) a possibilidade de que este seja interpretado de modo a cumprir com os efeitos pretendidos pelo tribunal internacional.

Dessa maneira, a força normativa da CADH e da correlata jurisprudência da Corte IDH se submete, para fins internos, às possibilidades constitucionais de seu cumprimento bem como às reservas que o país houver feito ao texto da Convenção

⁵¹ Veja-se que a Corte IDH já determinou a revogação de norma constitucional a país signatário cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A última tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) c. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 fevereiro 2001, Série C Nº 73, §§ 83 a 90 e 103.4.

⁵² Como nos casos assinalados de afastamento de coisa julgada ou da irretroatividade da lei penal, por todos c. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154.

⁵³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C Nº 75, §50.5.c; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §§ 287 e 325.15.

⁵⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221.

e à jurisdição interamericana. Veja-se que não se poderá arguir violação ao *pacta sunt servanda*, eis que mesmo no plano internacional seria inválida disposição pela qual o Estado brasileiro renunciasse à jurisdição constitucional, na forma do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,⁵⁵ diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à função primeira do Poder Judiciário, qual seja, a defesa da Constituição.

De qualquer sorte, são vastos os efeitos jurídicos internos da jurisprudência interamericana reconhecendo mandados implícitos de criminalização a partir da CADH, eis que esta dispõe de supremacia frente a todo o ordenamento infraconstitucional e a jurisprudência da Corte de obrigatoriedade com relação a todos os órgãos estatais. Assim, criam-se deveres processuais e prestacionais, obsta-se a incidência de causas de extinção da punibilidade contrárias à CADH e condiciona-se a interpretação do ordenamento infraconstitucional. Existe, ainda, a possibilidade de incidência indireta da jurisprudência interamericana na interpretação constitucional, por meio de um diálogo de Cortes e pelos vetores dos artigos 1º, II, 4º, II, 5º, §§1º e 2º, da CRFB e art. 7º do ADCT, de modo similar ao que ocorre na Alemanha, como anotam Ambos e Böhm (2011, p. 49).

Em suma, defende-se que a força normativa desta jurisprudência – interpretativa da CADH – ao menos para fins internos, seja aquela outorgada pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos a partir do julgamento do RE 466.343, isto é, supralegal, mas infraconstitucional, na forma exigida pelos artigos 1º, I, 4º, I, e 60, §§1º a 4º da CRFB e permitida pelo art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

4.1. Da imprescritibilidade e vedação de anistia: irretroatividade da CADH e situações jurídicas já consolidadas. Aplicabilidade após a submissão à jurisdição da Corte IDH

Verificou-se que a Corte IDH, diante da necessidade de os Estados garantirem a observância dos direitos convencionais (art. 1.1 da CADH), assegurarem o devido processo legal e um recurso efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 8.1 e art. 25 da CADH), reconheceu, de forma análoga à CEDH, que as disposições de prescrição e anistia não podem ser aplicadas diante de graves violações de direitos humanos, por força da normativa interamericana.

Tais consequências jurídicas prevalecem sobre a normativa infraconstitucional interna e são compatíveis com o ordenamento constitucional, sendo válidas e eficazes para fatos ocorridos após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH pelo Brasil, em 10.12.1998, diante do caráter evolutivo da interpretação do texto convencional, e da regra constitucional de irretroatividade da norma penal mais gravosa. Assim, a

⁵⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, ratificada em 25 setembro 2009. Promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 dezembro 2009.

Artigo 46 - Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados:

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

partir de 10.12.1998, crimes que encerrem graves violações de direitos humanos não são mais sujeitos à incidência da prescrição, diante dos artigos 1.1, 8.1, 25 e 68.1 da CADH e da jurisprudência da Corte IDH (ANDRADE, 2019, p. 396-398; 2020a, p. 32-54).

De forma semelhante, defende-se que normas concessivas de anistia ou de indulto relativamente a graves violações de direitos humanos praticadas após 10.12.1998 não podem ser aplicadas no país, diante da superioridade normativa da CADH sobre aquelas, vedando que promovam a impunidade destes fatos. Diante da irretroatividade constitucional da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), e de expressa reserva feita pelo país quando de sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, esta jurisprudência interamericana não lograria efeitos internos sobre fatos anteriores, como defendem Andrade (2019, p. 409-415; 2020a, p. 45-48) e Gomes (2018, p. 298-304 e p. 313-318). Contudo, isto não impediria eventual discussão acerca da impossibilidade de incidência de prescrição ou anistia dos crimes praticados durante a ditadura militar com base no *ius cogens* internacional, nem a persecução de eventuais crimes permanentes, cuja execução ainda se protraia no tempo, como, em tese, poderia ocorrer com os desaparecimentos forçados (sequestro e ocultação de cadáver) (ANDRADE, 2020a, p. 48-51).

Não há se falar, por fim, na possibilidade ampla de incidência das normas infraconstitucionais de prescrição, anistia ou indulto em razão da aplicação do princípio da complementariedade (art. 29 da CADH)⁵⁶, como propõem Gomes (2018, p. 351-357) e Kibrit (2018, p. 161-179), na medida em que a firme jurisprudência da Corte IDH, interpretando tal norma, aplica o princípio *pro homine* em favor das vítimas de violações de direitos humanos (e não dos acusados de os terem violado), conforme anotam Cançado Trindade (1999, p. 10), Mazzuoli (2015, p. 914-915) e Piovesan (2013, p. 156-157), buscando sempre a norma que mais as ampare e minimize sua vulnerabilidade, determinando expressamente a Corte Interamericana o afastamento das disposições internas que promovam a impunidade de graves violações de direitos humanos.

4.2. Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas

De modo similar, ainda que contornáveis os óbices infraconstitucionais, como a regulamentação processual da exceção de coisa julgada e a inexistência de previsão no CPP para a revisão criminal *pro societate*, a CADH não teria eficácia normativa para

⁵⁶ Art. 29 – Normas de interpretação:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

superar a previsão constitucional de respeito à coisa julgada, como garantia individual (ANDRADE, 2019, p. 406-412; 2020b; SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 158).

Contudo, não constituiria violação da garantia da coisa julgada a alteração infraconstitucional das hipóteses de revisão criminal, salvo quando violado o *conteúdo essencial* da garantia constitucional.⁵⁷ Assim, poderia a CADH dispor sobre a regulamentação da coisa julgada, gozando de eficácia superior ao CPP, ou influir em sua interpretação, desde que não esvaziasse o instituto, violando a norma constitucional. Passa-se, então, a refletir sobre a eventual compatibilidade das hipóteses de superação de coisa julgada preconizadas pela Corte IDH com a CRFB.

Desde logo é de se advertir que não se considera haver compatibilidade da superação do óbice da coisa julgada *na extensão preconizada* pela Corte IDH com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual deve preponderar sobre a CADH e a jurisprudência interamericana. Em consequência, não se faz constitucionalmente viável a superação da garantia da coisa julgada favorável ao réu em decorrência da mera contrariedade à lei (e à CADH) ou à prova dos autos, por mera insuficiência da investigação ou persecução ou falta de participação das vítimas, sendo *vedada a eterna reavaliação da legalidade e da legitimidade da sentença absolutória* transitada em julgado, a violar o núcleo essencial constitucional da garantia da coisa julgada (ANDRADE, 2020b).

De forma semelhante, sustenta-se que o mero surgimento de novas provas que viabilizassem a condenação (hipótese reversa do inciso III do art. 623, do CPP) não deveria ensejar a desconstituição da coisa julgada em detrimento do réu, sob pena de se obstar a paz social desejada pela Constituição diante de coisa julgada regularmente formada, ainda que ao custo da impunidade de violações de direitos humanos.

O tema certamente é espinhoso, tendo o Tribunal Constitucional colombiano chegado à conclusão diversa, analisando ação constitucional que questionava a violação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e de direitos fundamentais pela norma processual que vedava a revisão criminal *pro societate*. O tribunal, por meio da sentença C-004/2003, passou a admitir a possibilidade ampla de revisão criminal *pro societate*, nos termos da jurisprudência interamericana, sempre que se verificasse grave descumprimento do dever estatal de investigar de maneira séria e imparcial fatos que constituam violações de direitos humanos ou, ainda, diante do surgimento de prova nova relativamente a tais hipóteses:

Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in idem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas

⁵⁷ Veja-se que mesmo Silva Sánchez, forte opositor das obrigações positivas em matéria penal, afirma (2008, p.158) que a jurisprudência da Corte IDH de superação da coisa julgada em hipótese de violações de direitos humanos apenas ofende a garantia do *non bis in idem* quando o novo julgamento seja determinado tão só pelo surgimento de novas provas. Assim, caso o julgamento inicial favorável ao réu fosse decorrente de prevaricação ou contivesse vícios processuais determinando sua nulidade, a revisão da coisa julgada em detrimento do réu não ofenderia o *non bis in idem*.

de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. (...)

La impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados. (...)

En tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates. (...)

En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente

*por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.*⁵⁸

É preciso salientar que a Constituição colombiana insere a CADH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade, de modo que, ao contrário do Brasil, a norma convencional (e sua interpretação pela Corte IDH) dispõe de força constitucional e é apta a condicionar a interpretação e ponderação de valores constitucionais.⁵⁹ Não sendo este o quadro brasileiro, defendendo-se uma primazia da norma constitucional sobre aquela convencional diante do texto da CRFB (art. 1º, I, 4º, I, e 60, *caput* e §§), não nos parece possa a CADH esvaziar o conteúdo essencial da garantia constitucional da coisa julgada.

Não seria lícito, pois, a revisão de sentenças transitadas em julgadas, em detrimento do réu, para mera rediscussão da convencionalidade, legalidade ou legitimidade do processo ou sentença e da eficiência da investigação, ou para se proceder a reanálise do quadro probatório diante de nova evidência, diante da proteção constitucional à coisa julgada. Sem embargo, considera-se haver situações excepcionais que não estão albergadas dentro do conceito constitucionalmente protegido de coisa julgada, em que, ao menos em se tratando de violações de direitos humanos, seriam aplicáveis as normas dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH e a respectiva jurisprudência da Corte IDH, permitindo-se a revisão criminal também em detrimento do réu.⁶⁰ Vejamos:

4.3. Da possibilidade de superação da coisa julgada inexistente ou fraudulenta (coação, fraude ou dolo)

i. Da sentença inexistente (falsificação ou venda de sentença)

A primeira hipótese é aquela em que a sentença transitada em julgada, a rigor, não encerra conteúdo jurisdicional, mas sim é objeto material de crime de falsidade

⁵⁸ Corte Constitucional da Colômbia, *Sentença C 004/2003*, 20 janeiro 2003. Inteiro teor disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-004-03.htm>>. Acesso em 4 fev. 2020. O Tribunal salientou, ainda, ser constitucional a restrição à revisão criminal *pro societate* nos demais casos, diante da margem de discricionariedade do legislador para conciliar os valores da segurança jurídica e justiça quando não se tratar de violação de direitos humanos e, nos casos admitidos de revisão *pro societate*, limitou sua legitimidade à *Procuraduría* (órgão *custos legis* e fiscal da administração pública) e à *Fiscalía* (órgão acusatório) (APONTE, 2013, p. 172).

⁵⁹ Para detalhada descrição do quadro constitucional colombiano frente às decisões do Tribunal Constitucional e da Corte IDH, vide Legale (2019, p. 181).

⁶⁰ Para exposição mais exauriente da argumentação aqui proposta, vide Andrade (2020b).

material ou ideológica (e exaurimento de crimes de corrupção passiva ou concussão), tratando-se de ato jurídico inexistente.

Ora, o ato de alguém que se traveste de juiz, falsifica a assinatura de magistrado ou obtém sua assinatura eletrônica e elabora e assina decisões sem autorização ou supervisão do magistrado não é sentença, mas documento falso, tratando-se de decisão inexistente. Da mesma maneira, o ato de magistrado que, em vez de proferir sentença no exercício da função jurisdicional estatal *vende* o teor de uma decisão, é mero objeto material de crime de falsidade ideológica e, possivelmente, exaurimento de corrupção passiva, concussão ou prevaricação, não resultando do exercício da jurisdição e não produzindo qualquer efeito jurídico, senão para formar justa causa para a persecução penal em face do magistrado corrompido.

Nestes casos, tem-se sentença *inexistente*, ou em verdade *simulacro de sentença*, ou *documento travestido da forma de sentença, mas sem conteúdo jurisdicional*, seja porque não emanado de magistrado (ou sob sua supervisão), seja porque emanado de magistrado que ao proferi-la não está exercendo a jurisdição estatal, mas praticando crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva, concussão e/ou prevaricação. Em qualquer hipótese, não há *sentença* a ser coberta pelo manto da coisa julgada, *mas documento falsificado*, encerrando ato jurídico *inexistente*, que não impede a persecução penal sobre os fatos versados no processo original, desde que comprovada a falsidade (podendo tal circunstância ser declarada tanto na sentença do processo-crime em razão do falso, prescindindo-se do ajuizamento de revisão criminal neste caso diante da inexistência de coisa julgada, quanto, em sua ausência, em revisão criminal para declarar tal circunstância).

ii. Da coisa julgada fraudulenta (processo viciado por anormalidade institucional, coação ou conluio)

A segunda hipótese é aquela em que a sentença é fruto de processo viciado por situação de anormalidade institucional-constitucional ou decorre de coação ou extorsão praticadas contra magistrados ou membros do Ministério Público ou ainda de fraude ou conluio envolvendo as partes processuais, situações em que não havia a real possibilidade ou intenção de submeter responsáveis por graves violações de direitos humanos à ação da Justiça, sendo os atos processuais deliberadamente dirigidos à extinção da punibilidade, à absolvição ou a beneficiar sua situação jurídica.

Não haverá de se confundir tal hipótese com a formação de *opinio* ministerial favorável aos réus, nem de convicção judicial a seu favor, sendo reservada para casos excepcionais em que a sentença seja decorrente da perda da independência judicial ou ministerial decorrente de ruptura institucional ou coação física ou moral às atividades de jurisdição e persecução penal ou em que se constate conluio ou colusão entre réus e membros do MP, tornando viciada a jurisdição pela coação ou fraude.

Uma sentença absolutória advinda de imposição autoritária, de coação, chantagem ou fraude, ao menos em se tratando de grave violação de direitos humanos

não produzirá efeitos absolutos de coisa julgada imutável, podendo ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados, diante da clara jurisprudência da Corte IDH a respeito exigindo sua superação, em obediência à norma convencional, bem como da inexistência de óbice constitucional. O mesmo com relação à sentença que decorra de veredito do Tribunal do Júri que padeça de tais vícios, ou na qual o magistrado tenha sido induzido a erro por manifestação ministerial que padecesse destes vícios (coação ou colusão). Parece razoável afirmar que a garantia constitucional da coisa julgada não abrange (ao menos não de forma absoluta) decisões que padeçam de vícios extrínsecos ao processo que diretamente condicionem ou turvem a prestação jurisdicional. Aqui, a sentença não é decisão jurídica livre, de magistrado imparcial e independente, no âmbito do devido processo legal e do Estado de Direito, mas fruto de violência, coação ou fraude.

Como corolário, em se tratando de graves violações de direitos humanos, diante da clara jurisprudência da Corte IDH exigindo sua superação em obediência à norma convencional sempre que não houvesse real possibilidade ou intenção de submeter os responsáveis à ação da Justiça (por anormalidade institucional, coação, ou fraude/colusão), poderá a coisa julgada ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados nestes casos, com base na CADH.

iii. Da atestada falsidade de prova fundamental (art. 621, II do CPP n/f arts. 1º, 8º e 25 CADH)

Por fim, uma sentença absolutória decorrente de erro ao qual foi deliberadamente induzido o Juízo ou o órgão ministerial tampouco nos parece abrangida dentro do conceito *constitucionalmente* protegido de coisa julgada, sendo passível de revisão, ao menos quando se tratar de grave violação de direitos humanos.

Pense-se em sentença ancorada fundamentalmente em prova cuja falsidade material ou ideológica seja supervenientemente demonstrada, como no caso de perícias e laudos falsificados ou adulterados e de testemunha corrompida ou coagida. Aqui seria possível a rescisão da coisa julgada através de ação própria, com natureza de revisão criminal *pro societate*, interpretando-se o art. 621, II, do CPP à luz da CADH, demonstrando-se a falsidade da prova pericial, documental ou testemunhal no qual se fundou a sentença favorável ao réu transitada em julgado. Tal demanda exigiria justa causa (elementos suficientes que indiciem a falsidade da prova essencial), apurada em feito próprio ou a ser demonstrada na própria revisão criminal, vedada em qualquer caso a mera reavaliação probatória na ausência de fato novo a demonstrar a falsidade da prova essencial na qual se fundou a sentença. Não seria permissível, pois, a eterna rediscussão do mérito de depoimentos ou documentos na ausência de novos elementos de convicção que demonstrem falsificação de laudos e coação ou corrupção de peritos, testemunhas e informantes, mas uma vez constatada a falsidade material ou ideológica de prova essencial no qual se fundou a sentença absolutória, permitir-se-ia sua revisão *pro societate*, em caso de grave violações de direitos humanos.

Nas três hipóteses ora propostas, há vícios de tal gravidade que tornam inexistente ou fraudulenta a coisa julgada absolutória obtida mediante falsidade, coação, conluio ou dolo, sendo possível o manejo de revisão criminal *pro societate* com fulcro nos arts. 1.1, 8.1 e 25 da CADH, caso se trate de hipótese de grave violação de direitos humanos, cabendo o ônus desta prova ao Ministério Público.

Indaga-se: seria mesmo inconstitucional superar ou rescindir uma absolvição comprovadamente fundada em corrupção de magistrado ou membro do Ministério Público, em coação institucional ou pessoal contra magistrados e promotores, em conluio entre as partes, em laudo falsificado ou emitido por perito corrompido ou coagido, ou em testemunhos coagidos ou corrompidos, permitindo-se a impunidade de graves violações de direitos humanos cujos autores ainda tenham sido beneficiados por tais expedientes escusos? A resposta há de ser negativa, permitindo-se, nestes casos restritos, a superação da coisa julgada absolutória diante das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela Corte IDH para proteção às vítimas de violações de direitos humanos.

4.4. Sistema de justiça criminal, celeridade e eficiência das investigações e do processo. A vítima e o processo penal

O reconhecimento de mandados implícitos de criminalização pela Corte IDH impõe, ainda, um dever de adequação e eficiência das investigações de graves violações de direitos humanos, com a observância de protocolos internacionais de investigação⁶¹ e perícia forense, abrangendo o acautelamento, preservação e toda a cadeia de custódia dos vestígios relevantes (em boa hora regulamentada pela Lei 13.964/19, acrescentando os artigos 158-A a 158-F ao CPP), a alocação e qualificação de recursos humanos, o fornecimento de insumos, a independência dos investigadores frente a investigados, a elaboração e cobrança de padrões, metas e rotinas operacionais.⁶² Exige, ademais, a garantia de proteção e segurança a investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo um mandado de otimização destas funções estatais. Como corolário, pode acarretar a inconveniência de normas e procedimentos caso sejam manifestamente contrários à eficiência e celeridade (como pode ocorrer pela tramitação triangular

⁶¹ Maranhão (2019, p. 155-160) anota a necessidade de observância de protocolos como o Manual da ONU sobre Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais e o Protocolo de Istambul (Manual para Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes), este último expressamente objeto da Recomendação nº 31, de 27 de janeiro 2016 do Conselho Nacional do Ministério Público.

⁶² Dondé (2013, p. 323-325) anota que após ser condenado pela Corte IDH no caso Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México, aquele país teria estabelecido uma rede de cooperação entre diversas instâncias de segurança pública e persecução e implementando protocolos nacionais de investigação para desaparecimentos, violência sexual e feminicídio, permitindo buscas imediatas.

de inquéritos policiais entre polícia e Ministério Público pelo cartório judiciário⁶³, por exemplo, violando a um só tempo o sistema acusatório e o dever de eficiência).

Outrossim, garantem-se às vítimas⁶⁴ de violações de direitos humanos e seus familiares uma ampla possibilidade de participação em todas as etapas da investigação e do processo e o direito à obtenção de uma resposta judicial em tempo adequado: a Corte IDH considera que a demora no processamento e julgamento de violações de direitos humanos constitui, *per se*, nova violação à norma convencional relativa à garantia do devido processo legal e do recurso efetivo (art. 8.1 e 25 da CADH). Consequentemente, o mandado de otimização incide também na fase processual, instando o Ministério Público e o Poder Judiciário a velarem pela observância da normativa interamericana que exige uma duração razoável do processo como direito das vítimas de violações de direitos humanos.

4.5. Limites sobre causas de exclusão da ilicitude e exculpantes e julgamentos no Tribunal do Júri

Ademais, as obrigações positivas em matéria penal incidem como vetor de interpretação do direito interno, inclusive para comprimir o âmbito normativo facultado ao reconhecimento legal e judicial de causas de exclusão de ilicitude e de exculpantes (ANDRADE, 2019, p. 375-379). Com efeito, não seria compatível com a CADH norma que considerasse lícito o homicídio de pessoa desarmada fugindo de perseguição policial ou a tortura de criança a pretexto do direito à criação dos filhos, como já decidido pela CEDH com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme narram Ashworth (2004, p. 204) e Mowbray (2004, p. 43-45).

Tampouco seria válida perante a CADH norma que exculpasse servidor público que agisse em *obediência hierárquica* em cumprimento a ordem manifestamente ilegal de proceder à execução sumária, estupro ou tortura. De modo semelhante, no âmbito do Tribunal do Júri deve ser coibida pelo magistrado presidente a sustentação de teses acerca de causas justificantes ou exculpantes manifestamente contrárias aos direitos humanos assegurados na CADH, intervindo para coibir abusos (art. 497, III, do CPP). Pense-se, como exemplo, em teses de licitude de homicídio de pessoas com antecedentes criminais ou suspeitas de crimes, mendigos, adolescentes infratores, ou integrantes de determinada raça, etnia, grupo religioso ou social, ou mesmo em decorrência de traição em relacionamento amoroso (legítima defesa da honra).

⁶³ Neste sentido, a tramitação direta de inquéritos policiais entre a polícia e o Ministério Público foi expressamente estabelecida, no âmbito federal, pela Resolução do Conselho de Justiça Federal nº 63, de 26 de junho de 2009. Indo além, Ramos (2015, p. 340) chega a afirmar a jurisprudência da Corte IDH com relação a graves violações de direitos humanos “exige modificações no obsoleto sistema do inquérito policial brasileiro, que elucida menos de 8% dos crimes contra a vida”.

⁶⁴ Peres (2019, p. 315-317) anota que as sentenças condenatórias da Corte IDH contribuíram no México para a edição de uma Lei Geral de Vítimas, aprovada em 9 de janeiro de 2013, assegurando o direito das vítimas de violações de direitos humanos à assistência, proteção, atenção, verdade, justiça, reparação integral, participação e devida diligência, criando um registro nacional de vítimas e um fundo de assistência e reparação integral.

Como corolário, ainda, é de se rejeitar veementemente a tese que atribui suposto direito absoluto de clemência aos jurados para provocar absolvições arbitrárias e manifestamente contrárias à prova dos autos, exigindo-se ao menos a possibilidade de recurso ministerial nestes casos (art. 593, III, d, do CPP).⁶⁵

Assim, percebe-se que o âmbito da licitude e da irresponsabilidade por violações de direitos humanos, decorrente da aplicação de causas de exclusão da licitude ou culpabilidade, resta comprimido pelo reconhecimento das obrigações positivas em matéria penal pela Corte Interamericana, cujos influxos influenciam a interpretação do ordenamento pátrio, inclusive constitucional (AMBOS; BÖHM, 2011; MAUÉS, 2017, p. 6-7), repelindo que o Estado cooneste, por exemplo, execuções sumárias e grupos de extermínio, por mero voluntarismo do julgador leigo: exige-se, aqui, a possibilidade jurídica de recurso contra absolvições, caso estejam em manifesto desacordo com a prova dos autos (ANDRADE; FISCHER, 2020).

4.6. Incidência indireta da jurisprudência da Corte IDH sobre decisões internas do Judiciário e Ministério Público. Óbices do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional

Por fim, é de se ressaltar que a jurisprudência interamericana opera efeitos internos a partir das normas dos arts. 63.1 e art. 68.1 da CADH. Dessa maneira, em que pese a Corte IDH seja a intérprete última da Convenção, suas decisões não produzem efeitos jurídicos internos diretos e imediatos. Ao revés, aclarando o teor da norma convencional e apontando as providências necessárias para seu cumprimento, as sentenças da Corte IDH entram no ordenamento interno de forma indireta, através das decisões das autoridades internas aplicando a CADH.

Assim, o fato de a Corte IDH determinar a reabertura de processos, a retomada da persecução penal ou a ineficácia da coisa julgada absolutória em casos específicos, apenas indica que tais providências seriam necessárias ao cumprimento dos deveres trazidos pela CADH, cabendo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público brasileiros, no exercício de funções, decidir acerca da viabilidade e exequibilidade interna da decisão interamericana, diante do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional, constitucionalmente assegurados. Por outro lado, isto não lhes retira um pesado ônus de fundamentação e argumentação sempre que concluírem ser inviável juridicamente a solução preconizada pela Corte IDH diante de óbice constitucional superior, já que, sempre que possível, devem promover o cumprimento das decisões e normas interamericanas, dando-lhes efetividade, de molde a valorizar as diretrizes constitucionais do art. 1º, II e 4º, II, da CRFB e art. 7º do ADCT e a promover o cumprimento da norma convencional, vigente e superior a toda a legislação infraconstitucional.

⁶⁵ Em 7 de maio de 2020 (DJe 22jun.2020), o STF reconheceu repercussão geral (Tema nº 1.087) à questão da recorribilidade das absolvições do Tribunal do Júri fundadas no quesito genérico de defesa frente à soberania do júri. Para aprofundamento acerca dos reflexos do reconhecimento de mandados implícitos de criminalização sobre suposto direito de clemência no júri, vide Andrade e Fischer (2020).

5. Conclusões

1) O Brasil se submeteu à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 10 de dezembro de 1998 e, desde então, está juridicamente vinculado ao cumprimento de suas decisões (art. 68.1 da CADH), que devem orientar a conduta das autoridades nacionais em todos os poderes, órgãos e entes federativos, prevalecendo sobre todo o ordenamento interno infraconstitucional, conforme força normativa supralegal atribuída aos tratados de direitos humanos pelo STF no julgamento do RE 466.343.

2) A jurisprudência da Corte IDH, assim como a análoga jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconhece a existência de mandados implícitos de criminalização, ou obrigações positivas de tutela penal dos direitos humanos assegurados nas respectivas convenções. Assim, diante do dever dos Estados-partes de garantirem os direitos previstos na CADH (art. 1.1 da CADH) e de assegurar um devido processo legal (art. 8.1 da CADH) e um recurso judicial efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), afirma-se o dever convencional de investigar adequadamente (com tempestividade, seriedade, imparcialidade e exaurimento dos meios de prova e garantindo-se ampla participação das vítimas e familiares), promover a perseguição e, sendo o caso, punir os responsáveis por violações de direitos humanos.

3) Ademais, tratando-se de graves violações de direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH considera inadmissíveis a concessão de anistia, indulto, graça, o curso de prazos prescricionais ou decadenciais e a incidência de obstáculos processuais que impeçam a perseguição e julgamento penal de mérito, afastando, ainda, o reconhecimento da causa exculpante da obediência hierárquica.

4) Em adição, a Corte IDH considera nestes casos que nem mesmo a coisa julgada absolutória constitui óbice ao dever de perseguição penal de graves violações de direitos humanos, sempre que decorresse de um julgamento em que não tenham sido observados os padrões interamericanos (de ampla participação da vítima, exaurimento e adequação das atividades investigativas e persecutórias, imparcialidade e ausência de coação a investigadores, promotores e magistrados), bem como sempre que surjam novas provas que permitam determinar a responsabilidade pelos fatos.

5) A Corte IDH considera como *graves violações* de direitos humanos a prática de tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, desaparecimento forçado, trabalho escravo, expulsão forçada da população civil e o estupro, quando praticados por agentes públicos ou por grupos armados paraestatais ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos. O conceito de graves violações de direitos humanos abrange, mas não se confunde, com o de crimes contra a humanidade, prescindindo do elemento contextual de ataques sistemáticos ou generalizados no âmbito de uma política estatal.

6) As sentenças da jurisdição contenciosa da Corte IDH são vinculantes (art. 68.1 da CADH) e, sempre que compatíveis com a Constituição, devem ser

cumpridas pelo país por intermédio de todos seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e do Ministério Público, por força do princípio da boa-fé (*pacta sunt servanda*). Consequentemente, todos os agentes públicos devem promover um controle de convencionalidade acerca das normas internas, similar ao controle de constitucionalidade, para afastar sua aplicação quando contrariarem a CADH, inclusive levando em consideração a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH.

7) A submissão do país à jurisdição da Corte IDH, contudo, não torna o tribunal internacional uma quinta instância recursal, não produzindo suas decisões efeitos diretos em processos em curso, senão pela decisão das autoridades nacionais.

8) Ademais, a CADH e a jurisprudência da Corte Interamericana permanecem submetidas, para efeitos internos, à Constituição e à jurisdição constitucional brasileira. Entender de forma diversa outorgaria à Corte IDH um poder supraconstitucional e ilimitável e permitiria alterações constitucionais sem observância dos limites constitucionais, o que estaria em dissonância com as normas do art. 1º, I, art. 4º, I, e art. 60, §§1º a 4º da CRFB, violando cláusulas pétreas e o conteúdo mínimo de soberania nacional.

9) Tal entendimento não traduz violação ao princípio da boa-fé no plano internacional, eis que haveria manifesta falta de competência dos poderes Executivo e Legislativo em vincular o país no sentido de afastar do Poder Judiciário a função de controle de constitucionalidade, subsumindo-se à regra do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a permitir nestes casos, a invocação de óbice interno. Seria, pois, nula, interna e internacionalmente, a interpretação de que a ratificação da CADH ou a submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH impediriam o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade pela jurisdição brasileira.

10) Como consequência, os mandados implícitos de criminalização reconhecidos pela jurisprudência da Corte IDH são limitados pela garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB) e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), não sendo constitucionalmente possível o afastamento generalizado do óbice da coisa julgada absolutória nos termos pretendidos pela Corte IDH e a aplicação da imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia decorrentes da CADH a fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Brasil, em 10.12.1998.

11) Contudo, admitir-se-ia a incidência da jurisprudência da Corte IDH e da CADH sobre a regulamentação infraconstitucional da coisa julgada absolutória, desde que não esvaziado o conteúdo essencial da garantia constitucional. Assim, faz-se viável o afastamento de sentença absolutória transitada em julgado, em se tratando de grave violação de direitos humanos, por aplicação dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH, quando encerrasse coisa julgada inexistente (tratando-se de simulacro de julgamento, obtido mediante falsificação ou prevaricação) ou fraudulenta (quando o julgamento fosse decorrente de coação institucional ou pessoal, conluio, fraude ou indução dolosa a erro por vício de prova fundamental, como nos casos de laudos e perícias falsas ou testemunhos corrompidos ou coagidos), vedada, mesmo nestes casos, a mera rediscussão da legalidade processual ou mero reexame probatório na ausência de prova nova a demonstrar o vício.

12) Outrossim, a partir do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH em 10.12.1998 é vedado o cômputo de prazos prescricionais ou a concessão de anistia, indulto ou graça, com relação a graves violações de direitos humanos, diante do teor das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela jurisprudência interamericana com base nos artigos 1.1, 8.1 e 25, na forma do art. 68.1, todos da CADH. Contudo, com relação a situações jurídicas já definidas pela extinção da punibilidade, ou mesmo com relação a fatos anteriores a 10.12.1998, não se faz viável a retroação, em detrimento do réu, da norma interamericana determinante da imprescritibilidade e vedação de incidência de causas de extinção da punibilidade, sem prejuízo de que tais questões possam ser analisadas de modo autônomo à luz do *ius cogens* internacional.

13) Os mandados implícitos de criminalização decorrentes da CADH são limitados pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pela separação constitucional de poderes e pela autonomia constitucional do Ministério Público e pela independência funcional de seus membros. Assim, são ineficazes no plano interno quaisquer determinações da Corte IDH no sentido de impor providências internas a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público ou de que se abstenham de proceder ao controle da constitucionalidade da norma convencional. Contudo, declarando o teor da norma convencional, aumentam os ônus de fundamentação de decisões internas que não a implementem por razões superiores.

14) As obrigações positivas em matéria penal são aptas a restringir a aplicação de causas justificantes e exculpantes, vedando que sejam fundadas em *discrímen* contrário à CADH ou que acarretem proteção manifestamente deficiente a direitos humanos. À guisa de exemplo, vedam a justificação ou a exculpação de homicídio ou tortura porque estivesse a vítima fugindo desarmada, dispusesse de antecedentes criminais ou infracionais, fosse de determinada etnia, raça ou orientação sexual ou professasse determinada religião, devendo, no caso dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, ser coibida pelo magistrado a veiculação de teses similares em plenário, esclarecendo-se sua contrariedade à CADH e à CRFB. Determinam, ainda, a impossibilidade de concessão arbitrária de clemência por mero voluntarismo do jurado leigo em coonestar execuções sumárias, exigindo a possibilidade de recurso de mérito contra sentenças absolutórias que sejam manifestamente contrárias às provas dos autos.

15) Por fim, as obrigações positivas em matéria penal exigem a possibilidade de ampla participação das vítimas em todas as fases da investigação e processo, a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação dos órgãos responsáveis pela investigação, perícia técnica, persecução e processamento penal, determinando a alocação de recursos orçamentários minimamente compatíveis com tais necessidades, a entrega de insumos técnicos necessários, a preservação da cadeia de custódia de provas técnicas, a proteção de investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior eficiência e celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo-se em mandados de otimização da função estatal de investigação, persecução e processamento penal.

Arremata-se o artigo com o diagnóstico realizado por Piovesan (2013, p. 367) sobre o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos: ainda que algumas decisões da Corte IDH possam ser passíveis de críticas, não há como se negar o indispensável papel exercido pela Corte IDH e demais órgãos interamericanos na consolidação dos direitos humanos na América Latina:

O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados.

Referências

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO; Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. Graves violações de direitos humanos e anistia: os casos Gomes Lund e Herzog e as ADPFs 153 e 320. In: *Hard Cases – Controle de convencionalidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (dir.); BRANDELISE, Ane Elise; COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna (coord.); LEAHY, Érika (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2020.

_____. Revisão criminal *pro societate* e obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: *Homenagem ao Professor Sérgio Demoro Hamilton*. GARCIA, Emerson (org.). Rio de Janeiro, Revista do MP, 2020. No prelo.

_____. FISCHER, Douglas. Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio? *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, ano 31, nº 103, 2020. No prelo.

APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicin e Alessandro Berti Contessa. 2ª ed. 5. tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Milano: Vita e pensiero, 2003.

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CANÇADO TRINDADE. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. rev. atual., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONDÉ, Javier Matute. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

_____. Influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en México. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (edits). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd ed. Ithaca: Cornell University, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2, 2013, p. 641-694.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRIEDE, Reis. *Revisão da Lei de Anistia: um contraponto*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

GIL GIL, Alicia. Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (eds). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Coleção Ciência Criminal Contemporânea*, vol. 11. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

KIBRIT, Orly. *Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos direitos humanos na consagração da cidadania transnacional*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2018.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

In: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevidео: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

_____. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional.* Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

MARANHÃO, João Guilherme Fernandes. Obrigação geral de investigar, processar e punir no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In: Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática.* ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 137-180.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e diálogo judicial. *In: O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.* MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público.* 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Controle constitucional da convencionalidade das leis.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2019.

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

MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights.* Hart publishing. Oxford/Portland: 2004.

OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation. *In: Post-conflict Justice,* BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari.* Pisa: Edizioni ETS, 2009.

PARRA VERA, Oscar. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *In: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.* Año 13, n.1, nov. 2012, p. 5-51.

PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Ibañez, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERES, Luciana. Mecanismos de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na América Latina: adequações institucionais na Colômbia, no México, na Argentina e no Brasil. In: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática*. ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 285-348.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Dauri Cesar; PETER FILHO, Jovacy; SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; ULHOA, Paulo Roberto; FUCHS, Horst Vilmar (coords) [FABRIZ, Dauri Cesar et al. (coords)]. Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAMOS. André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62, 2006, p.9-55, set-out/2006.

_____. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 47, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. In: *Derecho Penal y Criminología*, v. 29, n. 86-87, 2008, p. 149-172.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXII, n. 97, 2005.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 108, 2014.

VERVAELE, John A.E. Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: ¿del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS*. v.1. n.1. (2013), p. 03-36.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: *Studi in onore di Mario Romano*. IV. Napoli: Jovene Editore, 2011.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva

Edilson Vitorelli*

Sumário

1. A história de um problema. 2. Litígios coletivos. 3. Os litígios, a sociedade e o problema da indivisibilidade. 4. A conflituosidade. 5. A complexidade. 6. Proposta para um novo conceito de litígio coletivo. 7. Litígios coletivos globais. 8. Litígios coletivos locais. 9. Litígios coletivos irradiados. 10. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente trabalho apresenta uma proposta de reconstrução dos conceitos relacionados ao processo coletivo, desenvolvidos no Brasil e adotados em diversos países da Ibero-América. Demonstra-se que as noções de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conquanto historicamente relevantes, são inadequadas e imprecisas para a condução empírica do sistema processual. Propõe-se, a partir dessa constatação, o desenvolvimento de uma classificação de litígios coletivos, cujos conceitos são construídos indutivamente, a partir de casos tratados em processos coletivos. Sustenta que a tipologia de litígios é capaz de orientar, mais precisamente, a propositura, processamento e decisão de ações coletivas.

Abstract

This paper presents a proposal to reconstruct the basic concepts that orient collective redress. They were developed in Brazil and exported to many countries in Ibero-America. I demonstrate that the notions of diffuse, collective and individual homogenous rights are unprecise and inadequate to orient a collective redress system. I propose to replace these concepts with a typology of collective rights, built from a perspective of the rights that have been violated.

Palavras-chave: Processo civil. Tutela coletiva. Direitos transindividuais.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República. Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Professor e coordenador de pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e coordenador de ensino na Escola Superior do Ministério Público da União. Professor do mestrado da Universidade Católica de Brasília.

Keywords: *Civil procedure. Collective redress. Transindividual rights.*

1. A história de um problema¹

Entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo². Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, cuja lei data de 1965, e antevia o crescimento incessante de situações “em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”³. Embasado em doutrina italiana, o autor estabeleceu os contornos dos direitos chamados coletivos e difusos, preocupando-se sobretudo com estes, uma vez que “o interesse que se quer tutelar não é função dele [do vínculo entre os titulares], mas antes se prende a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis”⁴. Paralelamente, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicaram textos com preocupações e debates similares⁵, atentando para o avanço da vida social, não acompanhado pelo direito. Como afirmou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, “trata-se, na realidade, de assunto dos mais graves e preocupantes surgidos no campo do direito”⁶.

A atenção dedicada ao tema por esses autores fez com que, ao longo da década de 1980, o assunto ganhasse destaque, transformando-se em tema de debates acadêmicos, seminários de pós-graduação, ciclos de palestras e projetos de lei. Tudo isso redundaria na aprovação, entre meados da década de 1980 e início da década de 1990, de um expressivo arcabouço legislativo que constitui, até hoje, a base do sistema de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil.

Passados mais de trinta anos desses debates, a tutela dos direitos de grupo é uma realidade consolidada no Brasil, seja em termos doutrinários, acadêmicos, legislativos ou jurisprudenciais. A análise do direito comparado permite considerar o

¹ As ideias descritas neste trabalho foram desenvolvidas mais detalhadamente em VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. Esta obra foi vencedora do prêmio Mauro Cappelletti, atribuído pela International Association of Procedural Law – IAPL de melhor livro de processo do mundo, escrito por um autor com menos de 40 anos.

² São eles: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110 a 123. O artigo referido é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra. Posteriormente, em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, foram recolhidos três artigos: *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, p. 173 a 181, escrito em 1980, *A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro*, p. 183 a 192, redigido em 1981 e *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 193 a 221, datado de 1982.

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série, cit., p. 110.

⁴ Idem, p. 112.

⁵ São eles: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos Interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 12, 1979 e OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978. Ambos os textos são retomados por seus respectivos autores em GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 9. Esta obra reúne os textos das conferências proferidas no “Seminário sobre a tutela dos interesses coletivos”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em dezembro de 1982.

Brasil como detentor de um sistema pleno de tutela coletiva⁷, ao mesmo tempo em que diversos outros países aprovaram reformas processuais destinadas a introduzir, em alguma medida, esses mesmos conceitos.

Ocorre que esses conceitos, apesar de se mostrarem pragmaticamente úteis, não foram teoricamente desenvolvidos de modo muito preciso. A primeira impressão que se tem a partir da leitura dos artigos que inauguraram os debates acerca do processo coletivo no Brasil é a sensação generalizada de perplexidade. Kazuo Watanabe demonstra bem esse sentimento⁸:

Devo confessar, inicialmente, que vim para a palestra de hoje com a apreensão de um jogador de xadrez que vai a uma disputa levando o equipamento sem saber se está com as peças completas.

O tema realmente reclama meditação profunda e o estudo a que procedi não me dá, ainda, a segurança de estar com os elementos completos.

O desconforto de Watanabe era compartilhado por todos naquele momento. Barbosa Moreira⁹, ao iniciar sua obra primeira sobre o assunto, busca distinguir um primeiro grupo de casos em que há mais de um titular ativo ou passivo da obrigação, situação para a qual o processo individual tradicional encontra soluções, de dois outros grupos, mais problemáticos. O primeiro deles é a situação em que existe uma relação jurídica base que une titulares de um determinado direito, mas o interesse de cada um deles nasce de um interesse derivado dessa relação e não propriamente de seu conteúdo. Como o direito objeto da relação é indivisível, a situação demandará solução uniforme para todos os titulares, independentemente de quem seja o demandante.

A segunda situação é a que provoca maiores desconfortos. É aquela em que não existe sequer relação jurídica base. Os titulares de um determinado direito se vinculam apenas por circunstâncias de fato “muitas vezes acidentais e mutáveis”, de modo que é impensável “a decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades análogas, mas distintas”.

Barbosa Moreira reiterará que “o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente

⁷ Cf. CAMPOS, Santiago Pereira. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en America. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 203-245.

⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 111.

difícil, a individualização exata de todos os componentes”¹⁰. Em seguida, o autor afirma: “deixaremos de lado a própria questão fundamental nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como *direitos* dos membros da coletividade ou de meros *interesses reflexamente protegidos*”¹¹. Para a perspectiva de Barbosa Moreira, essa é uma questão menor, como o autor esclarece em seguida:

O problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao ângulo prático: desde que se esteja persuadido – e o consenso, a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.

Aí está a primeira das simplificações do debate. É certo que os direitos difusos e coletivos, sobretudo os difusos, não se enquadram no sistema tradicional de classificação dos direitos, em uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor. Mas também é certo que, até aquele momento, ninguém havia desenvolvido outra classificação que pudesse dar conta da titularidade desses direitos. A saída encontrada por Barbosa Moreira foi afastar a discussão acerca da natureza ou titularidade desses direitos ou interesses, desde que eles tivessem tutela adequada. Se o processualista carioca considerava que a resposta a essa questão estava fora dos limites do trabalho a que se propunha naquele momento, o fato é que ela permanece sem resposta até a atualidade. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considerou que essa categoria de interesses sequer poderia ser denominada de “direitos”, já que tal denominação demandaria uma total reformulação do conceito clássico de direito subjetivo¹².

A dúvida permaneceu no debate da década de 1980¹³, com seu reflexo mais visível na redação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo anteprojeto foi elaborado pelo mesmo grupo de autores que protagonizavam as discussões do processo coletivo. A preocupação do art. 81 do CDC foi caracteristicamente de natureza processual: evitar que os direitos difusos fossem vistos como meros interesses e, nesse aspecto, não passíveis de tutela jurisdicional¹⁴. A missão foi perfeitamente cumprida.

¹⁰ Idem, p. 112-113.

¹¹ Idem, p. 113.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 150.

¹³ Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, cit., p. 9 e ss., utiliza as locuções direitos e interesses ora de modo alternativo, ora cumulativamente, mas não esclarece se atribui sentido distinto às expressões.

¹⁴ Kazuo Watanabe (In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10ª ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011,

Quando o Estado pretendeu excluir de tutela algumas espécies de direitos de grupo, se viu obrigado a fazê-lo por alteração legislativa¹⁵.

A pergunta, então, permaneceu sem resposta: o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais? Apesar de existir uma conceituação legal, ela toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza. É claro que não há objeção preliminar à adoção de um conceito pragmático, ou mesmo a não se adotar conceito algum. Contudo, conforme se demonstrará, o pragmatismo fez com que determinados problemas, já identificados na década de 1980, ficassem sem solução.

Ao longo dos anos, foi possível perceber que a insuficiência conceitual se reflete empiricamente e é capaz de causar problemas para a condução dos processos, os quais repercutirão, mais cedo ou mais tarde, nos sistemas Ibero-Americanos que também adotaram esses conceitos.

A proposta que se apresenta no restante deste artigo é delinear uma alternativa aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que viabilize um encaminhamento mais hábil a conduzir os processos que versam sobre eles.

2. Litígios coletivos

O primeiro passo para compreender a teoria dos litígios coletivos é esquecer tudo o que já se aprendeu sobre a classificação de direitos. A teoria tradicional pressupõe que existem direitos individuais, que pertencem a pessoas, e direitos coletivos, que pertencem a grupos. Esses direitos coletivos (em sentido amplo) são divididos entre difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

O ponto de partida da teoria dos litígios coletivos é oposto. Em vez de partir do abstrato, dos direitos, para depois tentar explicar a realidade, ela parte do concreto, dos casos que existem para, então, criar uma classificação. Como toda construção jurídica interessa muito mais nos casos em que há desacordo acerca da conduta devida, e não nos casos em que há acordo, a teoria é construída sobre a análise de casos em relação aos quais há conflitos envolvendo grupos. Ela parte, portanto, de litígios coletivos.

p. 70), afirma: “A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade (...) pudessem ser havidos como juridicamente passíveis de proteção. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre interesses simples e interesses legítimos permitiu um pequeno avanço, com a outorga de proteção da tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional”.

¹⁵ Trata-se da Medida Provisória 2.180-35/2001, que, sendo resultante de sucessivas reedições da Medida Provisória 1.798/1999, permanece em vigor em razão do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. O texto foi incluído no parágrafo único do art. 1º da LACP a partir da Medida Provisória 1984-19/2000, em vigor a partir de 30.06.2000, dispondo que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS — ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

É bom observar que todos os litígios coletivos que foram utilizados para a construção da teoria efetivamente aconteceram. Nenhum caso foi inventado. Isso se deve ao objetivo de criar uma teoria que explique a realidade, em vez de se criar uma realidade hipotética, apenas para que ela se adapte à construção teórica. Toda a teoria dos litígios coletivos foi construída empiricamente.

Litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Em inglês, os litígios são referidos como *disputes*. A atuação da jurisdição, na modalidade contenciosa, pressupõe um litígio. O Poder Judiciário não é órgão de consulta ou aconselhamento das partes. No processo individual, os conflitos se estabelecem entre indivíduos, retratados nos famosos exemplos de “Caio contra Tício”. Sendo os titulares dos direitos litigiosos, essas pessoas terão condições de definir de que modo atuarão para resolvê-lo e, se houver processo, elas se posicionarão como partes.

Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, que experimenta o conflito coletivamente. Isso significa que, conquanto possa haver nuances acerca dos efeitos do conflito sobre cada uma das pessoas que compõem o grupo, elas estão, de maneira geral, envolvidas no mesmo problema. Elas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais.

Não se deve associar esse conceito ao instituto processual do litisconsórcio, que pressupõe uma aglomeração de autores e réus. O litígio é uma situação fática. Um litígio individual se desenvolve entre uma pessoa e outra e decorre diretamente de relações que se desenvolvem entre elas, *intuito personae*. Em litígios coletivos, o problema que opõe o grupo à parte contrária é comum, em maior ou menor grau, aos membros do grupo e suas características individuais têm pouca ou nenhuma relevância para a solução do problema. Um grupo de pessoas está envolvida em um conflito que as afeta de maneira coletiva. Não interessa, por enquanto, de que modo esse litígio vai ser resolvido.

Mas o que diferencia um litígio coletivo de um conjunto de litígios individuais? Por exemplo, se dez pessoas vão ao mesmo alfaiate, contratam a produção de um terno sob medida e o alfaiate comete o mesmo erro nos dez casos, estamos diante de um litígio coletivo? E se essas mesmas dez pessoas compram latas de leite condensado, produzido industrialmente, contendo pedaços de insetos, esse seria um litígio coletivo?¹⁶

No primeiro caso, temos dez litígios individuais. Os contratos firmados com o alfaiate são estabelecidos individualmente e de forma específica para cada pessoa. Os erros só são iguais entre si por coincidência, mas são cometidos em circunstâncias distintas. Não existe, nesse caso, uma relação entre o alfaiate e o grupo de consumidores que leve o produtor a tomar decisões que os afetem coletivamente. O produtor lesa os consumidores individualmente.

¹⁶ Trata-se de caso real: REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/5/2011.

Por outro lado, o fabricante de leite condensado produz sem saber quem será o seu comprador. As decisões que toma acerca das precauções contra contaminantes em sua cadeia de produção afetam a todos os consumidores, sem levar em consideração quem é a pessoa que comprará o produto. Se existem dez consumidores que sofreram a mesma lesão, é provável que existam muitos mais por ela afetados, mas com pedaços de barata insuficientemente grandes para serem percebidos a olho nu. O produtor lesa os consumidores coletivamente.

Assim, o litígio coletivo é aquele em que a relação jurídica que se estabelece toma em conta o grupo como ente coletivo, sem levar em consideração as características dos indivíduos que o compõem, ou as relações jurídicas nas quais eles se envolvem, isoladamente consideradas. O que caracteriza um litígio coletivo é que o grupo se envolve no conflito como ente coletivo, não como um conjunto de indivíduos isoladamente considerados.

Finalmente, um aperfeiçoamento terminológico. A referência a grupo, coletividade ou classe de pessoas é feita pela literatura jurídica de maneira atênica, esquecendo que esses fenômenos são estudados por outra ciência, a Sociologia. Por essa razão, parece mais adequado dizer, daqui por diante, que os litígios coletivos são aqueles que envolvem a sociedade.

3. Os litígios, a sociedade e o problema da indivisibilidade

Conforme já mencionado, a principal premissa da teoria dos litígios coletivos é a de classificar litígios, não direitos. A teoria não responde a quem pertence o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. O que ela pretende responder é a qual sociedade pertence esse direito, caso ele se torne litigioso, de modo a definir como essa sociedade vai atuar na solução do litígio.

Assim, da mesma forma que, para Bauman¹⁷, a sociedade é um conceito performativo, que cria a entidade que nomeia, as características do litígio coletivo definem a aceção de sociedade que deverá ser considerada como titular do direito, para determinar a tutela adequada daquela lesão ou ameaça¹⁸.

O primeiro efeito prático dessa mudança de ponto de partida é que não se pode mais falar em indivisibilidade dos direitos difusos ou coletivos. Pode até ser que esses direitos sejam indivisíveis, enquanto íntegros, mas quando ocorre o litígio, não se pode dizer que todas as lesões coletivas atingem, da mesma forma, a todas as pessoas, nem que, quando ocorrer a reparação, todas elas serão beneficiadas do mesmo modo. Não é assim que as coisas acontecem na vida.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: On the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, p. 365-376.

¹⁸ Por brevidade, se deixará de repetir a expressão “ou ameaça de violação” daqui por diante, ficando entendido que, sempre que se trata de violação, não se está pressupondo apenas a lesão já consumada, mas também a ameaça de lesão, que ensejaria a tutela inibitória, ou ainda a simples prática do ato proibido, que acarretaria a tutela de remoção do ilícito.

Em outras palavras, os direitos coletivos, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. Mas isso não significa que, dada a prática do ilícito ou a existência de lesão ou ameaça de lesão ao direito, os litígios coletivos necessariamente atinjam ou interessem, da mesma forma, todas as pessoas¹⁹.

Isso quer dizer que, embora a doutrina venha repetindo que os direitos essencialmente coletivos são indivisíveis, e que a indivisibilidade seja expressamente mencionada nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 81 do CDC, essa característica só existe quando se considera o direito íntegro. Quando ocorre a lesão, é fácil perceber que todos os habitantes do país ou do planeta não serão afetados da mesma forma. Isso dependerá das características da própria lesão.

Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP²⁰, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Porto Alegre ou de Buenos Aires. Somente seria possível argumentar que existe interesse de todos na proteção do ecossistema planetário se se pretendesse trazer para o Direito os postulados da teoria do caos²¹, que afirma que a mais mínima alteração ambiental interessa a todos os habitantes do planeta, em razão dos efeitos imprevisíveis ou cumulativos que pode acarretar. Essa proposição, ainda que interessante, pouco se coaduna com a realidade, na qual se observa que um grande número de lesões ambientais só tem relevância do ponto de vista local, não interessando a indivíduos ou sociedades geograficamente distanciadas. Por essa razão, não parece se confirmar empiricamente a afirmação de que, em relação aos direitos difusos, “instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão a um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”²².

Outra obscuridade no debate quanto à titularidade supostamente indivisível dos direitos transindividuais é se a referência pertencer a todos, se dirige a todos os habitantes (ou à sociedade) de cada país ou do planeta? Essa informação fica

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 174. Como o próprio autor ressalta, trata-se de uma construção baseada na doutrina de Andrea Proto Pisani.

²⁰ O Ministério Público Federal tratou da questão da queima da palha da cana-de-açúcar em Piracicaba nos autos da Ação Civil Pública 0002693-21.2012.4.03.6109, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Piracicaba. A petição inicial, bem como outros materiais relacionados ao caso, estão disponíveis em <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/12-04-12-2013-mpf-quer-suspensao-imediata-da-queima-da-palha-da-cana-na-regiao-de-piracicaba>.

²¹ Postulado físico que afirma que, em sistemas dinâmicos complexos, os resultados finais são sensíveis às menores variações nas condições iniciais. A formulação de Edward Lorenz, em 1963, ficou conhecida como “efeito borboleta”.

²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 174.

usualmente oculta por trás do caráter “indeterminado e indeterminável” do grupo ou dos indivíduos titulares do direito²³.

No entanto, esse dado é crucial. Pretender que um direito difuso pertence apenas à população ou à sociedade brasileira soa como fundar o conceito em uma visão nacionalista do século XIX, desvinculada do mundo global, caracterizado fundamentalmente pela transnacionalização da regulação do Estado-nação e pela progressiva irrelevância das fronteiras políticas²⁴. A recorrência de conflitos coletivos transnacionais demonstra o anacronismo dessa pretensão. Ricardo Luis Lorenzetti nota que, com o surgimento da sociedade de massa e da economia global, regidas pela evolução tecnológica, criam-se inúmeros riscos que têm o potencial de se expandir para além das fronteiras nacionais²⁵. Também Michele Taruffo atenta para o problema, observando que “no atual mundo globalizado, a administração da justiça e a proteção de direitos não podem ser consideradas – como tem sido até agora – como questões pertencentes apenas à soberania pós-wesphaliana de estados-nação”²⁶.

Em realidade, o que se percebe é que algumas lesões de fato interessam, coletivamente, a todas as pessoas do planeta. É o caso, por exemplo, do aquecimento global. Por outro lado, lesões ambientais mais localizadas, cujo impacto repercute apenas sobre o ecossistema local, como a remoção da cobertura vegetal de uma área de preservação permanente, não têm essa dimensão. Como se percebe, mais uma vez, avaliar as características da lesão é fundamental.

Assim, se as lesões difusas e coletivas não são indivisíveis, porque não são experimentadas da mesma forma, por todas as pessoas, não existe, desse ponto de vista, diferença entre os direitos difusos e coletivos, de um lado, e os individuais homogêneos, de outro. Todo litígio que envolve uma sociedade tem um aspecto coletivo, repercutindo sobre aquela organização social, mas também tem uma dimensão individual, pertinente a cada um de seus integrantes.

Percebe-se, com isso, o quão artificial é a tentativa de diferenciar direitos coletivos de individuais. O indivíduo não existe fora do coletivo e a sociedade não existe sem indivíduos. Um litígio coletivo atinge uma sociedade, o que significa que também atinge os indivíduos que a compõem. Do mesmo modo, lesões causadas a indivíduos,

²³ Gidi, ao contrário da maioria, observa, em nota de rodapé, que seu uso de comunidade não se refere à comunidade brasileira como um todo, mas uma comunidade “fluida e mais ou menos ampla, a depender do direito material em questão”. Apesar disso, o autor não soluciona o problema aqui debatido porque insiste que essa comunidade é formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis, bem como que a questão da determinabilidade dessas pessoas é “questão absolutamente irrelevante e dispensável para a sua proteção em juízo”. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22. O que se pretende demonstrar aqui, no sentido oposto ao defendido pelo ilustre autor, é que essa questão não é nem irrelevante nem dispensável para a adequada proteção desses direitos em juízo.

²⁴ Ver, nesse sentido, SANTOS, Boaventura de Souza. *La Globalizacion Del Derecho: los nuevos Caminos de La regulacion y la emancipacion*. Bogotá: ILSA, 1998, p. 74 e ss.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 13.

²⁶ TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30. A citação está na p. 27.

coletivamente, e não singularmente, também afetarão, em alguma medida, a sociedade à qual eles pertencem. Há uma circularidade na relação entre indivíduos e sociedade que não pode ser desfeita no âmbito do processo. Fora de exemplos acadêmicos e caricaturais, indivíduos e sociedade sempre estarão reciprocamente implicados.

Porém, conforme antecipado, nem todos os litígios coletivos têm as mesmas características. Depois de analisar concretamente vários deles, foi possível encontrar duas características cuja variação permite auxiliar na compreensão da nova classificação que será proposta. Elas são a conflituosidade e a complexidade, descritas abaixo.

4. A conflituosidade

Há algum tempo, a doutrina brasileira já percebeu que os litígios coletivos são caracterizados pela sua “conflituosidade”²⁷. É certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra, errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e a seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação.

Essa percepção de que uma situação concreta contém em si interesses conflitantes já representa um avanço em relação às formulações originais relativas ao processo coletivo, ainda na década de 1980. Barbosa Moreira, em passagem muito citada, indagava-se acerca da irreparabilidade das lesões difusas, nos seguintes termos²⁸:

Quem será o lesado quando se deixa ruir um exemplar precioso da nossa arquitetura barroca, ou quando se autoriza a instalação de indústria poluente junto a uma praia onde o povo costuma banhar-se, ou quando se sonegam ao público informações sobre circunstâncias que aconselham a adoção, por todos, de cautelas especiais para a defesa da saúde? (...)

²⁷ PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 50, atribui a Ada Pellegrini Grinover a adoção do termo no direito brasileiro, a partir da tradução do termo “*conflittualità*”, utilizado por Massimo Villone. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, nº 30, p. 361-402, 1975, também faz referência à “*conflittualità di massa*” que caracteriza a sociedade contemporânea. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.93 e ss., no sentido de que os direitos difusos são caracterizados pela indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração efêmera.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito processual Civil*. 3ª. Série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 178.

Como recuperar a obra de arte destruída? Quem trará de volta os pássaros afugentados pelo desmatamento, os peixes mortos pelos detritos lançados à água. (...)

Esses exemplos não se resolvem com a aparente simplicidade com a qual são postos. A autorização para a instalação de uma indústria poluente pode ter levado em conta outros fatores, como um juízo administrativo entre a quantidade de frequentadores da praia e o avanço social passível de ser proporcionado pelo empreendimento. Via de regra, toda atividade humana – inclusive o banho de mar – é poluente, encarregando-se a legislação ambiental de sopesar o impacto da poluição e o benefício da atividade.

Todavia, ainda que a percepção acerca da conflituosidade inerente aos direitos transindividuais seja correta, a doutrina não conseguiu desenvolver solução para além dela. Se existe o conflito, qual deve ser a conduta do juiz? Essa pergunta fica sem resposta porque se imagina a conflituosidade como um elemento da indivisibilidade dos direitos coletivos. No entanto, ela denota o oposto. Se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela, eis que atenderá ou desatenderá, em medidas diferentes, os interesses dos integrantes da sociedade.

Em outras palavras, se três pessoas são titulares do mesmo meio ambiente, mas uma teria seus interesses fortemente atingidos em razão de uma providência decorrente da procedência de uma demanda, enquanto a segunda teria algo a perder com o julgamento de improcedência da mesma pretensão e a terceira seria indiferente a ambos os resultados, é difícil enxergar como as três podem ser, de modo idêntico, titulares desse direito. Essa incompatibilidade entre a teoria e a realidade decorre da incompleta definição tanto do grupo afetado pela decisão, quanto do significado sociológico do caráter conflituoso das relações entre seus integrantes.

Em conclusão, conflituosidade é a medida do desacordo interno à própria sociedade, acerca de qual seria a tutela adequada do direito material violado. Há casos pouco conflituosos, em que os indivíduos que integram a sociedade estão de pleno acordo sobre o modo de realizar a sua tutela ou em que o impacto da lesão sobre sua esfera individual é tão reduzido que eles não se importam suficientemente com ela para ter opiniões que possam gerar discordância. Em outros termos, ou a solução é óbvia, e nenhum dos lesados discorda dela, ou a lesão é tão pequena que ninguém se importa suficientemente com ela para gerar uma discordância.

Por outro lado, há casos em que o impacto da lesão sobre os indivíduos que compõem a sociedade é significativo e as pessoas, além de se importarem com ele, discordarão sobre qual é o melhor caminho para propiciar a sua tutela. Haverá quem prefira a reparação de modos, quantidades ou qualidades distintos. Esse conflito interno à sociedade, a que a doutrina norte-americana chama de *intra-class conflict*, é uma das características que variará nos diferentes tipos de litígio.

Cabe observar que, em algumas situações, o conflito será indistinguível do próprio direito afirmado em juízo. Há direitos que são, em si, conflituosos. O processo, então, será capaz de atribuir soluções parciais, que decorrem de seu próprio escopo finito no tempo – todo processo tem fim – mas o direito, após o processo, poderá ser tão ou mais conflituoso do que era antes dele. O processo coletivo realiza a ideia de Carnelutti, para quem o processo talvez consiga apenas “fazer que cesse a contenda, o que não quer dizer fazer que cesse o conflito, que é imanente”²⁹.

5. A complexidade

Da mesma forma que a intensidade dos conflitos no interior da sociedade envolvida no litígio coletivo pode variar, também pode variar a complexidade do próprio litígio.

A doutrina costuma referir que cabe ao legitimado coletivo pleitear a tutela do direito ameaçado ou violado. Em inúmeros casos, a definição dos contornos do pedido não é problemática. Há litígios coletivos em que a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz. São litígios coletivos simples. Mas há outros litígios coletivos, que serão aqui denominados complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos³⁰.

Por exemplo, se um grupo de consumidores adquire um pacote de produto que deveria conter um quilograma, mas contém apenas novecentos gramas, há um litígio coletivo simples. Nessa situação, não é preciso grande esforço para definir que a pretensão do grupo lesado será a compensação pelos cem gramas faltantes. Por via de consequência, a definição da tutela jurisdicional a ser prestada se reveste de considerável simplicidade, variando apenas de acordo com a comprovação ou não dos fatos que compõem a causa de pedir.

Muito diferente é a situação com a qual se defrontam os legitimados coletivos em casos atinentes, por exemplo, a conflitos socioambientais. Se uma sociedade é lesada pela construção de usina hidrelétrica que desloca pessoas, alaga terras de comunidades tradicionais, altera o curso do rio, interfere nas relações interpessoais dos moradores, abala a dinâmica socioeconômica da região, diminui a ictiofauna, modifica o trajeto das estradas, extingue espécies animais endêmicas, impede a realização de determinadas atividades produtivas e piora as condições de saneamento, se está diante de uma miríade de pretensões coletivas que dificilmente serão unívocas ou de fácil apreensão pelo legitimado coletivo e pelo juiz³¹.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

³⁰ Essa distinção é inspirada no pensamento de HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 166.

³¹ Também percebeu essa característica, embora sem fazer a distinção aqui explicitada, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 80. A análise de sua posição será retomada adiante.

Conforme se observa, quando se trata de litígios coletivos simples, não é problemático que o legitimado coletivo e o juiz definam a extensão e os contornos da pretensão e da tutela jurisdicional. Todavia, se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo³², haverá possibilidade de que essa tutela se revista de múltiplas formas e nunca será claro, *ex ante*, qual, entre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

Litígios coletivos complexos são, portanto, litígios para os quais se pode admitir desacordo razoável sobre qual seria a tutela adequada do direito material, enquanto os litígios simples são aqueles em que a reparação se manifesta de maneira unívoca.

6. Proposta para um novo conceito de litígio coletivo

A proposta que se apresenta a seguir, com base nas premissas enunciadas, é a de que, quando vistos sob o prisma do litígio, os direitos coletivos pertencem não “à sociedade”, ou “a todos”, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos. Trata-se de analogia com uma premissa da mecânica quântica. De acordo com o princípio da incerteza de Heisenberg, o ato de medir a posição de uma partícula subatômica só é possível pela interação da partícula com um instrumento de medição. Todavia, essa interação acarreta alteração de sua posição, o que faz com que a medição só seja válida para o momento em que ocorre, sendo impossível determinar a posição da partícula em qualquer outro momento, anterior ou posterior à sua realização.

Da mesma forma que o universo quântico não se comporta de acordo com a mecânica newtoniana, os direitos coletivos não se comportam os individuais. A passagem da norma objetiva para o direito subjetivo não se opera do mesmo modo quando o direito é coletivo. Essa subjetivação depende da violação. Ela faz com que possam ser delimitados e sua titularidade definida, de acordo com cada litígio. Isso não significa que, em outro litígio, anterior ou posterior, essa definição seja aplicável. Cada violação interage com o direito coletivo para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise.

Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, se produz um novo conceito de meio ambiente, pertencente à sociedade atingida pela lesão. Essa

³² A terminologia dialoga com a utilizada nos Estados Unidos, embora tenha um sentido diferente. Naquele país, as *class actions* estão inseridas no gênero *complex litigation*. Curiosamente, contudo, o significado dessa expressão não é unívoco no seu país de origem, tendo, como dizem Tidmarsh e Trangsrud, um caráter de “I-know-it-when-I-see-it”. Em linhas gerais, a sob a designação de *complex litigation* estão os litígios que demandam do Judiciário atuação para além do que dele se espera em um processo comum, independentemente da natureza do direito material subjacente. São exemplos dessa modalidade os casos de litígios antitruste de grandes dimensões, a fase de implementação de decisões de dessegregação racial ou as demandas relacionadas às lesões provocadas pela exposição ao amianto. Em outras palavras, complexos são os casos nos quais o sistema processual ordinário não funciona bem para solucionar a disputa. Ver TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. New York: Foundation Press, 2002.

sociedade é composta a partir das características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação.

Propõe-se fixar três categorias de litígios coletivos, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão. Elas são explicadas a seguir.

7. Litígios coletivos globais

A primeira categoria de litígios coletivos é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano³³, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano, em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação, em que a violação a um direito coletivo não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura.

Essa é a categoria que se aproxima das formulações clássicas do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto³⁴. Aqui não se trata de proteger o bem jurídico porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos.

Essa sociedade como estrutura, que titulariza os direitos nos litígios globais, se subdivide em subgrupos correspondentes à sociedade que integra cada Estado nacional. Não que o Estado seja o titular desses direitos³⁵, mas a inexistência de um sistema transnacional de tutela coletiva ainda exige que cada Estado, de acordo com o seu direito interno, atue na proteção desses valores³⁶.

³³ Em 1º de dezembro de 2012, o Ministério Público Federal em São José dos Campos instaurou inquérito civil público para investigar um vazamento de quantidade equivalente a 160 barris de petróleo em um dos campos de perfuração do pré-sal. A referência ao caso pode ser encontrada em <http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal>. Acesso em: 28 maio 2014.

³⁴ Ver ELLIOTT e TURNER, *op. cit.*, p. 41.

³⁵ O disseram, com clareza, García de Enterría e Fernández: “A Administração Pública não é representante da comunidade, mas uma organização colocada a seu serviço, o que, na essência, é diferente. Seus atos não são considerados por isso como próprios da comunidade – que é a característica da Lei, o que dá a esta sua superioridade e sua irresistibilidade –, mas sim próprios de uma organização dependente, que precisa se justificar em cada caso no serviço da comunidade à qual está adstrita”. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. vol. 1. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

³⁶ Sobre o problema da atuação do Estado no contexto global, ver HELD, David. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.

Nesse tipo de situação, como nenhuma pessoa é lesada de modo especial, nenhuma opinião interessa de modo especial. O Estado deverá atuar contra o causador da violação. Caso a atuação seja deficiente ou ilícita, o sistema de controle do mesmo Estado, por intermédio da jurisdição coletiva, será chamado a exercer o papel de reforço de legalidade, oferecendo tutela jurisdicional ao direito violado. Isso não significa excluir a sociedade titular do direito do processo. A legislação estatal pode atribuir a ela o papel de fazer movimentar a máquina judiciária que atuará no reforço de legalidade. Uma associação de defesa dos oceanos poderá, no Brasil, ajuizar ação civil pública em razão do vazamento supra narrado, mas apenas porque a legislação brasileira assim a autoriza, não porque essa associação ou as pessoas que a compõem tenham uma especial relação de titularidade com o bem jurídico lesado, mais intensa que a dos demais integrantes da sociedade global.

Essa é a situação verificada, por exemplo, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao julgar uma série de casos envolvendo o derramamento de pequenas quantidades de produtos químicos na baía do porto de Santos. Em razão dos altos níveis de poluição já existentes no local, argumentava-se que o derramamento de pequenas quantidades de poluentes não ensejaria hipótese de reparação ambiental. O Tribunal afastou a tese, ao argumento de que não existe dano ambiental insignificante, nem ecossistema que, mesmo degradado, não possa ser prejudicado por novas lesões³⁷. Há um interesse humano, não apenas dos brasileiros, nem dos habitantes do município de Santos, de que as águas não continuem a ser poluídas. Mesmo que essa poluição não atinja diretamente a ninguém, dado que o atual estado da baía não será alterado pelo derramamento de mais alguns litros de óleo, esse direito da sociedade deve ser tutelado.

Nesse sentido, é possível concluir que os direitos cuja lesão atinja uma coletividade, mas não cause impacto, de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas, pertencem à sociedade, entendida como o conjunto de habitantes do planeta, que se estrutura no interior de um Estado nacional, cujo aparato jurídico será responsável, de acordo com as normas internas e internacionais de atribuição de jurisdição, pelo processamento da violação. Nesse caso, estaremos diante de um litígio coletivo global.

Esse conceito deixa claro que as lesões aos direitos coletivos, se não atingem diretamente a qualquer cidadão, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo. É apenas pela ausência de um sistema

³⁷ No sentido do texto, ver os seguintes julgados, todos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: AC 00063841519994036104, rel. Des. Salette Nascimento, DJ 4.4.11; AC 02037252519944036104, res. Des. Alda Basto, DJ 5.8.10; AC 02044817319904036104, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ 5.9.07, afirmando: “É irrelevante que a apelante tenha pago multa pelos atos praticados, visto que ela tem caráter punitivo e natureza administrativa, enquanto a reparação de danos tem natureza constitucional-civil, sendo devida independentemente das sanções de caráter penal e administrativo, nos termos do art. 225, 3º, da Constituição Federal”; AC 00020514920014036104, rel. Des. Johnsons de Salvo, DJ 16.5.14, condenando empresa a pagamento superior a R\$ 250.000,00, a título de reparação pelo derramamento de 50 litros de produtos químicos na baía de Santos. Em sentido oposto, aplicando uma ideia de insignificância, ver AC 02085028719934036104, rel. Des. Fábio Prieto, DJ 5.5.11.

transnacional de proteção ao patrimônio transindividual da humanidade que caberá a um determinado Estado, no exercício de sua soberania, tutelar os interesses de todos os membros dessa sociedade global³⁸.

A proposta é ilustrada pela classificação realizada pela UNESCO, quando atribui a determinados bens de elevado valor histórico e cultural a condição de patrimônio da humanidade. Tais bens são patrimônio de toda a humanidade, não de uma sociedade nacional, contingentemente delimitada por suas fronteiras políticas, mesmo que existam fisicamente apenas em um país. Na falta de um órgão internacional de proteção do patrimônio da humanidade, ou de um tribunal internacional habilitado a julgar suas violações, cabe a cada Estado nacional a tutela da parcela desse patrimônio que se encontrar em seu território. Se falhar nessa missão, o Estado viola os direitos não apenas da sociedade que o forma, mas de toda a humanidade.

Os litígios globais revelam que, em um problema coletivo, a soma das partes pode não corresponder ao todo. Nenhum dos indivíduos que compõem a sociedade se importa suficientemente com o litígio para agir, de modo que a soma dos interesses individuais é zero. Mas o interesse coletivo, da sociedade, em evitar ou reparar a lesão, é significativo e, dependendo do caso, pode ser elevado. Embora o aquecimento global interesse muito pouco da perspectiva individual, ele pode ser a diferença entre a vida e a morte do ser humano no planeta.

Nos litígios globais, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível individualmente, de modo que praticamente não há interesse pessoal no conflito. Todos se beneficiam igualmente quando o meio-ambiente do alto-mar é tutelado e todos são lesados igualmente caso se permita que o poluidor não repare o dano e, assim, incorpore ao seu patrimônio os custos nos quais teria que incorrer para evitar essa violação. A complexidade, embora possa variar, tende a ser baixa. É possível que esses litígios sejam simples, por exemplo, quando a reparação ambiental consistir em uma providência óbvia ou em indenização, em razão da impossibilidade de recuperação *in natura*. Por outro lado, pode haver casos de divergência científica legítima acerca da melhor forma de se tutelar o bem jurídico lesado, o que ensejará maior complexidade.

8. Litígios coletivos locais

A segunda categoria de litígios a ser analisada é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies³⁹, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social,

³⁸ Ver TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

³⁹ TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947, p. 19. Do mesmo modo, no presente trabalho, a expressão “comunidade” será utilizada apenas nesse sentido, evitando-se o seu uso como sinônimo de grupo ou de coletividade, como comumente se verifica na literatura jurídica.

emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, “*sticky societies*”⁴⁰, sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial.

As lesões a direitos coletivos que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos coletivos lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

A diferença em relação à primeira categoria é marcante. O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial que a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interesse aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade⁴¹, faz a relação do grupo indígena com o dano tão mais acentuada que torna insignificante, por comparação, sua relevância para os indivíduos que lhe são exteriores.

Um exemplo norte-americano ilustra essa situação. Por volta de 1868, uma grande quantidade de ouro foi descoberta em um local chamado Black Hills, que pertencia à terra dos índios Sioux. O governo norte-americano entrou em negociação com os índios para a cessão do local para mineração e, por uma série de circunstâncias, o acordo não chegou a ser celebrado e a mina foi tomada dos índios, em troca de uma compensação irrisória. Em 1980, a Suprema Corte reconheceu que os índios foram expulsos indevidamente e condenou os Estados Unidos a pagar-lhes US\$ 17 milhões, em valores de 1868, os quais, devidamente atualizados, perfaziam US\$ 106 milhões em 1980⁴².

Os Sioux eram, naquele momento, um dos grupos indígenas mais pobres do país, e, ainda assim, duas semanas depois da decisão, se recusaram a receber o dinheiro, afirmando que as Black Hills, por eles denominadas Paha Sapa, tinham um papel sagrado em sua cultura e aceitar dinheiro em troca delas representaria uma

⁴⁰ ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S., *op. cit.*, p. 74.

⁴¹ Sobre essa questão, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018 e também VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. 4ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

⁴² *United States v. Sioux Nation*, 448 U.S. 371 (1980).

rejeição de suas tradições⁴³. Até a data em que estas linhas eram escritas, o valor da indenização, que continuou acumulando juros ao longo do tempo, se aproximava de US\$ 1 bilhão e permanecia sendo rejeitado pelos índios⁴⁴, mesmo em face da pobreza que ainda se abate sobre eles. Isso demonstra claramente como o vínculo de determinadas comunidades com alguns direitos transindividuais é significativamente mais forte que o do restante da sociedade que as envolve, justificando, por isso, que sua titularidade lhes seja atribuída.

A conflituosidade, nessa hipótese, é média. Por um lado, a comunidade envolvida é altamente coesa, o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio⁴⁵, e um certo fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo. Por outro lado, a visão estereotípica de que uma comunidade indígena, pelo simples fato de pertencer à mesma etnia, tem interesses e opiniões uniforme, é equivocada. Esses grupos também têm dissidências internas, das quais resultam maiorias e minorias. Pode ser que não haja unanimidade, entre seus integrantes, acerca de qual a tutela mais adequada para o direito violado.

No caso dos Sioux, em 2009, 19 índios propuseram uma *class action* contra os líderes tribais, buscando a determinação de que o dinheiro decorrente do litígio das Black Hills fosse recebido e distribuído⁴⁶. Isso demonstra concretamente como a identidade de perspectiva social não implica, necessariamente, identidade de interesses, de modo que é possível, dependendo das circunstâncias do caso, que membros ou segmentos da comunidade sejam atingidos de modo diverso pelo litígio, bem como tenham opiniões e interesses divergentes acerca do resultado dele desejado. Como o interesse da comunidade nesse resultado é elevado, essas divergências internas tendem a se exacerbar, o que eleva a conflituosidade. Por outro lado, a comunidade retém sua força de agregação, de coerência interna, que limita a conflituosidade em comparação com situações em que essa identidade entre os titulares do direito não existe, conforme será analisado subsequentemente.

9. Litígios coletivos irradiados

A última categoria de direitos coletivos que se pretende formular é a que se relaciona aos megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas

⁴³ O ouro antes existente no local foi completamente extraído, de modo que não se deve imaginar que os índios rejeitam a soma descrita no texto na expectativa de que das terras possa resultar lucro superior. Para um relato completo dos fatos, ver LAZARUS, Edward. *Black Hills/White Justice: The Sioux Nation versus the United States, 1775 to the Present*. Omaha: University of Nebraska Press, 1999.

⁴⁴ A questão ainda não foi resolvida, nem judicial, nem politicamente, chegando a render promessas de intervenção do próprio presidente dos Estados Unidos. Ver ANDERSON, Robert T. et. al. *American Indian Law: cases and commentary*. 2nd ed. St. Paul: West, 2010.

⁴⁵ A expressão perspectiva é aqui utilizada no sentido atribuído por Iris Marion Young. Sinteticamente, a perspectiva social deriva da posição de um indivíduo na sociedade, que influencia o seu modo de ver o mundo, embora, não necessariamente, seus interesses ou suas opiniões.

⁴⁶ A ação foi proposta no juízo federal de Sioux Falls, havendo referências em <<https://nativeamericannews.wordpress.com/2009/05/18/some-sioux-sue-to-receive-funding-for-black-hills/>>. Acesso em: 15 jan. 15.

essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. O dano é distribuído de maneira distinta, qualitativa e quantitativamente, entre os integrantes da sociedade.

Isso faz com que as visões das pessoas acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas.⁴⁷ Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis⁴⁸ e multipolares,⁴⁹ opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.⁵⁰

⁴⁷ Conforme notou MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

⁴⁸ A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 110-114.

⁴⁹ A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 86. O autor assevera que, embora existam conflitos com atores múltiplos, como a Segunda Guerra Mundial ou um conflito ambiental (ele exemplifica: um ator contaminante, um grupo de vizinhos desse ator, o grupo de empregados que trabalha na empresa poluidora, o município, que deve defender o meio ambiente, mas também quer arrecadar os impostos e que representa tanto os vizinhos quanto os trabalhadores), há que se insistir na bipolaridade do conflito. Em situações de conflitos com múltiplos atores, dentro de cada campo, seus integrantes estarão unidos contra o adversário por determinados objetivos. Os conflitos que possam existir entre eles são rápida e previamente resolvidos ou postergados. É o que Entelman chama de magnetismo conflitual.

⁵⁰ Para um interessante estudo de caso sobre os impactos aqui delineados, ver LAMONTAGNE, Annie. *Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito*. Curitiba: Editora CRV, 2012; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 106, expõe vários outros exemplos, como a proteção de recursos florestais que conflita com os interesses da indústria madeireira e de seus empregados, a interdição na construção de um aeroporto internacional, que atende aos interesses dos habitantes do local, mas conflita com os interesses turísticos etc. As circunstâncias litigiosas mencionadas no texto são empiricamente verificáveis na generalidade dos empreendimentos hidrelétricos, inclusive nos dois casos já mencionados, das Usinas Hidrelétricas de Aimorés, em Minas Gerais, e de Belo Monte, no Pará. Sobre esta, ver [http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte/]. Acesso em: 19 maio 2014.

O desastre de Mariana, decorrente do rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, exemplifica de modo bastante significativo o conceito. Há subgrupos de parentes das vítimas mortas, das pessoas que residiam no distrito de Bento Rodrigues e perderam tudo, dos proprietários rurais, que perderam suas terras, dos pescadores que dependiam do Rio Doce, dos habitantes de diversos municípios, que foram privados de água potável por vários dias, dos índios, que praticavam um ritual religioso dependente do rio e dos habitantes e usuários das praias que foram estragadas quando o rio desaguou no mar. Não há qualquer solidariedade entre essas pessoas, nem anterior ao litígio, nem em razão dele, já que o modo como a lesão se projeta sobre cada subgrupo é tão distinto que não gera interesses, perspectivas ou opiniões em comum sobre o melhor caminho a seguir para se buscar a tutela do direito lesado.

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão, que é a sociedade impactada pela lesão, tem interesses marcadamente variados e, eventualmente, antagônicos quanto a seu resultado. Como se extrai dos exemplos expostos, as circunstâncias são diversas das duas categorias anteriores. O litígio não é global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é local porque não existe identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução predefinida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sociopolítico-econômicos.⁵¹

A sociedade titular dos direitos transindividuais cuja lesão alcance, de modo específico, indivíduos determinados, mas de formas e com efeitos variados, sem que essas pessoas compartilhem da mesma perspectiva social, é a sociedade formada pelas pessoas atingidas em razão de sua violação. Não é uma sociedade dada, estática, tal como uma comunidade, mas uma sociedade elástica, que não depende necessariamente de relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades. Os integrantes dessa sociedade não titularizam o direito em idêntica medida, mas em proporção à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica das pessoas atingidas pelo prejuízo, titulares do direito violado.⁵²

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 205. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 73, afirmando que "A proteção dos interesses difusos tem, de resto, uma conotação política muito profunda".

⁵² A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovídio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das "tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 90). Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: "Ao contrário, os interesses

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar a sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não acabam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Ao contrário do que às vezes se costuma afirmar, de maneira um pouco romântica, uma lesão transindividual é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta. Assim, mesmo que exista algum grau de indeterminação nas fronteiras da sociedade que titulariza os direitos litigiosos nessa terceira categoria, é possível definir as posições de diferentes indivíduos nela, de acordo com a intensidade da lesão experimentada. Essa definição pode ser utilizada tanto em termos estáticos, considerando as pessoas que sofrem mais como ocupantes de uma posição central, as que sofrem menos, de uma posição periférica, e as que não são afetadas, de uma posição exterior, quanto com o auxílio de uma análise relacional, comparando-se os efeitos sofridos por duas pessoas, para identificar se a primeira ocupa posição mais ou menos central nessa sociedade, em relação à segunda.

Em conclusão, a terceira categoria, atinente aos litígios coletivos que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito, dá lugar a outro conceito de direitos litigiosos, que são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta pelas pessoas que efetivamente experimentaram os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas. Esses direitos serão aqui denominados direitos coletivos de difusão irradiada, direitos coletivos irradiados, ou ainda, da perspectiva do litígio, litígios irradiados.

sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol. 97, p. 9 e ss., 2000).

Nessa terceira categoria, rompe-se com a indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando analisados sob a perspectiva do litígio. É possível e desejável que o direito transindividual violado pertença em maior medida a uma pessoa que sofreu lesão mais grave, menos a outra, que sofreu lesão menos grave, e não pertença a quem não foi lesado de forma alguma. A ruptura da indivisibilidade permite que se enxerguem as diferenças entre os indivíduos atingidos pela violação do direito transindividual que deu origem à sociedade, atribuindo-se maior relevância às posições dos que sofrem mais.

A conflituosidade, nos direitos transindividuais irradiados, é alta. A ausência de identidade de perspectivas entre os membros da sociedade, combinada com o fato de que os impactos da conduta são distribuídos entre eles desigualmente, sendo que uma parcela desses indivíduos pode ter sofrido efeitos de grande relevância, com potencial para provocar significativas alterações em suas vidas, e ainda a gama de possibilidades de tutela do direito violado, decorrente da complexidade do conflito, que impede a análise dual lícito-ilícito, fazem com que haja múltiplas polaridades na controvérsia e variados interesses em jogo. Alguns membros da sociedade se interessam pela cessação total da conduta e restituição das coisas ao *status quo ante*, avaliando que os custos do impacto não justificam os benefícios. Outros podem ter sua situação mais bem tutelada se receberem compensação *in natura* pelos prejuízos, sem que seja inviabilizada a atuação do réu. Outros, ainda, podem avaliar que a compensação pecuniária é a melhor alternativa. Nenhuma dessas pretensões é, a princípio, ilícita, mas algumas delas podem ser, no contexto fático, autoexcludentes. Por essa razão, há um conflito entre a sociedade e o causador do dano, mas também há uma série de conflitos internos, mais ou menos graves, entre seus próprios integrantes, sem que se possa definir, *ex ante*, que alguma dessas variadas pretensões seja superior às demais.

10. Conclusão

Não é possível, nos limites deste artigo, expor todas as consequências que derivam da adoção dos conceitos propostos acima⁵³. O que se pode deixar, a título de conclusão, é que o conceito legal de direitos transindividuais, presente no Código de Defesa do Consumidor, assim como o conceito atualmente esposado, de modo geral, pelos estudos jurídicos acerca da matéria, é insuficiente para refletir com precisão todos os litígios relacionados a esses direitos.

Essa insuficiência decorre do fato de se ignorar que os litígios coletivos têm graus variados de complexidade e de conflituosidade, que impedem que todos eles sejam tratados da mesma forma, sob pena de se dedicar recursos desnecessários a casos simples e se simplificar indevidamente casos complexos ou de se suprimir indevidamente divergências sociais legítimas. Além disso, a dissociação entre a ideia de grupo e de indivíduo faz com que tais direitos sejam “de todos, mas ao mesmo tempo, de ninguém”, o que retira do processo o referencial humano em relação ao

⁵³ Esses efeitos foram explorados amplamente em VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

qual ele deveria se orientar. Adicionalmente, não saber quem são “todos” suprime indevidamente as posições sociais que divergem da esposada pelo legitimado coletivo, autor da ação, e contribui para calar a crítica pública, por parte das pessoas cujas vidas são efetivamente transformadas pelo litígio e por seu resultado.

A solução proposta é a conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, definindo sua titularidade sob o prisma do litígio transindividual, com o objetivo de proporcionar parâmetros para sua tutela jurídica. Assim, temos:

1) Litígios globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão;

2) Litígios locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica;

3) Litígios transindividuais irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material subjacente é atribuída em graus variados aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada.

A tipologia apresentada, ao se basear nas características concretas do litígio, não na tentativa de classificação abstrata dos direitos, tem potencial para embasar a revisão dos demais institutos do processo coletivo, de modo especial, os limites da atividade representativa do legitimado e sua relação com os interesses, as vontades e as perspectivas dos ausentes, titulares dos direitos materiais, que serão obrigados a conviver com a decisão. É preciso buscar um conceito de devido processo legal coletivo que tenha como foco a obtenção de tutelas adequadas não da perspectiva da análise abstrata do caso, mas das pessoas que estão concretamente envolvidas no litígio e sofrerão, por vezes, de modo drástico, os efeitos da decisão em suas vidas. Acredita-se que as premissas teóricas apresentadas têm potencial para chegar a esse resultado.

Referências

ANDERSON, Robert T. *et. al. American Indian Law: cases and commentary*. 2nd ed. St. Paul: West, 2010.

ANTUNES, Marco Antônio. *Público, Subjectividade e intersubjectividade em Gabriel Tarde*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-gabriel-tarde.html>>.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados "interesses difusos". In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110 a 123.

_____. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: on the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, p. 365-376.

BOUDON, Raymond (coord.). *Tratado de Sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

CAMPOS, Santiago Pereira. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en America. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 203-245.

CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, n. 30, 1975, p. 361-402.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIDDENS, Anthony. *A contemporary critique of historical materialism: the Nation-State and violence*. University of California Press, 1985.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. A tutela dos Interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 12, 1979.

_____.; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KRIESBERG, Louis. Constructive conflicts. In: YOUNG, Neil J. (org.). *The Oxford international encyclopedia of peace*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISTEVA, Julia. *Crisis of the European Subject*. New York: Other Press, 2000.

LAZARUS, Edward. *Black Hills/White Justice: The Sioux Nation versus the United States, 1775 to the Present*. Omaha: University of Nebraska Press, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3ª ed. Notre Dame: University, of Notre Dame Press, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10, n. 37, p. 28-79.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978.

PAE KIM, Richard. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: PAE KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. *Direitos fundamentais coletivos e difusos*: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: editora Verbatim, 2012, p. 11 a 24.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Ação Popular*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*: as condutas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Tradução de Mozart Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2009.

TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*: procesos colectivos class actions. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

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

_____. *Estatuto do Índio*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

_____. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WERNECK, Cláudia. *Sociedade Inclusiva*: Quem Cabe no seu Todos? Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A nova sistemática de arquivamento da investigação penal. 3. Modelos possíveis para a revisão interna das decisões de arquivamento. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

O denominado “Pacote Anticrime” foi veiculado pela Lei nº 13.964/2019, que alterou diversos diplomas normativos de natureza extrapenal, penal e processual penal, incluindo o art. 28 do Decreto-lei nº 3.689/1941, que veiculou o Código de Processo Penal. Esse preceito dispunha sobre a necessidade de o órgão do Ministério Público requerer, ao juízo competente, o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Caso considerasse improcedentes as razões invocadas, o juízo encaminharia o expediente ao Procurador-Geral, que poderia oferecer denúncia, designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo ou prosseguir nas investigações, ou ainda insistir no pedido de arquivamento, ao qual somente então estava o juízo obrigado a atender.

Não era necessário um aguçado espírito científico para se perceber que o modelo diuturnamente observado há pouco menos de oitenta anos era no mínimo anacrônico. Afinal, em um sistema como o nosso, acusatório, o Poder Judiciário atuava como uma espécie de liame entre os órgãos de base do Ministério Público e a Chefia Institucional, estando vinculado ao juízo de valor por ela realizado. Mas se a palavra final era do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, era difícil compreender a razão de ser ou a relevância dessa participação. Não se colocava em dúvida, obviamente, a importância do controle. A perplexidade decorria apenas da participação do Poder Judiciário¹, que parecia não se coadunar com a sua imparcialidade para julgar o caso em momento futuro.

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 279.

Vale lembrar que essa anomalia fora abandonada há alguns anos na Justiça Federal. Tal ocorreu com base no disposto no art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/1993, que atribuiu às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal competência para “*manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral*”.² Entre os inúmeros sentidos possíveis, optou-se por entender, cerca de duas décadas após a promulgação da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União, que a manifestação ali referida simplesmente substituiria aquela que o art. 28 do CPP outorgara ao Poder Judiciário. Não seriam fornecidos, portanto, meros subsídios à atuação do Procurador-Geral da República, que sequer atuaria. A manifestação seria conclusiva e os arquivamentos não mais passariam pelo Poder Judiciário. Esse entendimento não recebeu contestações de maior monta no âmbito da Justiça Federal e terminou por se estabilizar.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de analisar as alterações promovidas e as dificuldades de ordem pragmática a serem enfrentadas para a sua plena operatividade no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados, considerando que, entre a manifestação inicial dos órgãos de execução e o pronunciamento final do Procurador-Geral de Justiça, não mais se colocará a avaliação intermediária do Poder Judiciário. Aliás, foi justamente em razão dessas dificuldades que o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida em juízo de cognição sumária, suspendeu a eficácia da nova redação do art. 28 do CPP³. Afinal, apesar da reestruturação administrativa exigida e dos impactos orçamentários a serem gerados para o Ministério Público, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, publicada no mesmo dia, deveria entrar em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Como a *vacatio legis* transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar e não houve tempo hábil para as adaptações necessárias, entendeu-se afrontada a norma constitucional que exigia prévia dotação orçamentária para a realização da despesa pública (CRFB/1988, art. 169), além da própria autonomia financeira dos Ministérios Públicos (CRFB/1988, art. 127). Esses vícios, à evidência, assumem contornos *pro tempore*, logo, hão de ser superados em futuro próximo.

2. A nova sistemática de arquivamento da investigação penal

Com a alteração promovida no art. 28 do CPP, o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza deixa de ser *requerido* pelo Ministério Público ao juiz competente e passa ser *ordenado* pelo órgão do Ministério Público. Eis a redação do preceito:

² A LC nº 75/1993 veicula sistemática similar em relação (a) ao Ministério Público Militar, no art. 136, IV, cabendo a decisão final ao Procurador-Geral da Justiça Militar, nos termos do art. 397, § 1º, do CPPM; e (b) ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no art. 171, V, cabendo a manifestação final ao Procurador-Geral de Justiça, o que resultava da aplicação da redação original do art. 28 do CPP. No Código Eleitoral, em seu art. 357, §1º é prevista a atuação do Procurador Regional Eleitoral, de modo similar à antiga redação do art. 28 do CPP.

³ ADI-MC nº 6.298/DF, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 22/01/2020, DJe de 03/02/2020.

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

O primeiro aspecto a ser analisado diz respeito ao objeto do arquivamento. Diversamente ao que se verificava na sistemática anterior, que fazia menção ao inquérito policial e a *"quaisquer peças de informação"*, passou-se a fazer referência aos *"elementos informativos da mesma natureza"*. A distinção, embora sutil, não pode passar despercebida. Para que seja possível estabelecer a correlação entre o inquérito policial e esses elementos informativos, é necessário identificar a sua natureza.

O inquérito policial, na síntese de Tornaghi (1977:249), *"é a investigação do fato, na sua materialidade, e da autoria"*, destinando-se a oferecer elementos para o juízo de valor do titular da ação penal. Trata-se de procedimento *"inquisitório, escrito e sigiloso. Nele não há qualquer acusação e, portanto, não ensina a defesa"*.⁴ Em consequência, para que os elementos informativos a que se refere o art. 28 tenham a mesma natureza do inquérito, devem integrar uma investigação, qualquer que seja o designativo que lhe seja atribuído⁵. Não nos parece que qualquer elemento informativo (*rectius*: peça de informação) possa ser considerado da mesma natureza pela só razão de poder ser utilizado como meio de prova, a exemplo do que ocorre com o inquérito. Fosse assim, estaríamos perante um pleonasmo vicioso com a exigência de que seja da mesma natureza, pois qualquer elemento o seria. Caso o elemento informativo não seja *"da mesma natureza"*, a sistemática de arquivamento seguirá a regulamentação interna, não sendo imperativa a homologação a que se refere o art. 28 do CPP.

⁴ A doutrina especializada não destoa desse entendimento: LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 31; POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 83.

⁵ O termo circunstanciado, lavrado pela autoridade policial na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, no qual são requisitados os exames periciais necessários (Lei nº 9.099/1995, art. 69), tem a natureza jurídica de investigação sumária. O arquivamento, portanto, previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, seguirá a sistemática do art. 28 do CPP.

A constatação anterior assume singular relevância ao lembrarmos que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, ínsito no poder de o Ministério Público ajuizar a ação penal, está o de investigar⁶. Na ocasião, o Tribunal fixou a seguinte tese:

[o] Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

O denominado procedimento investigatório criminal foi objeto de disciplina pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução CNMP nº 181/2017), devendo ser ainda detalhado no âmbito de cada Instituição.

Como se constata, os “*elementos informativos da mesma natureza*” a que se refere a atual redação do art. 28 do CPP são substancialmente distintos das peças de informação a que se referia a redação anterior. Essas peças podem acompanhar uma *notitia criminis* endereçada ao Ministério Público e, à mingua de qualquer verossimilhança na narrativa ou de utilidade na prova apresentada, ser indeferidas de plano. No direito positivo vigente, ainda que momentaneamente ineficaz, não se aplicará a sistemática a que se refere o art. 28 do CPP em relação às denominadas peças de informação. Tal somente ocorrerá em relação à investigação penal propriamente dita, gênero que alberga o inquérito policial conduzido pela polícia judiciária e o procedimento investigatório criminal, ou expediente similar, a cargo do Ministério Público.

O arquivamento deve ser ordenado pelo “*órgão do Ministério Público*”. O Ministério Público, a exemplo de qualquer estrutura estatal de poder, deve ter suas atribuições definidas pela ordem jurídica. Principiando pelo plano constitucional, identifica-se a divisão entre o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais e, no âmbito de cada Instituição, há inúmeras subdivisões internas, que buscam assegurar a especialização das funções, a divisão equânime do trabalho e o aumento da eficiência. Cada órgão de execução, portanto, exercerá apenas as atribuições que lhe forem outorgadas pela ordem jurídica. Apesar da obviedade dessa constatação, alguns podem questionar: mas e o princípio da unidade? Ele não

⁶ STF, Pleno, RE nº 593.727/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 14/05/2015, DJ de 25/05/2015.

autoriza que um agente exerça as atribuições afetas a outro? Sim, isto é possível, mas apenas quando a ordem jurídica o autoriza, o que decorre do princípio mais amplo da legalidade, o qual nenhuma estrutura estatal de poder se exime de observar, e, de modo mais específico, do princípio do promotor natural, situado pelo Supremo Tribunal Federal no plano infraconstitucional⁷ e que busca afastar o acusador de exceção.

Uma vez ordenado o arquivamento da investigação penal, o art. 28 impõe dois deveres ao órgão de execução do Ministério Público: realizar comunicações e submetê-lo à revisão.

As comunicações devem ser direcionadas à vítima, ao investigado e à autoridade policial, tendo funcionalidades bem diversificadas.

Em relação à vítima, nos termos do § 1º do art. 28, a comunicação lhe dá a possibilidade de, diretamente ou por seu representante legal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do seu recebimento, submeter a matéria à “*revisão da instância competente do órgão ministerial*”. Trata-se da mesma “*instância de revisão ministerial*” referida no *caput* do preceito, responsável por realizar a homologação de todas as promoções de arquivamento. Como a revisão é imposta por lei, a manifestação da vítima somente terá o efeito útil de facilitar o surgimento de um raciocínio dialético em relação às razões apresentadas pelo órgão de execução que ordenou esse arquivamento. Essa manifestação de vontade, portanto, não é requisito indispensável à reapreciação da matéria no âmbito do Ministério Público. É como se fosse interposto um recurso voluntário em feito sujeito à remessa necessária (CPC/2015, art. 496).

Na medida em que o prazo para a manifestação da vítima principia com o recebimento da comunicação, é necessária a utilização de meios que permitam a sua comprovação (v.g.: escritos, digitais etc.), sob pena de restar frustrado o exercício do direito que lhe foi assegurado. A exemplo do entendimento prevalecente em relação à generalidade das causas penais⁸, a contagem não se restringe aos dias úteis, técnica adotada na lei processual civil (CPC/2015, art. 219).

O § 1º do art. 28 assegurou um direito à vítima ou ao seu representante legal. O enunciado linguístico “*conforme dispuser a respectiva lei orgânica*”, inserido na parte final do preceito, não tem o condão de atribuir contornos programáticos ao referido direito. Afinal, o preceito dispõe sobre o legitimado, o requerimento a ser formulado, o requisito para sua apresentação, o prazo e o órgão que irá apreciá-lo. A lei orgânica disporá apenas sobre o órgão competente para realizar a revisão, o que, quando muito, pode retirar uma atribuição já outorgada há décadas ao Procurador-Geral de Justiça, jamais impedir que a vítima exerça o seu direito.

⁷ STF, Pleno, HC n. 69.599/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.06.1993, DJU de 27/08/1993, p. 17.020. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC n. 70.290/RJ, caso “Jogo do Bicho”, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/06/1993, *Revista do MP RJ* n. 10/291; 1ª T., HC n. 71.429/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/1994, DJU de 25/08/1995, p. 26.023; 2ª T., HC n. 77.723/RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 15/09/1998, DJU de 15/12/2000, p. 063; e 1ª T., RE n. 255.639-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, *Inf.* n. 217/2001.

⁸ STF, Pleno, AgR na Rcl. n.º 23.045, rel. Min. Edson Fachin, j. em 09/05/2019.

O § 2º do art. 28, em evidente má-técnica legislativa, dispõe sobre a possibilidade de a revisão do arquivamento do inquérito policial ser provocada pela chefia do órgão ao qual couber a representação judicial da União, dos Estados e dos Municípios, “nas ações penais relativas a crimes praticados” em detrimento desses entes federativos. Como a temática da investigação penal é contextualizada no plano pré-processual, no qual se buscam elementos probatórios que tornem possível o ajuizamento da ação penal, é evidente que a referência a esse instrumento é inadequada. O que se almejou dizer, pura e simplesmente, foi que essa provocação poderia ocorrer nas investigações afetas a esses crimes. Também a referência exclusiva ao arquivamento do inquérito policial, quando o *caput* do preceito também alcança “*quaisquer elementos informativos da mesma natureza*”, é fruto de mero deslize semântico, entre muitos esparramados pela Lei nº 13.964/2019, não de uma verdadeira opção processual. Afinal, tratamento diferenciado como esse não se sustentaria à luz da lógica ou da razão⁹.

A comunicação ao investigado é um imperativo de civilidade. Afinal, qualquer um que se veja envolvido em uma investigação penal tem sobre sua cabeça uma verdadeira espada de Dâmocles, que tende a abalar a mais destemida das pessoas de bem. Pessoas assim certamente se verão aliviadas com o arquivamento da apuração. Esse raciocínio, por certo, não é extensivo aos infratores habituais, que tendem a ver com regozijo o reconhecimento público de suas façanhas. Não há óbice, ademais, a que o investigado direcione arrazoado ao órgão de revisão do arquivamento, quer demonstrando o acerto das razões apresentadas pelo órgão de execução, quer estabelecendo um contraponto em relação aos argumentos em contrário apresentados pela vítima, embora não seja exigido o estabelecimento do contraditório nesse plano.

Por fim, o arquivamento da investigação deve ser comunicado à autoridade policial, o que assume indiscutível relevância em relação à política de segurança pública. Permite que sejam conhecidas as conclusões do Ministério Público a respeito dos fatos investigados, aumentando, desse modo, a completude dos bancos de dados existentes, o que apresenta indiscutível relevância para o aprimoramento da atividade estatal.

Ordenado o arquivamento e realizadas as comunicações exigidas pelo art. 28, o respectivo órgão de execução deve encaminhar os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, o que deve ser feito na forma da lei. Como se percebe, em relação à persecução penal, o controle parcialmente externo exercido pelo Poder Judiciário foi substituído por um controle integralmente interno, realizado pelo próprio Ministério Público.

A lei referida no *caput* do art. 28 é a lei orgânica da Instituição, mencionada literalmente no § 1º do mesmo preceito. Trata-se da *sedes materiae* para a definição das atribuições dos órgãos da Instituição. De acordo com a sistemática constitucional, as grandes linhas dessas atribuições devem ser estabelecidas pela Lei Orgânica

⁹ A respeito dos postulados da interpretação jurídica, vide: GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 492-512.

Nacional, de iniciativa privativa do Presidente da República (CRFB/1988, art. 61, § 1º, I, d), o que foi feito com a edição da Lei nº 8.625/1993. Lei complementar estadual, por sua vez, cuja iniciativa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁰, é privativa do respectivo Procurador-Geral de Justiça, irá detalhar, nos termos do art. 128, § 5º, da Constituição de 1988, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

Em relação à temática ora analisada, a Lei nº 8.625/1993 estabelece regramentos distintos, com completude diferenciada, conforme estejamos perante arquivamentos promovidos diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelos Promotores de Justiça, os quais atuam primordialmente em primeira instância.

No primeiro caso, é outorgada ao Colégio de Procuradores de Justiça atribuição para *“rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária”* (art. 12, XI). Nessa situação, não se tem propriamente uma instância de homologação, mas, sim, revisional, a partir de provocação do interessado. Assim ocorre porque, nos termos do art. 29, VII, o Chefe da Instituição tem o poder de *“determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais”*.

No segundo caso, somente é feita referência à atribuição do Procurador-Geral de Justiça para designar membro do Ministério Público para *“oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações”* (art. 10, IX, d). Não é indicado, portanto, o órgão responsável pela revisão da promoção de arquivamento, o que certamente foi influenciado pelo disposto no art. 28 do CPP, que atribuía esse *munus*, há décadas, ao Procurador-Geral. Apesar desse silêncio, é factível que a essencialidade do Ministério Público não permite que uma atribuição simplesmente deixe de ser exercida por não ter sido outorgada a órgão específico da Instituição. Como o Procurador-Geral de Justiça, além de exercer a Chefia Institucional (art. 10, I), pode designar membros para assegurar a continuidade do serviço (art. 10, IX, d) e para exercer as funções afetas a outro membro, *ad referendum* do Conselho Superior (art. 10, IX, g), essa atribuição deve ser atraída para si caso a Lei Orgânica Estadual não seja alterada e eventualmente disponha de modo diverso.

3. Modelos possíveis para a revisão interna das decisões de arquivamento

Ao transitarmos da Lei nº 8.625/1993 para a lei orgânica estadual, é necessário identificar os modelos passíveis de serem adotados, que são o puramente concentrado e o escalonado, de viés difuso-concentrado. Esses dois grandes modelos mostram-se compatíveis com as especificidades do Ministério Público e a sua utilização dependerá

¹⁰ STF, Pleno, ADI nº 4.142, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20/12/2019, DJe de 26/02/2020.

do volume de investigações penais existente no âmbito do respectivo ente federativo¹¹. Esse aspecto mostra-se particularmente relevante ao lembrarmos que, sob a égide da redação original do art. 28 do CPP, os arquivamentos promovidos pelo Ministério Público eram pulverizados entre todos os juízes, do respectivo Estado, com competência na matéria. Esses magistrados avaliavam os arquivamentos e, caso discordassem, remetiam os autos para a avaliação da Chefia Institucional, que decidiria em caráter definitivo, podendo oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou prosseguir nas investigações, ou mesmo insistir no pedido de arquivamento, ao qual só então estaria o juiz obrigado a atender. Nessa sistemática, o Procurador-Geral de Justiça era instado a rever um pequeno percentual dos arquivamentos promovidos. A partir do momento em que a nova redação do art. 28 produzir efeitos, a intermediação do Poder Judiciário deixará de existir e o órgão de revisão passará a rever a integralidade dos arquivamentos realizados, o que pode importar na transição, de algumas centenas de expedientes, para uma ou mais centenas de milhar.

No modelo puramente concentrado, a atribuição de revisão seria outorgada a um único órgão. Considerando a forma como a Administração Superior do Ministério Público foi estruturada pela Lei nº 8.625/1993, esse órgão poderia ser o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público ou o Colégio de Procuradores de Justiça, já que função dessa natureza parece não se afeiçoar à atuação da Corregedoria-Geral. Esses órgãos poderiam contar com o apoio de uma assessoria especializada, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. A revisão por órgão colegiado tem sido adotada, com êxito, no âmbito do Ministério Público Federal. A distinção em relação aos paradigmas estaduais é que o volume de investigações e arquivamentos é sensivelmente inferior.

No modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, a lei orgânica reproduziria um sistema similar àquele adotado na redação original do art. 28 do CPP, com a diferença de que a avaliação preliminar, a cargo do Poder Judiciário, passaria a ser realizada por órgãos do próprio Ministério Público. Sob essa ótica, a solução mais plausível parece ser a atribuição aos Procuradores de Justiça do *munus* de realizar essa avaliação preliminar. Afinal, esses agentes, nos termos do art. 19, § 2º, da Lei nº 8.625/1993, já têm a atribuição de exercer “*inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público*”.

Não se ignora, é certo, que em alguns Estados da Federação esses agentes se apresentam em reduzido número, sequer existindo um Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, como autorizado pelo art. 13 da Lei nº 8.625/1993, por não

¹¹ São bem impressionantes os dados do Conselho Nacional do Ministério Público, a respeito das promoções de arquivamento formuladas pelos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, conforme as Regiões do País, em 2018: (a) Centro-Oeste – 61.379; (b) Nordeste – 39.391; (c) Norte – 19.955; (d) Sudeste – 466.040; e (e) Sul – 177.837. In: <https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato>, acessado em 26 de agosto de 2020.

alcançarem quantitativo superior a quarenta membros. No entanto, esse quantitativo tende a ser influenciado pelo volume forense, daí a presunção, certamente *juris tantum*, de que não seria inviável a absorção da nova atribuição. Também aqui seria plenamente aplicável a sistemática das assessorias.

A opção pelo modelo escalonado faria que os arquivamentos ordenados fossem diretamente encaminhados, pelos Promotores de Justiça, aos Procuradores de Justiça, os quais, aquiescendo, homologariam o arquivamento. Caso dissentissem, encaminhariam os autos ao órgão de revisão final (v.g.: Procurador-Geral de Justiça), que decidiria em caráter definitivo, homologando-o ou, caso divergisse, designando outro membro para prosseguir no feito. Para que seja preservada a unidade institucional, as teses fixadas pelo órgão de revisão final seriam vinculantes para os Procuradores de Justiça, o que configuraria um ponto de equilíbrio necessário em relação à independência funcional, princípio que, apesar da percepção equivocada de muitos, não é uma espécie de ilha indiferente ao seu entorno, que subsiste sozinha no sistema brasileiro. A preocupação com a unidade, aliás, é uma das razões pelas quais os arquivamentos, nos termos do art. 28 do CPP, devem ser submetidos a um órgão de revisão.

Como dissemos, enquanto não alterada a lei orgânica estadual, o Procurador-Geral de Justiça atuará como órgão de revisão dos arquivamentos ordenados pelos Promotores de Justiça, o que significa dizer que incidirá, em sua plenitude, o disposto na Lei nº 8.625/1993, que o autoriza a delegar tanto suas funções administrativas (art. 10, VIII) como as de órgão de execução (art. 29, IX). A delegação, como se sabe, cria uma regra derivada de competência, estabelecendo a forma como será exercida e a possibilidade, ou não, de os atos praticados serem revistos pela autoridade delegante¹². A partir dessa constatação, é possível afirmar que a adoção do modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, com a consequente atuação dos Procuradores de Justiça, sequer demandaria alteração legislativa.

Epílogo

A alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 28 do CPP fortalece o sistema acusatório e a imparcialidade do Poder Judiciário, sendo digna de encômios. O grande desafio a ser enfrentado pelos Ministérios Públicos dos Estados encontra-se na necessidade de construir um modelo de revisão dos arquivamentos que seja não só efetivo, permitindo uma ampla e visceral análise das razões adotadas pelos órgãos de execução, como viável sob a ótica operativa.

Assim que a nova redação do art. 28 do CPP começar a produzir efeitos, a intermediação do Poder Judiciário deixará de existir e todos os arquivamentos carecerão de homologação pelo órgão de revisão, o Procurador-Geral de Justiça, ao menos até que a respectiva lei orgânica estadual seja alterada, deslocando essa

¹² Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301-302 e 617.

atribuição para órgão diverso. Para que o volume de serviço não torne o controle interno meramente simbólico, seria de bom alvitre a adoção de um modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, no qual a avaliação inicial seria realizada pelos Procuradores de Justiça, encaminhando-se à Chefia Institucional apenas os casos em que ocorresse a negativa de homologação.

Referências bibliográficas

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Ministério Público*. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1977.

Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório¹

Amicus curiae's intervention in administrative proceeding

Fredie Didier Jr.*

Sumário

I. Introdução: generalidades sobre a intervenção do *amicus curiae*. II. Sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios. III. Intervenção do *amicus curiae* e os processos administrativos aptos à formação de precedentes obrigatórios. IV. Conclusão.

Resumo

O Direito brasileiro vem desenvolvendo um sistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios no âmbito administrativo. A qualidade do precedente administrativo depende muito da amplitude do debate. Defende-se a possibilidade dogmática de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo brasileiro, a partir da aplicação do art.15 do CPC.

Abstract

Brazilian law has been developing a system for the formation and application of mandatory precedents in the administrative sphere. The quality of the administrative precedent is highly dependent on the breadth of the debate. The dogmatic possibility of amicus curiae intervention in Brazilian administrative proceedings is defended, based on the application of article 15 of the Brazilian Civil Procedure Code.

¹ Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa "Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual", vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços 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>).

* Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

Palavras-chave: Processo administrativo. Tribunais administrativos. Precedentes administrativos obrigatórios. Possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (art. 15, Código de Processo Civil brasileiro).

Keywords: *Administrative proceeding. Administrative courts. Administrative precedents. Amicus curiae. Brazilian Civil Procedure Code.*

I. Introdução: generalidades sobre a intervenção do *amicus curiae*

Uma questão dogmática importante tem passado despercebida da doutrina brasileira, tanto a que cuida do Direito administrativo, quanto à processualística: a partir do desenvolvimento, no Brasil, de um sistema de formação e respeito aos precedentes *administrativos* obrigatórios, sobretudo após as Leis nºs 13.655/2018 (reforma da LINDB) e 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), é possível admitir a intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo? Este texto é uma tentativa de apresentar uma resposta a essa pergunta.

A intervenção do *amicus curiae* está regulada, em termos gerais, pelo art. 138 do CPC. O *amicus curiae* é o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão a ser proferida. A intervenção do *amicus curiae* passou a ser possível em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social (art. 138, *caput*, CPC). Esses pressupostos objetivos são alternativos². *Generalizou-se a intervenção do amicus curiae*.

O *amicus curiae* pode ser pessoa natural³, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializado. A opção legislativa é clara: ampliar o rol de entes aptos a ser *amicus curiae*. Exige-se, porém, que tenha *representatividade adequada* (art. 138, *caput*, CPC). Ou seja, o *amicus curiae* precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a que possa contribuir para a sua solução.

A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a *relação jurídica litigiosa*. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas

² Nesse sentido, o enunciado nº 395 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos”.

³ No talvez mais emblemático julgamento do STF em tema de direitos humanos (STF, Pleno, HC 82.424, redator do acórdão Min. Maurício Correa, j. em 17.09.2003), em que se discutiu a relação entre racismo e antissemitismo, o Prof. Celso Lafer, Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro da Academia Brasileira de Letras, foi aceito como *amicus curiae*, em razão de seus conhecidos estudos sobre a história dos direitos humanos – e seu memorial foi amplamente mencionado pelos ministros em seus votos. O STF admitiu a intervenção de *amicus curiae* a despeito de à época não existir regra expressa no processo penal neste sentido. Trata-se de julgamento também por este aspecto histórico, pois serviu de paradigma para que se permita a intervenção de *amicus curiae* sempre a que a relevância da causa assim impuser, mesmo sendo pessoa natural – entendimento que o CPC encampou no art. 138.

aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.

A relação entre a participação do *amicus curiae* e a formação de precedentes obrigatórios, no Direito brasileiro, é evidente. Além da previsão genérica de intervenção de *amicus curiae* no art. 138 do CPC, há outras regras que autorizam essa intervenção: a) incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal (art. 950, §§ 1º, 2º e 3º, CPC); b) no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, *caput* e § 1º, CPC); c) no procedimento de análise da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1.035, § 4º, CPC); d) no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.038, CPC); e) no incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos (art. 896-C, §8º, CLT). Em todos esses casos, autoriza-se a intervenção do *amicus curiae* em incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios, exatamente para que se possa qualificar a formação desse precedente. Não é por acaso, portanto, que o legislador expressamente atribui legitimidade recursal ao *amicus curiae* para impugnar decisão proferida em julgamento de casos repetitivos (art. 138, § 3º, CPC)⁴.

A possibilidade de participação de *amicus curiae* é, aliás, característica marcante do sistema brasileiro de formação de precedentes obrigatórios⁵.

II. Sistema brasileiro de precedentes administrativos obrigatórios

Paralelamente, consolida-se, no Direito brasileiro, um sistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios no âmbito administrativo.

A expansão e o fortalecimento dos tribunais administrativos (Tribunais de Contas, CADE, CVM, tribunais de contribuintes etc.), que resolvem conflitos de modo imparcial e por heterocomposição, são algumas das principais causas que justificam a criação desse sistema de respeito aos precedentes administrativos. A *cognoscibilidade do Direito*, dimensão da segurança jurídica que garante a todos saber como o Direito é compreendido e aplicado, e a *igualdade*, que garante aos administrados o direito de serem tratados de modo semelhante pela Administração Pública⁶, o que significa serem tratados de modo isonômico perante as decisões administrativas, impõem o desenvolvimento desse sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos⁷.

⁴ Em razão da existência de um microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), a permissão de interposição de recursos deve estender-se ao julgamento de *recursos especiais ou extraordinários repetitivos*. Nesse sentido, o enunciado nº 391 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos”.

⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 2, p. 583; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, v. 3, p. 748 - 753.

⁶ Sobre a relação entre precedentes e igualdade, MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

⁷ Sobre os precedentes administrativos no Direito brasileiro, BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, nº 1, p. 133-149; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 322-331.

Também a necessidade de a Administração Pública, na condição de litigante habitual, estruturar a sua litigância de acordo com os precedentes advindos do Poder Judiciário, e, com isso, concretizar o equilíbrio entre os poderes republicanos e diminuir os custos da Administração Judiciária contribuiu para a construção desse sistema de respeito aos precedentes administrativos.

Exatamente por isso:

O art. 4º da Lei Complementar nº 73/1993 atribui ao Advogado-Geral da União as seguintes competências: “X - *fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal*; XI - *unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal*; XII - *editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais*”;

O art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.874/1999, determina que, nos processos administrativos, se confira “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. A vedação de interpretação retroativa é claro sinal de que o precedente (interpretação anterior) deve ser aplicado, até que haja justas razões para revisão do entendimento⁸;

O art. 50, VII, da Lei nº 9.874/1999, ao concretizar o dever de motivar as decisões administrativas, impõe o dever ao órgão administrativo decisor de expor as razões para deixar “de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”⁹;

O art. 496, §4º, IV, CPC, dispensa a remessa necessária ao tribunal de sentença proferida contra o Poder Público que veicule “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”;

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018) não apenas consagra a “jurisprudência administrativa majoritária” (art. 24, par. ún.), como também impõe o dever de proceder a uma transição no caso de essa

⁸ Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, nº 1, p. 138.

⁹ Vendo neste artigo uma das bases normativas para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, 2010, nº 24, p. 2 - 4; HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, nº 59, p. 71; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, nº 1, p. 139.

mesma jurisprudência vier a ser revista: “art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (...) Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”;

A mesma LINDB, no art. 30, determina que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”. Assim, a lei não só supõe a existência de precedentes administrativos, como impõe a consolidação de seus enunciados em súmula administrativa e confere a eles força vinculante até futura revisão de entendimento¹⁰, concretizando o comando do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.874/1999;

Exatamente por isso, o Decreto Presidencial nº 9.830/2019, ao regulamentar os arts. 20 a 30 da LINDB no âmbito federal, consolida esse sistema de precedentes obrigatórios no âmbito da administração federal (arts. 19-24, Decreto nº 9.830/2019);

O art. 3º, IV, da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), estabelece que é direito de toda pessoa, essencial ao desenvolvimento econômico do país: “receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento”;

O art. 19 da Lei nº 10.522/2002, alterado pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), determina que “Fica a Procuradoria-Geral da

¹⁰ Vendo neste artigo uma base normativa para a aplicação de precedentes administrativos no Brasil, OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública – limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 153-154.

Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: (...) II - tema que seja objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (...) IV - tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; (...) VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei”;

O art. 18-A da Lei nº 10.522/2002, acrescentado pela Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), estabelece que: “Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará enunciados de súmula da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro de Estado da Economia, que deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos”.

O dispositivo é claro ao criar um sistema de precedentes obrigatórios e colocar o CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no centro decisório desse sistema.

Há, como se sabe, um quadro de enunciados da súmula da jurisprudência do CARF, atualmente com 161 enunciados, que orientam a atuação dos agentes fazendários, dos contribuintes e do próprio CARF. Muitos desses enunciados são vinculantes para a Administração Tributária Federal, conforme Portaria 129/2019 do Ministro da Economia.

O art. 47, §§ 1º a 3º do Regimento Interno do CARF estabelece procedimento para gestão e julgamento dos recursos administrativos repetitivos, semelhante àquele previsto para os recursos extraordinários repetitivos nos arts. 1.036-1041 do CPC, inclusive com a aplicação da tese firmada no recurso paradigma (aquele escolhido como representativo da controvérsia, nos termos do art. 47, § 1º) aos recursos sobrestados (art. 47, § 3º). O paralelo é evidente: cá como lá, o propósito é julgar casos pendentes e firmar precedentes (administrativos e judiciais, respectivamente) obrigatórios.

Não bastassem todas essas regras, e mesmo independentemente delas¹¹, o sistema de formação e aplicação de precedentes administrativos é desdobramento

¹¹ Assim, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 330.

inexorável dos princípios da segurança jurídica (incluindo sua dimensão subjetiva, a proteção da confiança, porque respeitar o precedente é manter a coerência administrativa e proteger a confiança do administrado¹²) e da igualdade¹³.

III. Intervenção do *amicus curiae* e os processos administrativos aptos à formação de precedentes obrigatórios

De acordo com o art. 15 do CPC, as normas do processo jurisdicional civil aplicam-se, subsidiária e supletivamente, ao processo administrativo. Isso significa que as normas processuais civis servem para preencher lacunas das fontes normativas do processo administrativo (atuação subsidiária) e completar regramentos já existentes (atuação supletiva). Essa aplicação serve aos diversos tipos de processo administrativo (disciplinar, autorizativos, regulatórios, sancionadores, tributários etc.).

O art. 15 do CPC e todo esse quadro normativo que institui o sistema de precedentes administrativos obrigatórios facilitam a compreensão de que não é apenas recomendável, mas também imperiosa, a atuação de *amicus curiae* em processo que tenha aptidão para a produção de precedentes administrativos, como os oriundos de tribunais administrativos¹⁴. A qualificação desses precedentes é, além

¹² Relacionando o respeito aos precedentes administrativos com a proibição do *venire contra factum proprium* pela Administração, ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, ano 1, nº 4, p. 231-244; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, nº 1, p. 141.

¹³ Longamente sobre o tema, HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, nº 59, p. 63 - 91.

¹⁴ “Ficam assim delineadas as vantagens da intervenção do *amicus curiae* no processo, em termos de reforço do contraditório, respeito à soberania popular e princípio participativo; o ‘contraditório’ que ele proporciona é no sentido da cooperação com os julgadores, na busca de uma decisão mais justa e mais coerente com a realidade social. O instituto repousa, ainda, na necessidade da legitimação social dos julgamentos. Tudo isto aplica-se evidentemente ao processo administrativo que, como visto acima, é permeado hoje por uma relevante processualidade. Nada impede, e até recomenda, a admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo administrativo, aplicando as regras contidas no art. 138 e parágrafos do CPC. Milita a favor da transposição do artigo do Código não só a regra expressa de sua aplicação subsidiária, mas também o princípio do diálogo das fontes, segundo o qual deve ser sempre possível a adoção de uma regra oriunda de outra disciplina jurídica, desde que compatível com as regras próprias de outro sistema. Também a analogia pode ser aplicada no caso da intervenção do *amicus* no processo administrativo, que apresenta frequentemente os requisitos indicados pelo CPC para sua aplicação: ‘A relevância da matéria, a especificidade do objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia’. O processo administrativo pode perfeitamente preencher esses requisitos. Basta pensar, por exemplo, nas súmulas administrativas do Conselho Nacional de Incentivo à Cultura, nas súmulas da Advocacia Geral da União, no efeito vinculante previsto pela Lei nº 13.457/09-SP em relação às súmulas do TIT, na jurisprudência do Senacon - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor em relação a empresas fabricantes nos atos anticoncorrenciais julgados pelo CADE. Isso tudo engloba matérias extremamente relevantes, de objeto específico e nas quais fica clara a repercussão social da controvérsia. Bem-vindo o *amicus curiae* no processo administrativo. E que os juízos e Tribunais o acolham de braços abertos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O *Amicus Curiae* no processo administrativo. *Revista Lex Magister*, Porto Alegre. Disponível em: lex.com.br/doutrina_27470852_O_AMICUS_CURIAE_NO_PROCESSO_ADMINISTRATIVO.aspx. Acessado em: 16 mar. 2020). Admitindo a intervenção em processos nos tribunais de contas, 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. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 3, nº 12, p. 43-51.

de concretização da segurança jurídica e da igualdade, também uma importante dimensão do princípio da eficiência¹⁵, na medida em que tem potencial para tornar a atuação administrativa substancialmente mais justa. É, também, reforço ao dever de motivação das decisões administrativas (art. 50, da Lei nº 9.784/1999), corolário do devido processo legal administrativo¹⁶: com a ampliação do debate, tendencialmente se aperfeiçoa a cognição e, conseqüentemente, a decisão administrativa.

Há exemplo importante de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo. No procedimento “de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006).

Outro bom exemplo de intervenção de *amicus curiae* em processo administrativo está previsto no art. 50 da Lei nº 12.529/2011 (Lei do CADE): “Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; ou II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Há, ainda, os arts. 32-34 da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo federal), que cuidam, especificamente, da possibilidade de participação de terceiros em processo administrativo, com o propósito de aperfeiçoar a decisão administrativa. Essa atuação é semelhante à do *amicus curiae*¹⁷, e certamente supõe que a interpretação do ente administrativo pode repercutir para além caso concreto que está sendo decidido: “art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo; art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas; art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ano 15, nº 59, p. 63-91; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública brasileira. *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), 2016, v. 3, nº 1, p. 134, 138.

¹⁶ Considerando que o *amicus curiae* no processo administrativo pode ser de grande valia para a construção do devido processo legal administrativo, SILVA, Daniela Juliano. Aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos e seus reflexos na jurisdição administrativa. *Revista CEJ*. Nº 71, Ano XXI, Brasília, 2017, p. 13.

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2004, v. 117, p. 13, 18; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76-77.

“No processo administrativo a mais completa instrução é *dever* do agente administrativo”¹⁸.

IV. Conclusão

Tudo isso demonstra que, a partir da aplicação do art. 15 do CPC, é admissível, e muitas vezes obrigatória, a intervenção do *amicus curiae* em processo administrativo, não sendo algo estranho ao sistema jurídico brasileiro, sobretudo nos processos administrativos aptos à produção de precedente obrigatório de tribunal administrativo, como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, CADE, Tribunais de Contas etc.

¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 288.

Solução consensual de conflitos: panaceia para todos os males?

Alternative dispute resolution: panacea for all ills?

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Breve introdução. 2. Da ebulição da consensualidade. 3. A finitude ontológica dos métodos colaborativos. 4. Conclusões. Referências bibliográficas. Referências videofônicas.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, quais os limites de aplicabilidade de métodos alternativos de resolução de conflitos, explorando falibilidades comuns a meios individuais e coletivos e investigando restrições específicas a cada um destes. Com referencial teórico na customização dialógica de Roshan Danesh, o recorte de pesquisa, à luz transdisciplinar da ciência da resolução de conflitos, não se dedica a estabelecer limites normativos ao conteúdo dos acordos. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a real aplicabilidade da consensualidade no Direito brasileiro, reposicionando a adequação de cada método em um contexto instrumental dialógico multiportas. Conclui que, em face dos limites de cada método consensual, e consoante o perfil de cada conflito, há de se amoldar a técnica de engajamento e facilitação, em um sistema resolutivo também dotado de meios adversariais.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review the limits of applicability of the alternative conflict resolution methods, exploring the common fallibilities of the individual and collective processes, and investigating specific liabilities of each one. Roshan Danesh's dialogical customization as the theoretical reference, under the transdisciplinary light of the Science of the conflict resolution, the research is not bound to inquire about the legal boundaries of the content of the settlement itself. This study is justified by the urge of comprehending the real usage of alternative conflict resolution methods in the Brazilian

* Doutorando em Direito pela UNESA. Mestre em Direito Processual pela UERJ. Especialista em Mediação e Negociação pelo Justice Institute of British Columbia (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

legal system, repositioning the adequacy of each process in a multidoor dialogical context. The article concludes that, on account of the limitations of each method and according to the conflict at hand, the facilitation method itself must be customized, within a resolution system that may rely upon adversarial tools as well.

Palavras-chave: Resolução de conflito. Aplicabilidade. Limites.

Keywords: Conflict resolution. Applicability. Limits.

1. Breve introdução

O presente artigo busca mapear, com metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa qualitativo-exploratória, quais os limites de aplicabilidade de métodos alternativos de resolução de conflitos, explorando falibilidades comuns a meios individuais e coletivos e investigando restrições metodológicas específicas a cada um destes.

Com referencial teórico na customização dialógica de Roshan Danesh¹, a investigação científica desafia a noção de a consensualidade ser panaceia para todos os males. Explora-se a constatação inicialmente intuitiva de que qualquer destas alternativas, por mais promissora que seja, consagrar-se-á sempre e sempre a enfrentar apenas uma parte da plêiade conflitual, não havendo um método universalmente adequado - bem ao revés, todo método resolutivo parece mostrar-se invariavelmente impróprio para uma ampla gama de conflitos, ajustando-se cada qual a um determinado rol característico destes.

O recorte de pesquisa, à luz transdisciplinar² da ciência da resolução de conflitos, não se dedica, pois, a estabelecer limites normativos ao conteúdo dos acordos, mas à sua utilidade prática, especialmente aos operadores de Direito.

Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a real aplicabilidade da consensualidade no Direito brasileiro, reposicionando a adequação de cada método em um contexto instrumental dialógico multiportas.

¹ Fundador da “Unity-Based Mediation”, defende a cogência da customização do processo dialógico, sem inflexibilidades comuns a outros métodos. Doutor pela Harvard Law School, com produção acadêmica nas áreas de conflito e de direito constitucional, lecionou na University of British Columbia, no Justice Institute of British Columbia e na University of Victoria (todas no Canadá) na European Peace University (Áustria), e na Landegg International University (Suíça), onde presidiu o Departamento de Resolução de Conflito. Cocriador dos programas Conflict-Free Conflict Resolution (CFCR) e do Youth Peacebuilders Network (YPN) do Education for Peace.

² Ante a plurivocidade do vocábulo “transdisciplinariedade”, alinha-se aqui à semântica por Gustin e Dias (2006): exige linguagem científica dialógica, consistindo em estudo de um elemento através de diversas disciplinas, com sobreposição dos saberes (na multidisciplinariedade, ao contrário, quedam apenas justapostas), com conhecimento integrado e interativo entre as disciplinas, com relações, em etapa qualitativamente superior à interdisciplinaridade, postas em sistema total, sem fronteiras claras entre si.

2. Da ebulição da consensualidade

Inicia-se a investigação a partir de uma constatação: o espírito conciliatório a cada novo dia inspira mais e mais o mundo jurídico, seus métodos e modos, fazendo-o evoluir da “lógica do contraditório” com “argumento da autoridade” para a “lógica do consenso” com “autoridade do argumento”, nas argutas expressões cunhadas por Duarte e Iorio Filho (2015). A resolução alternativa de conflitos, um dos bastiões dos novos tempos, evolui de forma multifacetada e por inúmeros meios, nenhum deles impassível de falhas, desafios e erros; todos, sempre em evolução. Entre os extremos opostos da autotutela e da outorga judicial, buscam-se alternativas mais eficazes que, ao tempo em que reduzam o impacto de volumosas demandas desagurem nas mesas já abarrotadas de nossos Tribunais, consubstanciem verdadeira e abreviada pacificação social.

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76)³, 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 13.506/2017) e do compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei nº 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remeteram à arbitragem conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afora evidentemente a Lei nº 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei nº 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei nº 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I. Este movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Estado do Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual nº 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual nº 5427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos).

Ao longo das últimas décadas, expandiram-se significativamente possibilidades legislativas de disposição sobre os direitos coletivos, com crescente margem de negociação: termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º §6º da Lei nº 7.347/1985⁴), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211 da Lei nº 8.069/1990), no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e no Estatuto do Idoso (artigo 74, X, da Lei nº 10.741/2003), culminando com o acordo de não persecução cível da Lei nº 13.964/2019.

³ 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 já aduzia expressamente que aquela poderia efetivar-se mediante acordo.

⁴ Em verdade, o compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no direito brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), por seu artigo 211. Somente depois, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), foi acrescido o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

E assim não se deu apenas na *terrae brasiliis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também migraram de adversariais a dialógicos.

Nos Estados Unidos, adveio o *Uniform Mediation Act*. No Canadá, foram editados extensos regulamentos acerca da matéria, como o *Investment Canada Act*⁵ e *Rules of Civil Procedure*⁶, inovando com o instituto do *Offer to Settle*. Na Província de British Columbia, vigoram o *Law and Equity Act - Notice to Mediate (Family) Regulation*⁷ e *Small Claims Rules*⁸.

Da Fonseca Pinto e Da Silva Junior (2020) relatam a vertiginosa evolução do movimento conciliatório na Europa, anotando que, a partir do Conselho Europeu realizado em Tampere, na Finlândia, em 1999⁹, onde se explicitava a necessidade de os Estados-membros implantarem mecanismos alternativos, extrajudiciais, de solução de controvérsias, sucederam a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, de 1996¹⁰, e a Recomendação (98) 1 do Conselho Europeu sobre Mediação Familiar, de 1998v, culminando na edição da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008¹¹.

Na Espanha, editou-se a Ley 5/2012, atualmente regulamentada pelo Real Decreto 980/2013. No Reino Unido, o *Code of Procedural Rules*, em 36.21 (1), criou incentivo similar ao *Offer to Settle*¹². Pinho e Paumgartten (2013) relembam ainda que, na França, foi editado o Decreto 66 de 2012¹³, ainda que em avanço tímido, com busca por uma solução amigável do conflito através da mediação, conciliação ou do processo participativo, sem imposição às partes em qualquer fase processual ou pré-processual. Já na Alemanha, a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren de außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, em 25 de julho de 2012¹⁴, conquanto não tornasse a mediação claramente obrigatória, passava a exigir tentativa conciliatória

⁵ Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk00064.html#MediationGuideline>>. Consulta em 15 abr 2020.

⁶ De acordo com seu *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 tais vantagens fiscais. Tenha-se, neste mesmo sentido, o *Offer to Settle* previsto na Rule 10.1 do *Small Claims Rules* de British Columbia.

⁷ Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁸ Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁹ Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Consulta em: 20 out. 2018

¹⁰ Disponível em <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>>. Consulta: em 20 ago. 2020.

¹¹ Disponível em <<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf>>. Consulta em: 20 ago. 2020.

¹² “Costs consequences following judgment. 36.21 (1) This rule applies where, on the determination by the court, the claimant obtains judgment against the defendant for an amount of damages that is – (a) less than or equal to the amount of the defendant’s RTA Protocol offer; (b) more than the defendant’s RTA Protocol offer but less than the claimant’s RTA Protocol offer; or (c) equal to or more than the claimant’s RTA Protocol offer. [...] For the purposes of rule 36.21(1)(a) the amount of the judgment is less than the RTA Protocol offer where the judgment is less than that offer once deductible amounts identified in the judgment are deducted.” (disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Consulta em: 30 abr 2013.

¹³ Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>> Consulta em: 25 fev 2014.

¹⁴ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35, ausgegeben zu Bonn am 25. Juli 2012*. Disponível em: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Consulta em: 20 set. 2019.

prévia ao processo¹⁵. Por sua vez, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69 de 18 de junho de 2009, com a previsão, em seu artigo 60, sobre a mediação. Regulamentando a Lei, em 4 de março de 2010, adveio o Decreto Legislativo nº 28, disciplinando três tipos de mediação: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata* e *mediazione obbligatoria*. (PINHO e PAUMGARTTEN, 2012).

Viceja, pois, no mundo o movimento em prol de resoluções consensuais de conflito.

O incontido entusiasmo com a difusão de práticas (extrajudiciais ou, ainda quando judiciais) inconventionais de resolução de conflito não pode, todavia, fazer cerrarem-se os olhos aos limites destas inovadoras alternativas de resolução de conflito, reconhecendo-se que não necessariamente hão de conduzir a resultados superiores aos daqueles oriundos de meios tradicionais (ainda que em crise¹⁶⁻¹⁷).

Intuitivo que, ao contrário de ser uma panacéia para todos os males, qualquer destas alternativas, por mais promissora ou messiânica que seja, consagrar-se-á sempre e sempre a enfrentar apenas uma parte desta crônica realidade conflitual, jamais se pretendendo que combata cega e debilmente todo e qualquer problema confrontado. Bem ao revés, é forçoso reconhecer, de antemão, sua impropriedade para uma ampla diversidade de conflitos. Não se trata, no entanto, de abandonar uma alternativa que tem se mostrado concretamente viável em inúmeros casos. Trata-se sim de se manter à disposição um leque de opções de resolução de conflito, com plena consciência utilitária dos limites que cada uma destas enfrenta.

Sob tal enfoque, sem em uma linha sequer se perfilhar aos que decretaram, de afogadilho, a morte de neófitas técnicas consensuais, reconhece-se, em contrapasso, a utilidade de sua adoção (ou antes, de sua difusão), com criteriosa reflexão acerca dos limites que, enfim, qualquer método de pacificação há de aqui ou ali enfrentar.

3. A finitude ontológica dos métodos colaborativos

Uma das primeiras constatações acerca dos limites que reduzem o alcance de meios de facilitação atine ao fato de que estas também estão condicionadas pelo ambiente socioeconômico em que estão inseridas. Direito, Processo e meios alternativos, nenhum está isento ou acima dos efeitos nefastos de uma crise de uma sociedade cujos conflitos pretenda resolver e que nele será necessariamente replicada. Noutros termos, a crise social e a subsequente carência de meios estruturais (tal como um corpo de peritos adequado ou grade curricular universitária inadequada) afetarão indistintamente meios tradicionais e alternativos de facilitação de conflito.

¹⁵ Os autores ainda assinalam que, na Bulgária e na Romênia, por meio, respectivamente, do *Bulgarian Mediation Act/2004* e do *Romanian Mediation Act. 192/2006*, adotaram-se medidas estimuladoras à mediação, inclusive com a concessão de incentivos financeiros.

¹⁶ Para maior aprofundamento sobre a crise do processo e do Direito, vide PAULO JUNIOR (2005).

¹⁷ Sintomática a publicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de sua *Resolución* n.º 3/2020 sobre “*Acciones diferenciadas para atender el atraso procesal en procedimientos de Solución Amistosa*” (disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-20-es.pdf>>. Consultado em: 30 jul. 2020).

Não é por outra que a mediação colaborativa individual e os demais meios de resolução de conflito possuem natureza não apenas interdisciplinar, mas sim – e muito além – transdisciplinar¹⁸. Não é, pois, demasiado antecipar que a impropriedade curricular das faculdades de Direito e a carência de especialistas em apoio aos operadores de direito em demandas complexas não têm por única vítima o processo, mas também infligem indistintamente danos à eficiência dos meios de resolução de conflito.

Bem mais, fica tal debilidade aprofundada quando no campo da mediação, por somar-se à crítica intrínseca ao treinamento ambivalente de facilitadores quanto ao uso de manipulação ou coerção. Tomasic e Feeley (1982) já há muito criticavam a contradição entre os disputantes construírem a própria solução e a responsabilidade do facilitador de manobrar os assistidos rumo a um acordo.

O treinamento prático ofertado pelas principais instituições acadêmicas nesta área oscila entre identificar a facilitação como uma técnica ou uma arte, mas admite sempre que a intuição deve fazer parte do acervo de instrumentos do facilitador – onde reside ácida crítica por Frederick (2005), em sua pesquisa pela Universidade de Yale, ali demonstrada a falibilidade da intuição de forma consistente¹⁹.

Nesta baila, ao passo que o facilitador é encorajado a confiar em sua intuição, sólidos estudos de economia do comportamento recomendam o inverso: é preciso, sem cinismos, desconfiar daquilo que vem como intuitivo (ARIELY, 2012b)²⁰.

Tampouco restam ilesos às críticas dos autores acima nominados os facilitadores e seus limites socioculturais, não se podendo cientificamente atestar que sejam mais apropriados que os juízes que presidem as ações afins. Tomasic e Feeley (1982) qualificam mediadores como “estranhos”, cujos valores e experiência de vida são desconhecidos – o que indicaria o uso institucionalizado da mediação como excepcional.

A *latere*, críticas ácidas se tecem quanto ao paradoxal fato de inúmeras iniciativas de desjudicialização de conflitos se darem a partir das Cortes, constituindo, em reflexo,

¹⁸ H. Danesh e R. Danesh (2012) assim escreveram: “Clearly, it (the field of conflict resolution) is an interdisciplinary field, but it is also more than that [...] Because conflict not only has a unique presence and is distinct in a number of fields of knowledge – such as physics, biology, psychology, sociology, law, political science – but also has common elements in all its formulations, it might be better to think of conflict resolution as a transdisciplinary field. It denies the borders that modernity has imposed on knowledge, but not simply by being between (interdisciplinary) existing borders. It also transcends those borders, drawing upon and integrating knowledge and practices from across borders, and thus in important ways calls for a redrawing of the knowledge map.”

¹⁹ Frederick (2005) oferta alguns exemplos de testes contraintuitivos: “A bat and a ball cost \$1.10 in total. The bat costs \$1.00 more than the ball. How much does the ball cost? / If it takes 5 machines 5 minutes to make 5 widgets, how long would it take 100 machines to make 100 widgets? / In a lake, there is a patch of lily pads. Every day, the patch doubles in size. If it takes 48 days for the patch to cover the entire lake, how long would it take for the patch to cover half of the lake?” Se a resposta foi dada intuitivamente, sugere o autor que se refaçam calmamente seus cálculos: a resposta da primeira é \$0,05 (e não \$0,10!); a segunda, 5 minutos (e não 100!); a última, 47 dias (e não 24!). Consistentemente falha a resposta intuitiva.

²⁰ Neste mesmo sentido: “We realize that our recommendations run counter to the implicit trust and confidence that many of us have in our intuition. However, the data is clear: with the use of intuition comes the potential for significant psychological biases that lead to irrationality. By accepting this gift, you can learn to overcome bias and think more rationally during your most important negotiations” (PROGRAM ON NEGOTIATION OF HARVARD LAW SCHOOL, 2013).

muitas vezes uma singela “roupagem nova” de meios não mais alternativos em sua essência (TOMASIC e FEELEY, 1982). Continente novo com conteúdo antigo.

Bem pior, em muitos países onde se abraçou a resolução consensual de conflitos, verifica-se uma gradual captação deste movimento – por advogados, pelo Poder Judiciário ou outros grupos organizados. Danesh *et al* (2012) entreveem nisto a distorção de um movimento inspirado no desejo substantivo e comunitário de criar justiça social, equidade e paz, impondo preocupações rituais e de eficiência, próprias da subcultura jurídica²¹.

Adrede, em estudo acerca do motivo pelo qual a mediação era preferida à Corte, revelou-se que a impropriedade desta e não a propriedade daquela era o que influenciara os envolvidos (TOMASIC e FEELEY, 1982). Noutras palavras, não os méritos da facilitação, mas os deméritos do rito judicialiforme afastavam os jurisdicionados dos Tribunais, a trazer a lume os limites da mediação. E tal constatação descortina um notável problema que qualquer cientista do Direito há de enfrentar: entre o vale das imperfeições e o cume das conquistas, não é simplório avaliar qual dos caminhos – clássico ou alternativo – trilhar.

Problema tangencial aos demais é a precariedade da empíria no Direito. Arieli (2012a) indica como erro capital em qualquer análise de comportamento a teorização anterior à aquisição de dados²².

Há quem advogue que há sim dados estatísticos categóricos da superioridade qualitativa dos meios alternativos, relembando o hercúleo esforço enviado pelo *International Institute For Restorative Practices* (I.I.R.P.) para coletar dados concretos sobre os benefícios da adoção da Justiça Restaurativa (HEIERBACHER, 2012²³).

²¹ Aliás, exigências de celeridade da Justiça provocam, por certo, impactos negativos na mediação. Vale a advertência: “A time-limited mediation suggests a more directive style may be necessary on the part of the mediator. This means the mediator takes a more active role in guiding and moving the process and the communication, but still leaving control over the substance and outcome to the parties” (JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA, 2007).

²² Tomasic e Feeley (1982) assim escreveram: “The lack of adequate cost data is particularly unfortunate with respect to essentially comparable processes, such as litigation and arbitration. Assuming for the moment that arbitration would produce results as acceptable as litigation – a premise that is even more difficult to verify – would cost considerations justify the transfer (at least in the first instance) of some entire categories of civil litigation to arbitration, as has been done in some jurisdictions for cases involving less than a set amount of money? [...] The deficiency of sophisticated data concerning the costs of different dispute resolution processes also extends to the factor of speed.”

²³ “It is true that quantitative measurement hasn’t been a strong suit of the field. It is also true that some of the most significant impacts, such as policy changes, are inherently difficult to quantify. But at this point, enough scholarly research and evaluative work has been done that is possible to pull together a concise statistical glimpse of the kinds of things these projects accomplish. Matt Leighninger, executive director of the Deliberative Democracy Consortium (an NCDD organizational member) has done just that! The DDC fact sheet “Deliberation by the Numbers” is available on the DDC website. On this 3-page document, Matt lists quantifiable results from reports of deliberation projects and surveys, with the sources to the right. A few notable examples: 94% either strongly agreed or agreed that the process would result in better decisions about the city’s budget and goals (Community Forum on Budget Priorities in Bell, CA, Amsler 2012); External political efficacy (the extent to which people feel that government is responsive to their interests) increased by 31% (“United Agenda for Children,” Charlotte, NC, Nabatchi 2007); 75% of the communities report that since the project, decisions about what happens in the community involve more people; 77% report that there are now more partnerships among local community organizations (“Horizons” seven-state project in the Northwest, Morehouse 2009).”

A despeito desta valorosa iniciativa, fato é que substancialmente ainda se restringe a campos tais como o do “*SaferSaner Schools*” em poucos países (Estados Unidos, Canadá e Inglaterra), sendo temeroso, sem cautelas e ajustes, extrapolar conclusões daí extraídas para outras áreas sequer tangentes e de natureza dispar.

Ante a ausência de dados empíricos seguros, questiona-se se o elevado “nível de satisfação” dos mediandos entrevistados, superior ao anotado por partes de processos judiciais, atém-se única e simplesmente ao grau de envolvimento emocional e psicológico dos envolvidos nesta alternativa²⁴.

E não pode ser menosprezada a influência das expectativas sobre tal campo. Ariely (2012b) rememora ramificações curiosas deste mecanismo psicológico que tanto afeta nossas decisões. Em um experimento em que um novo sabor de cerveja era oferecido e avaliado por clientes escolhidos ao acaso em bares, avaliações foram amplamente favoráveis quando antecedidas por sugestivas (e irreais) descrições do produto e, ao revés, duramente pejorativas quando esclarecido que o novo ingrediente era uma generosa dose de vinagre. A experiência foi reproduzida em restaurantes onde pratos continham ingredientes exóticos com resultados semelhantes. Noutro experimento, mediu-se o grau de satisfação de transeuntes ao ouvirem um músico de rua e os de ouvintes de um espetáculo de gala com um célebre violinista, obtendo o último avaliação imensamente mais favorável do que o primeiro, a despeito de, pasme-se, o músico ser o mesmo nas duas situações. Noutro experimento em que se buscava entender o motivo pelo qual medicamentos genéricos produzem efeitos inferiores aos de marcas tradicionais, divulgou-se o mesmo medicamento a preços ora irrisórios, ora absurdamente elevados, obtendo, como era de se esperar, avaliações melhores pelos que inadvertidamente pagaram mais pelo mesmo²⁵.

Em todos os casos, com consistência perturbadora, a expectativa prévia influenciava a avaliação final. E assim também há de ser com aquelas pesquisas qualitativas, cuja credibilidade, portanto, deve ser contextualizada.

Fato é que o efeito placebo, estudado há décadas por profissionais da área biomédica, deturpa avaliações de acordo com expectativas, impactando não apenas o etéreo mundo dos pensamentos, mas também o corpo físico, o metabolismo, a saúde, em uma clara demonstração da importância das expectativas em e para nossas vidas.

²⁴ “Our first reaction to mediation is that mediation’s capacity to produce positive results is more a function of the level of emotional investment than of the subject of a dispute (...) it does seem to us that mediation is more successful in family than neighbourhood disputes, in landlord-tenant than consumer disputes, in dog bite than assault cases. The difference, rather, is between those cases where problems lie close to the surface, on the one hand, and, on the other, disputes that reflect personal scripts, psychic pre-dispositions or social conditions that have become part of an ingrained response to the dispute or the other disputant.” (TOMASIC e FEELEY, 1982, p. 242-246).

²⁵ “[...] not only that beliefs and expectations affect how we perceive and interpret sights, tastes, and other sensory phenomena, but also that our expectations can affect us by altering our subjective and even objective experiences – sometimes profoundly so. [...] 2 mechanisms: beliefs and conditioning (the body builds up expectancy after repeated experiences and releases various chemicals to prepare us for the future) [...] Almost all our participants experienced pain relief from the pill. But when the price was dropped to 10 cents, only half of them did. [...] Most commonly, the patient expects to walk out with a prescription. It is right for the physician to fill this psychic need?” (ARIELY, 2012b).

Não se trata apenas de se entrever a finitude ontológica dos instrumentos consensuais em si. O amplo território em que a medição reina soberana encontra fronteiras inerentes à sua própria topografia. Mapeiam-se, em cada método de facilitação, obstáculos que lhe são naturais, alguns intransponíveis.

Voltando-se os olhos à mediação (colaborativa)²⁶⁻²⁷, várias pedras já foram contra estas jogadas. Já houve, como dito, quem decretasse a morte da neófitia técnica²⁸, enxergando novas linhas de facilitação que haveriam de sucedê-la, superando seus tantos limites. Tomasic e Feeley (1982) elencam “mitos” sobre a mediação: 1- é capaz de lidar com as raízes dos problemas; 2- melhora a capacidade comunicativa dos litigantes; 3- mediadores não são estranhos aos disputantes; 4- mediação não usa coerção; 5- os mediadores resolvem os problemas por si mesmos; 6 – acesso facilitado ao sistema legal; 7- mediandos preferem mediação às cortes; 8- reforça-se o senso de comunidade; 9- mediadores, ao contrário de juízes, pertencem à comunidade e compartilham seus valores; 10- mediação reduz tensão na comunidade; 11- a formação de mediadores não exige longo treinamento; 12- mediação não é burocratizada; 13- adequada a um grande leque de conflitos; 14- mais rápida que a adjudicação; 15- custa menos; 16- mais justa; 17- reduz volume de demandas judicializadas; 18- mais efetiva na redução de reincidência conflitual.²⁹

Se, por um lado, a tese basilar colaborativa de que há sempre um interesse maior a fundamentar posições menores, com a visibilidade destas contrapondo a sutil presença daquele, mostra-se frágil, ante a constatação de que, ainda quando o interesse venha a ser desvendado e até atingido, o conflito muitas vezes possui desdobramentos demasiadamente complexos para uma simplória sessão de mediação descortinar verdadeiramente o que move uma pessoa em conflito³⁰.

²⁶ Assim entendido o método delineado por URY e FISHER (1992), em que, em síntese bastante simplificada, buscam-se construir soluções a partir de interesses e não posições, separando os problemas das pessoas, com valorização da relação entre estas e busca de critérios objetivos para construção conjunta de soluções, tendo por baliza negocial o B.A.T.N.A. (“best alternative to a negotiated agreement”).

²⁷ Conquanto a palavra “mediação” possa remeter ao método colaborativo individual, adota-se aqui acepção mais ampla, isto é, de negociação assistida por terceiro – o que suplanta um ou outro método. Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o “Uniform Mediation Act”, 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”. Assim, mediações colaborativa, transformativa, narrativa, circular, constelar, por artes expressivas, unitária, entre outras, são aqui tidas como espécies do gênero “mediação”, cada qual com características próprias e distintas entre si.

²⁸ “The End is Coming! Brothers and sisters, mediators and facilitators, consensus-builders and collaboration gurus: let us gather down by the river. We have much to discuss, not the least of which is that the end of mediation is upon us. In the words of William Butler Yeats, ‘Things fall apart; the centre cannot hold.’” (ADLER, 2009).

²⁹ Contraponha-se isto ao entusiasmo de Skinner (2010), que lista as vantagens: 1- mediação mantém o controle junto aos disputantes; 2- discrição; 3- custa menos; 4- pacifica realmente a lide; 5- salva relações; 6- acompanha o ritmo das partes; 7- permeável à criatividade; 8- permite transparência posicional; 9- lida com as raízes do problema; 10- é de baixo risco.

³⁰ “Naive understanding of conflict – if special consideration is given to these causes, the conflict can be resolved by an agreement; if the agreement is followed, the social relations will function well and without conflict (...) We do not mean to imply that the universe of interpersonal disputes is split into practical and deep problems and that any fool can easily tell the difference. On the contrary, practical problems may have complicated strands, deep problems can sometimes be helped with surface adjustments, and at the margins one type of problem shades gradually into the other.” (TOMASIC e FEELEY, 1982).

Acresça-se a impropriedade de se buscar mediar colaborativamente conflitos monocêntricos, isto é, aqueles em que um bem escasso constitui, de fato, o objeto da disputa, inadmitindo solução outra em que não haja um vencedor e um perdedor (por exemplo, uma disputa eleitoral para uma única cadeira no Legislativo).

Tudo se torna ainda mais complicado pela constatação de que policentrismos e monocentrismos não são cirurgicamente identificáveis. Não é possível, sempre com alto grau de precisão, separar uns dos outros. Mais do que preto ou branco, há incontáveis tons de cinza. Embora, por vezes, ao disputarem uma laranja, uma parte queira a casca para o bolo e a outra, o sumo para o suco, tantas e tantas vezes as partes desejaram somente e tão somente a mesmíssima coisa, tal como a última boia lançada ao mar para salvar a vida de apenas um dos náufragos.

Some-se a isto tudo a dificuldade de se divisarem entre si interesses e justificadores, que se confundem (e levam à confusão) em profusão, não havendo linha nítida que os divida, a desafiar a percepção arguta dos mediadores e negociadores colaborativos. Neste sentido, justificadores, embora originados de interesses, desvirtuam-se para entrincheirar posições³¹.

Noutro bordo, quando nos extremos de uma situação de conflito, entre o insignificante atrito rotineiro facilmente contornável ou o embate violento ou criminoso, a mediação mostra-se imprópria. Estudos estatísticos demonstram a ineficácia da mediação em face de causas gravíssimas, com acordos usualmente violados³²⁻³³.

Ademais, conflitos em que uma ou ambas as partes estejam intoxicadas ou incapacitadas (por psicopatias graves, por exemplo) são absolutamente incompatíveis com tais meios alternativos, tal como advertem Felstiner e Williams (1978).

Outra ácida crítica que se tece contra a mediação é a de que esta seria imprópria para conflitos em que as partes não apõem qualquer valor ao elo que as une. Assim, ao passo que a mediação serve para melhorar relações, tal ganho, se desprezado pelos envolvidos, não traduzirá qualquer vantagem ou incentivo para que tal meio alternativo seja adotado. Ury e Fischer (1992) afirmam que, quando o custo de explorar interesses é alto demais e cada lado já está protegido por oportunidades competitivas, simplesmente negociar com base em posições pode funcionar satisfatoriamente.

De igual modo, situações em que se anotam abusos relacionais são inadequadas aos meios alternativos. É mesmo essencial que, em protocolo de triagem à mediação, se verifique se hostilidades ou agressões pretéritas permitem a facilitação, inclusive sob o ponto de vista de integridade física dos envolvidos. Girdner (1990) adita que, por conta de medo ou negação, uma sessão de mediação conjunta entre ofendido e ofensor pode ser trágica, ainda que se alcance um acordo. Com uso de atos tão sutis de revitimização que passem eventualmente despercebidos pelo mediador, a aparência

³¹ *Justice Institute of British Columbia*, 2012.

³² Tomasic e Feeley, 1982.

³³ Notável exceção à regra parecem ser as *Gacaca Courts*, frutos de experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação exitosa de processo circular restaurativo a incidentes com violências humanitárias gravíssimas (HASKELL, 2011).

de consensualidade entre os envolvidos pode simplesmente travestir um acordo abjeto fundado, na verdade, em coerção e submissão, em subversão metodológica.

A dinâmica própria da mediação colaborativa individual também possui um flanco aberto ao fenômeno psicológico conhecido como “*groupthink*”³⁴ (quando, em um grupo de pessoas, o desejo por vezes inconsciente de harmonia torna turva a análise realista de alternativas, levando à desastrosa escolha coletiva, com custos negativos primários de perda de criatividade individual, originalidade e independência de raciocínio).

Sobre esta fenomenologia, Page (2007) anota que o compartilhamento de perspectivas em um grupo pode ser tão útil quanto desastroso: embora seja contraintuitivo, a adoção por todos os integrantes de um grupo das “melhores ideias” de apenas alguns (por reconhecimento de sua superior qualidade, ou, pior, por rasa imitação – “*mimicking*” –, insegurança, necessidade de pertencimento ou qualquer outro subgatilho da complexa psique humana) pode ceifar a filtragem crítica do produto final idealizado coletivamente, com sacrifício de criatividade e diversidade de pensamento.

McCormack (1989), entusiasta do modelo adversarial, já há muito alertava que “[*something*] happens to people’s skepticism when they’re gathered in a room with the stated goal of achieving consensus”, como se uma espécie de euforia coletiva fizesse ressonar a opinião cunhada coletivamente, insustentável diante da realidade, em suspensão de julgamento crítico mais rasteiro.

Outra força oculta age em desfavor das partes que usam a mediação: a aversão humana a perdas. Em uma simplória definição, um recorrente estado psicológico pelo qual o ser humano, ao ter como seu algo tangível (como um carro) ou intangível (como o sucesso de uma mediação), buscaria inconscientemente evitar sua dolorosa perda. Ariely (2012a), lembrando que a descoberta de tal fenômeno rendera a Danny Kahneman nada menos que o prêmio Nobel de Economia de 2002, assinala que a aversão a perdas traduz a ideia contraintuitiva de que a miséria de uma perda é maior que a alegria de um ganho idêntico.

Lherrer (2012) e Kahneman (2011) fazem referência a testes aplicados a médicos nos Estados Unidos, da renomada *Harvard Medical School*, em que o mesmo quadro clínico de um paciente era descortinado ora sob aspectos de perda (morte), ora sob aspecto de ganhos (sobrevivência), em alternativas de tratamento que se mostravam diametralmente opostas. E, de forma algo previsível, os profissionais majoritariamente optavam por alternativas diametralmente opostas de acordo com o risco de perda ou a chance de sobrevivência, embora, matematicamente, estas se equivalessem e pudessem ser calculadas em um breve segundo³⁵. É o chamado “*emotional framing*” (em interpretação livre, “emolduramento emocional”).

³⁴ “*Groupthink is a psychological phenomenon that occurs within groups of people, in which the desire for harmony in a decision-making group overrides a realistic appraisal of alternatives. [...] The majority of the initial research on groupthink was performed by Irving Janis, a research psychologist from Yale University. In an influential 1972 book, his original definition of the term was ‘A mode of thinking that people engage in when they are deeply involved in a cohesive in-group, when the members’ strivings for unanimity override their motivation to realistically appraise alternative courses of action.’*” (JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA, 2007).

³⁵ Kahneman (2011) assim detalhou: “*Physician participants were given statistics about the outcomes of two treatments for lung cancer: surgery and radiation. The five-year survival rates clearly favor surgery, but in the*

E não se trata, nem de longe, de uma força isolada. De fato, há muitas outras que moldam, em complexa interação, nossas decisões. Peters e Waterman (1982), em pesquisa das práticas em excelência das melhores empresas americanas, pontuam que a organização racional empresarial conflita com o fato de as pessoas não serem racionais, sujeitas ao que se denomina de “erro de atribuição” (em uma equivocada autoavaliação de habilidades, o sucesso decorre de atos próprios e o fracasso, apesar deles). Em termos corporativos, empresas bem sucedidas são assim percebidas por sua gestão atual e não por fatores pretéritos (quiça já inexistentes) ou por atos alheios, em uma miríade de causas insondáveis e aleatórias.

Tantas outras forças psicológicas ocultas poderiam ser e usualmente são elencadas como obstáculos a qualquer modelo de deliberação, afetando o modo pelo qual nós, seres humanos, decidimos. Calamandrei (2000) como sempre antecipava:

Na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo severo, consegue escapar?

Se tudo antes não bastasse, a mediação colaborativa (aí incluída a construção colaborativa de consenso) sofre críticas também por implicitamente adotar, sem ressalvas, a ideia de que qualquer decisão tomada por mais de uma pessoa seria superior à tomada isoladamente por esta³⁶.

A falibilidade desta ideia ficou evidenciada em “Garry Kasparov contra o Mundo”, jogo de xadrez realizado em 1999, através da rede mundial de computadores, em que Kasparov, com as peças brancas, enfrentou cerca de 50.000 internautas, de mais de 75 países, que decidiam o movimento das peças pretas pela maioria de votos. Após 62 jogadas, o mestre enxadrista venceu (NALIMOV, WIRTH e HAWORTH, 1999).

Mina (2012) resiste à ideia de que a maioria estaria sempre certa, pedra angular da democracia baseada em números (de votos para alcançar a maioria). Sua proposta de uma revolução democrática lastreada em conhecimento pressupõe a inocorrência de acordos pré-votação pela e para a maioria, compartilhando conhecimento com

short term surgery is riskier than radiation. Half of the participants read statistics about survival rates, the others receive the same information in terms of mortality rates. The two descriptions of the short-term outcomes of surgery were: 'The one-month survival rate is 90%'; 'There is 10% mortality in the first month'. You already know the results: surgery was much more popular in the former frame (84% of physicians chose it) than in the latter (where 50% favored radiation)".

³⁶ Page (2007) desafia tal noção, sustentando, ao revés, ser sim cientificamente comprovável que decisões tomadas por grupos superam em qualidade de indivíduos ou grupos com menor diversidade, ainda que com maior quociente de inteligência (Q.I.). Em igual sentido, Corcoran (2011), para quem a riqueza de diversidade do grupo lhe permite decisões e comportamentos qualitativamente superiores.

e da minoria, permitindo-se, pois, a todos a construção coletiva de uma solução qualitativamente superior.

E a distorção matemática usualmente vitimiza votações. Pela combinação matemática de inúmeros votos em cenários diversos, nem sempre a maioria obtém o que a maioria deseja. Por meio de votação estratégica, pode ser subvertida a vontade majoritária. Esta conclusão contraintuitiva, que se chamou de “teorema da impossibilidade”, levou à láurea do prêmio Nobel, segundo o paradoxo de Arrow (1951), quando eleitores possuem três ou mais distintas alternativas, uma votação sem graduação de preferência pode converter subpreferências individuais em preferências primárias coletivas, sem que, de fato, o sejam.

Em um exemplo simplório, se perguntarmos a um grupo de dez pessoas o sabor preferido de sorvete, dando-lhes a oportunidade de votarem em três sem explicitarem grau de preferência, a votação poderá ser subvertida. Por exemplo, mesmo chocolate sendo o sabor por qual nove sejam loucamente apaixonados (com a exceção de um votante que o excluisse de suas opções), morango pode ser a escolha majoritária, se posto como (distante) terceiro por todos, ainda quando somente lá estivesse pela indiferença para com os demais sabores ou quaisquer outros (simplesmente para não deixarem uma opção em branco). E o mesmo pode ocorrer, por evidente, em eleições plurinominais para Procurador-Geral de Justiça³⁷.

A suposta vantagem de tais meios alternativos trazerem à mesa opções para além daquelas que individualmente elucubrassem as partes tem sido alvo de questionamentos à luz do “paradoxo da escolha”. As pessoas são oprimidas por escassez de escolhas, mas também por sua superabundância (FROMM, 1941). Schwartz (2004) aduz que o excesso de escolhas não traz psicologicamente maior liberdade de fazê-las, na medida em que a riqueza de informações gera pobreza de atenção. Lherrer (2012) reverbera tal tese contraintuitiva de que mais informação não é necessariamente melhor, mesmo diante de nossa limitação cerebral cognitiva³⁸.

Por fim, a mediação individual ontologicamente se mostra insuficiente para tratar de temas coletivos. Tofler (1980), já há décadas, afirmava categoricamente que o método individual de mediação era concebido na escala errada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transnacionais, inepto para cuidar de problemas inter-relacionados, inútil para dar conta de altos níveis de diversidade, sendo obsoleto diante da tecnologia.

Inobstante tudo isto, a mediação colaborativa em larga escala também padece de limites que lhe são intrínsecos e que não são poucos.

³⁷ Paulo Junior (2015).

³⁸ *“When making decisions, people almost always assume that more information is better [...] but it’s important to know the limitations of this approach, which are rooted in the limitations of the brain. The prefrontal cortex can handle only so much information at any one time, so when a person gives too many facts and then asks it to make a decision based on the facts that seem important, that person is asking for trouble. (...) this is the danger of too much information: it can actually interfere with understanding. When the prefrontal cortex is overwhelmed, a person can no longer make sense of the situation. [...] sometimes, more information and analysis can actually constrict thinking, making people understand less about what’s really going on.”*

Susskind e Cruikshank (2006), criadores do método de construção colaborativa de consenso ("*Consensus Building Approach*"), reconhecem que há temas que simplesmente não permitem a construção de consenso. Afora obstrucionistas poderem concretamente impedir o sucesso da empreitada, anotam-se obstáculos estruturais e externos ao modelo: alguns temas estão ligados a crenças fundamentais dos envolvidos, não sendo adequada a mediação coletiva; outros, envolvem discussões tão acaloradas que se inviabiliza a discussão coletiva até que os ânimos se aplacem; alguns simplesmente não justificam o custo do esforço coletivo, seja pelo tempo, recursos ou a incerteza de sua eficácia pontual. Tudo sem mencionar a tendência da mídia em abordar negativamente o método de diálogo em massa e a preocupação de um resultado não ser admissível diante da lei.

Também há quem enxergue enormes dificuldades práticas de evitar que um grupo com centenas de pessoas alcance o estágio de *performing*, permanecendo, no mais das vezes, em interminável e cíclico *storming*, com saída e entrada constante de novos atores, a impedir a melhor performance metodológica³⁹.

Há quem não poupe mesmo a inflexibilidade ideológica dos que sustentam ser sempre a mediação ou a construção de consenso a primeira alternativa a se pensar, devendo ser descartada somente quando inepta – adjetivam a participação obrigatória como uma tirania travestida (COOKE e KOTHARI, 2001). "Participação" passa a ter conotações políticas das mais variadas, impondo-se mediante força tecnocrata – pelo que deveria sofrer resistência e não receber invariavelmente acéfalos adesões.

Inúmeros autores ponderam a respeito da perda inútil de tempo, recursos humanos e financeiros para se apor o epíteto "participativo" a conflitos cujo objeto se atém a demandas repetitivas a que são aplicados princípios universalmente adotados em um número considerável de casos idênticos.

Crítica angular é ainda tecida quanto à suposta racionalidade do processo decisório em que se fundam os métodos consensuais. Isto porque a irracionalidade humana é previsível. Ariely (2012b) põe em dúvida o modelo econômico racional, na medida em que comportamentos irracionais não são aleatórios, mas sim sistemáticos e esperados, deflagrados por gatilhos cerebrais e psicológicos que deixam pouco espaço para além das falíveis ferramentas naturais de nossas mentes. Emoções irracionais moldam nossas decisões.

Segundo o S.M.O.R.C. ("*Simple Model of Rational Crime*"), crimes, decisões e desvios de conduta ocorreriam de acordo com uma análise racional de custo e benefício. Em termos psicológicos corriqueiros, o custo (punição) haveria de ser menor que o ganho a nosso próprio favor. Ocorre que, em pesquisas recentes conduzidas para justamente desafiar tal festejado modelo, tem comprovado sua falibilidade.

³⁹ Segundo Tuckman (1965), a dinâmica de grupo se fragmenta em etapas de *forming*, *storming*, *norming* e *performing* (e ainda, *adjourning*). As duas primeiras etapas apresentam baixa produtividade, na medida em que o grupo se amolda e apara arestas, normalizando as interações interpessoais na terceira etapa e apenas atuando em seu estado ótimo na quarta etapa. É dizer: quanto mais rapidamente a coletividade evolui para a última etapa, melhor é seu desempenho.

Ariely (2012c), em sua pesquisa comportamental sobre a desonestidade, desafia aquele modelo: *"Moreover, the results showing that the level of dishonesty is unaltered in the probability of being caught makes it even less likely that the dishonesty is rooted in a cost-benefit analysis."* O fato de que as pessoas tendem a trapacear quando lhes é dada a oportunidade sugere que as forças que governam nosso processo decisório (e nossa honestidade) são muito mais complexas do que aquele simplório modelo racional.

Susskind e Cruikshank (1987), compreendendo o papel fundamental e o impacto irracional de emoções de partes em conflito, sugerem que os participantes precisam reconhecer que suas emoções podem quebrar a lógica decisória, como na armadilha do *one-dollar-auction*⁴⁰.

Lherrer (2012), embora conferindo imensa racionalidade a emoções, atesta a sua influência involuntária e muitas vezes inconsciente em atos diários, simples ou complexos. Todavia, conclui, com lastro no famoso caso clínico do paciente Elliott⁴¹, que emoções são parte essencial de nossas decisões.

Por sua vez, Leighninger (2006) acrescenta que a maioria dos esforços cívicos para construção de diálogo e consenso usualmente falham em atrair participantes, por terem agendas predefinidas e baseadas em estereótipos cívicos. Quase todas as iniciativas enfrentam carência de recrutamento de pessoal e diversidade socioétnica, sobrecarregando e ciclicamente perdendo seu próprio grupo de colaboradores mais próximos.

Tudo sem falar em falta de estrutura física ou financeira para longos termos, com desengajamento crônico e crescente ao longo da construção consensual⁴². Não se pode ficar alheio ao fenômeno do *"socialnomics"*, com a rotina de salas quase vazias de audiências públicas em contrapasso a vídeos virais como o do *"Where the Hell is Matt?"* cujo conteúdo se reduz a uma desengonçada dança executada por

⁴⁰ "In this experiment, the researcher announces to the test group that he intends to auction off a dollar bill to the highest bidder. He also establishes 4 seemingly innocuous ground rules. First, bidding must be proceed in ten-second increments. Second, the highest bidder will win the dollar, but the second-highest bidder must pay the auctioneer the amount of his or her losing bid. Third, bidders are not allowed to communicate with each other during the course of the auction. Fourth, the auction is over when a minute passes without a new bid being made. [...] now, there are bidders not only with an investment in winning, but also with a stake in not losing. [...] how is this relevant to public dispute resolution? The participants in the auction were 'trapped by choice'."

⁴¹ "Patient ELLIOT- neurologist Antonio Damasio - a few months earlier, a small tumor had been cut out of Elliot's cortex, near the frontal lobe of his brain. [...] Elliot felt nothing. How grotesque or aggressive the picture, his palms never got sweaty. He had the emotional life of a mannequin. This was a completely unexpected discovery. At the time, neuroscience assumed the human emotions were irrational. A person without any emotions - in other words, someone like Elliot - should therefore make better emotions. His cognition should be uncorrupted. [...] What, then, had happened to Elliot? Why couldn't he lead a normal life? To Damasio, Elliot's pathology suggested that emotions are a crucial part of the decision-making process. When we are cut off from our feelings, the most banal decisions became impossible. A brain that can't feel can't make up its mind. [...] From the perspective of the human brain, Homo sapiens is the most emotional animal of all. [...] The process of thinking requires feeling, for feelings are what let us understand all the information that we can't directly comprehend."

⁴² Meslin (2010), após discorrer sobre os obstáculos práticos e conjunturais para que a colaboração se concretize, oferece seu "antídoto para a apatia" para um efetivo engajamento, entrevendo como caminho possível ao maior entusiasmo cívico o empoderamento individual, com iniciativa independente de chamado alheio e simplificação de representatividade.

Matthew Harding, com mais de 60 milhões de espectadores, por todos os cantos do mundo (HARDING, 2008).

E também há finitudes dos novos meios tecnológicos para engajamento virtual em massa. Nem mesmo a mais inovadora tecnologia criada na mídia social está livre de limites ou problemas. Anonimato, baixa densidade comunicativa, assimetria espacial, assincronia, falta de estrutura dialógica (seja da plataforma, seja de quem abre o diálogo e não dispõe de pessoal ou recursos suficientes) são apenas alguns dos muitos percalços enfrentados com deliberações *online* (BLACK, 2011).

A complexidade desta nova realidade se descortina para todos, inclusive os operadores do Direito, sendo emblemático o vídeo "*Social Media Video 2013*" (QUALMAN, 2013), cuja visualização faz enxergar a revolução nada silenciosa que toma de assalto diariamente todos os cantos da vida e do planeta. Esta revolução é ali retratada, de forma sintética e arguta, traçando um panorama desconfortante para os que ainda não se deram conta que é hora de largar a caneta tinteiro e abraçar, não sem atraso, os novos instrumentos disponíveis de interação dialógica.

Bittle *et al* (2009) vislumbram também aqui fenômenos psicológicos que alteram substancialmente o conteúdo da discussão virtual. Quando se admite que usuários submetam suas ideias ao crivo coletivo e simultaneamente votem em soluções, o julgamento decisório já começaria comprometido. Estatisticamente, ideias submetidas nos primeiros dias de votações virtuais tendem a ser mais visíveis e obter mais votos, permanecendo no topo, ainda quando não sejam qualitativamente superiores ou mesmo verdadeiramente apreciadas pela maioria. Ainda, ideias similares, mas que sejam votadas em separado, podem dividir entre si o quantitativo de votos recebidos, sofrendo a aparência de menor receptividade do que realmente teriam em conjunto ou se uma delas excluídas da votação.

Comum a todos, aliás, está o fato de que a dinâmica de poder em que estão inseridas e que deve ser enfrentada é tudo menos pueril ou simplória. De acordo com Balmer (2012), "*[a]ltering power imbalance and addressing power dynamics in a mediation process require that the mediator be able to detect and understand how power manifests itself*". Fiss (1984) já há muito lançara objeções contra o uso de *alternative dispute resolution*, sob o argumento central da (ausência de) qualidade do consentimento para a celebração de um acordo pautado especialmente num desequilíbrio de forças (econômica, habilidade negocial) entre os participantes do processo, como produto de coação.

4. Conclusões

Conclui-se que os métodos consensuais de resolução de conflito não guardam consigo solução única infalível para todo e qualquer conflito. Há sim limites aos meios alternativos de resolução de conflito, que, longe de simplórios, são profundamente complexos, sujeitas até mesmo suas bases ontológicas a críticas ácidas e incisivas. A percepção de que a *adequate dispute resolution* seria, sob quaisquer destes aspectos, inexpugnável é de todo irreal, como demonstrado na revisão bibliográfica levada aqui a cabo.

Nada disto, porém, afasta a constatação igualmente importante de que meios consensuais não podem ser descartados enquanto parte integrante e complementar de um todo, de um sistema de resolução de conflito⁴³. A simplória exclusão de meios alternativos por conta de sua falibilidade deveria levar também e por igual motivos à ceifa dos meios judiciais clássicos.

Perfeição não há em nenhum destes. Ao revés, a “polifonia de abordagens”, em mais uma feliz expressão por Duarte e Iorio Filho (2017), é que torna mais rico o sistema resolutivo, que deve comportar, de acordo com o conflito em foco, um meio adversarial ou consensual que lhe seja mais adequado.

Não deve ser a mediação a única via ou sequer obrigatória (WALKER e BELL, 2000). Não se amolda o problema ao método, mas o método ao problema (DANESH *et al*, 2012). Segundo Gewurz (2012), a variedade de meios de processamento de conflito, ainda quando nenhum destes seja infalível, reduz o grau de falibilidade do sistema de resolução de conflito. Noutras palavras, a soma das falibilidades das partes isoladamente consideradas é menor que o produto desta mesma soma, quando em conjunto.

Métodos consensuais de resolução de conflitos são imperfeitos. Inobstante, o sistema de resolução como um todo se torna menos falível, por contar com cada uma de suas variadas partes.

Referências bibliográficas

ADLER, Peter. The end of mediation: An unhurried ramble on why the field will fail and mediators will thrive over the next two decades! *Mediate*, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm>>. Consulta em: 14 abr. 2020.

ARIELY, Dan. *The Upside Of Irrationality: The Unexpected Benefits of Defying Logic*. New York: Harper Perennial, 2012a.

_____. *Predictably Irrational – The Hidden Forces that Shape our Decisions*. New York: Harper Perennial, 2012b.

_____. *The Honest Truth About Dishonesty: How we lie to everyone – especially ourselves*. New York: Harper Collins Publishers, 2012c.

ARROW, Kenneth Joseph. *Social Choice and Individual Values*. New York: John Wiley & Sons, 1951, p. 111. Disponível em: <<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf>>. Consulta em: 20 abr. 2020.

BALMER, Joan. *Dynamics Of Power*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2012.

BITTLE, Scott; HALLER, Chris; KADLEC, Alison. *Promising Practices in Online Engagement*. Center for Advances in Public Engagement. New York: Public Agenda, 2009. Disponível

⁴³ Neste mesmo sentido, MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL (2003).

em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/davenport-institute/content/pa_cape_paper3_promising_mech2.pdf>. Consulta em: 19 abr. 2020.

BLACK, LAURA. *The Promise And Problems Of Online Deliberation*. Ohio: Kettering Foundation, 2011.

CALAMANDREI, Piero. (tradução de Eduardo Brandão) *Eles, Os Juízes, Vistos Por Um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 397.

COOKE, Bill; KOTHARI, Uma. *Participation: The New Tyranny*. New York, US: Palgrave Macmillan Press, 2001.

CORCORAN, Rob. *Trustbuilding - An Honest Conversation On Race, Conciliation And Responsibility*. Virginia, US: University of Virginia Press, 2011.

DA FONSECA PINTO, Adriano Moura; DA SILVA JUNIOR, Sidney Rosa. Políticas públicas de mediação de conflitos em perspectiva comparada a Brasil e Espanha. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 37-58, abr. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/815>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

DANESH, Hossain B.; DANESH, Roshan. *Has conflict resolution grown up? Toward a developmental model of decision making and conflict resolution*. The International Journal of Peace Studies. Volume 7. 2012.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. In: CONPEDI/UFF; Gustavo Silveira Siqueira; Antonio Carlos Wolkmer; Zélia Luiza Pierdoná. (Org.). *História do direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 1-23.

_____. Introdução - a mediação de conflitos como objeto E as suas várias vozes. In: *Mediações: práticas, discursos e reflexões* / [livro eletrônico]; Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Ana Paula Faria Felipe. Delton Meirelles (Org.) — Niterói: PPGSD — Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2017. p. 174.

EUROPEAN PARLAMENT. Tampere European Council 15 and 16 october 1999. Presidency Conclusions. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020

FELSTINER, W. L. F.; WILLIAMS, L. A. (1978). *Mediation as an alternative to criminal prosecution: Ideology and limitations*. Law and Human Behavior, 2(3), 223–244. Reprint. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/BF01039081>>. Consulta em: 08 ago. 2020.

FISS, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection And Decision Making*. Journal of Economic Perspectives, 2005, 19(4), 25-42.

FROMM, ERICH. *Escape From Freedom*. United Kingdom: Farrar and Rinehart, 1941.

GEWURZ, Ilan. *Re-Designing Mediation To Address The Nuances Of Power Imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

GIRDNER, Linda K. *Mediation Triage: Screening For Spouse Abuse In Mediation Mediator. Mediation Quaterly*, vol. 7, nº 04, 1990. San Francisco, Jossey-Bass Inc.

HARVARD LAW SCHOOL. *Strategies for Negotiating More Rationally*. Negotiation Skills, Program on Negotiation, Harvard Law School. Disponível em: <http://www.pon.harvard.edu/?p=34724/?mqsc=E3503954&utm_source=WhatCountsEmail&utm_medium=PON%20Harvard+Negotiation%20Insider%20Tuesday&utm_campaign=Negotiation_Insider_04152013>. Consulta em: 29 abr. 2013.

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>>. Consulta em: 22 abr. 2020.

HEIERBACHER, Sandy. *Deliberation by the Numbers: A DDC Fact Sheet*. Disponível em: <www.deliberative-democracy.net/index.php?option=com_docman&Itemid=92>. Consulta em: 27 ago. 2012.

JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA. *Handling Conflict In Virtual Environments*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2012. 1 ed.

_____. *Resolving Conflict In Group: Effective Team Dynamics*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2007. 2ª ed.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Canada: Doubleday Canada, 2011.

LEIGHNINGER, Matthew. *The Next Form of Democracy*. Nashville, TN: Vanderbilt University Press, 2006.

LHERRER, John. *How We Decide*. Boston: Mariner Books, 2012.

MCCORMACK, Mark. *What They Still Don't Teach You At Harvard Business School – More Notes From A Street-Smart Executive*. Toronto, Canadá: Bantam Book, 1989.

MINA, Eli. Is The Majority Always Right? *Elimina*, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.elimina.com/insights/shared-jun12.html>>. Consulta em: 21 fev. 2013.

MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL. *Reaching Resolution: A Guide to Designing Public Sector Dispute Resolution Systems*. British Columbia, Canada: Ministry of Attorney General, 2003.

NALIMOV, E. V.; WIRTH, C.; HAWORTH, G. McC. (1999). KQKQKQ and the Kasparov–World Game. *ICCA Journal*, Vol. 22, nº. 4, p. 195–212.

PAGE, Scott E. *The Difference: How The Power Of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, And Societies*. Princeton University Press, 2007.

PAULO JUNIOR, José Marinho. *O Poder Jurisdicional de Administrar*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinominal para Procurador-Geral de Justiça. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, RJ (56), 2015.

PETERS, Tom; WATERMAN JR., Robert H. *In Search Of Excellence – Lessons From America's Best-Run Companies*. New York: Warner Books, 1982.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. Os Efeitos Colaterais da Crescente Tendência à Judicialização da Mediação. *Revista Eletrônica De Direito Processual*. Vol. XI. Ano 2013. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/599>>. Consulta em: 11 ago. 2020.

_____. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV*, nº 11, ago. 2012, p. 171-201.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics - How Social Media transforms the way we live and do business*. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

SCHWARTZ, Barry. *The Paradox of Choice - Why More Is Less*. Harper Perennial, 2004.

SKINNER, Alexandria. *Nine Reasons to Mediate Your Conflict*. Disponível em: <<http://02e1cd2.netsolhost.com/wordpressDE/2010/07/25/nine-reasons-to-mediate-your-conflict/>>. Consulta em: 25 jul. 2010.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results*. New York: Oxford University Press, 2006.

_____. *Breaking The Impasse – Consensual Approaches To Resolving Public Disputes*. Basic Books, 1987.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock - The Third Wave*. New York: Bantam Books, 1980.

TOMASIC, Roman; FEELEY, Malcolm M. *Neighborhood Justice – Assessment of an Emerging Idea*. New York: Longman Inc., 1982.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving*. In: 2ª ed. Penguin Books, 1992.

WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. *Justice according to compulsory mediation*. Bar News – The journal of NSW Bar Association. Spring. 2000, p. 7-8.

Referências videofônicas

HARDING, Matthew. *Where the Hell is Matt?* 2008 (4:28). Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zlfKdbWwruY>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MESLIN, Dave. *O Antídoto para a Apatia*. 2010 (7:05). TED Talks. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/dave_meslin_the_antidote_to_apathy/transcript?email>. Acesso em 08 ago. 2020.

QUALMAN, Erik. *Social Media Video 2013*. 2013 (3:51). Youtube. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=x0EnhXn5boM>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Acordo de Não Persecução Penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico¹

Ludmilla de Carvalho Mota*

Sumário

1. Introdução. 2. Acordo de Não Persecução Penal no direito brasileiro. Conceito. Previsão legal. Natureza jurídica. Requisitos. Repercussões jurídicas. 2.1. Conceito. Natureza jurídica. Requisitos. 2.2. Direito subjetivo ou ato discricionário do Ministério Público? 2.3. Propositura do Acordo de Não Persecução Penal. Formalização. 2.4. Acordo de Não Persecução Penal na prisão em flagrante. 2.5. Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos processos criminais em curso. 3. Justiça negocial no Direito alemão. Breve histórico. Conceito de *Absprache*. Normatização. Aplicabilidade. 3.1. *Absprache*: definição. Breve histórico. 3.2. Análise dos parâmetros normativos do *Absprache*. 3.3. Sujeitos do *Absprache*: juiz, Ministério Público, acusado. 3.4. Questões procedimentais. 4. *Plea Bargaining*. Conceito. Análise comparativa com o sistema germânico e brasileiro. 4.1. *Plea Bargaining*: sistematização. 4.2. *Plea Bargaining*. *Absprache*. ANPP: análise comparativa. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo se propõe a realizar, a partir da revisão bibliográfica e jurisprudencial, análise crítica do modelo de justiça criminal negocial introduzido no art. 28-A do Código de Processo Penal pelo denominado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019). Partindo-se da delimitação introdutória do conceito de barganha, desenvolver-se-á estudo das regras normativas e aspectos controversos do Acordo de Não Persecução Penal, alargando a análise com os exemplos germânico do *Absprache* e estadunidense da *Plea Bargaining*. Com base nisso, apresentar-se-á as configurações da nova forma alternativa de persecução penal e questões problemáticas que envolvem a expansão da justiça criminal negocial no ordenamento jurídico brasileiro diante do confronto com premissas essenciais do processo penal de um Estado de Direito. Assim, partindo-se dos exemplos extraídos do direito comparado, apontar-se-á a legitimidade

¹ Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IERBB/MPRJ. Orientador: Prof. José Danilo Lobato

* Mestre em “*Grundzügen des Deutschen Rechts*” pela Ludwig-Maximilians-Universität. Pós-graduada em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IERBB/MPRJ. Graduada em Direito pela UFRJ. Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

da barganha como instituto consensual na justiça criminal, desvelando-se ser possível compatibilizá-la com os princípios decorrentes de um Estado Democrático de Direito.

Abstract

This article proposes to perform, from the bibliographic and jurisprudential review, a critical analysis of the model of the criminal negotiation justice introduced in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure by the so called "Anti-Crime-Package" (Law 13.964/2019). Starting from the introductory delimitation of the concept of bargaining, a study of the normative rules and controversial aspects of the Criminal Non-Prosecution Agreement will be developed, extending the analysis with the Germanic configurations of the new alternative form of criminal prosecution and the American plea bargaining. Based on this, the configurations of the new alternative of criminal prosecution and problematic issues involving the expansion of criminal justice in the Brazilian legal system will be presented in the face of the confrontation with essential premises of the criminal procedure of a rule of law. Thus, starting from the examples extracted from the comparative law, the legitimacy of the bargain as a consensual institute in criminal justice will be pointed out, revealing that is possible to reconcile it with the principles arising from a Democratic State of Law.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, CPP). *Absprache*. Alemanha. *Plea Bargaining*. Justiça negocial.

Keywords: *Non-Prosecution Agreement* (art. 28-A, CPP). *Absprache*. Germany. *Plea Bargaining*. *Negotiating Justice*.

1. Introdução

O acordo de não persecução penal foi introduzido formalmente no Direito Brasileiro pela Lei nº 13.964 de 24.12.2019, substituindo o art. 18, da Resolução nº 181 de 07.08.2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que constituiu a primeira regulamentação acerca do tema. Surgiu em um contexto de revisão da abordagem clássica da Justiça Penal, seguindo a tendência contemporânea de mudança da forma de responsabilização daqueles que infringem leis penais, abreviando o processo de responsabilização penal através do acordo sobre a pena com o infrator.

A morosidade dos processos criminais, o elevado custo econômico e de pessoal, a baixa eficácia dos objetivos da prevenção geral e especial da pena, que em última análise, concretizam prioritariamente a função retributiva, têm conduzido a uma nova orientação de política criminal. Tanto na esfera legislativa quanto judicial, há o movimento de busca por mecanismos mais eficientes e céleres de aplicação da

justiça penal mediante a flexibilização de normas do processo penal clássico para a realização dos fins da responsabilização criminal.²

A justiça penal negocial tem encontrado grande espaço de aplicação em hipóteses nas quais a redução da pena criminal ou a composição visando à reparação dos danos e a imposição de determinados deveres e/ou abstenções revelam-se como adequadas e eficazes à repressão da violação de bens jurídicos penalmente tutelados.

Neste cenário, o direito penal negocial tem ganhado relevo, sendo sua representação mais tradicional a negociação de sentença criminal no sistema americano denominada *Plea Bargaining*, podendo-se citar também o *Absprache*, na Alemanha, e o *patteggiamento*, na Itália. Estes institutos constituem o fenômeno da diversão³, que prevê a aplicação da Justiça Penal de forma diversa do procedimento formal clássico, norteando-se pelo consenso, espelhando um “modelo verde de justiça.”⁴

O objeto deste trabalho consiste na análise da justiça penal negocial no Brasil com foco no Acordo de Não Persecução Penal introduzido no art. 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019, alargando-se a exploração do tema com a abordagem comparativa dos sistemas penais negociais germânico e americano.

A primeira parte do trabalho é dedicada à análise dos contornos legais do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro e às questões controvertidas decorrentes da aplicação prática do novel instituto, como os casos de flagrante delito, caracterização de direitos subjetivos e retroatividade da nova lei.

Na segunda parte colacionamos as experiências do direito penal alemão, expondo o surgimento e evolução da justiça negocial na Alemanha, com sua definição normativa, chegando-se ao conceito de *Absprache*, nomenclatura esta utilizada para designar o acordo no processo penal germânico. Trouxemos à colação as decisões da Corte Constitucional alemã acerca da constitucionalidade da prática negocial e detalhamos a atuação dos atores do acordo, quais sejam, juiz, Ministério Público e acusado. Completamos a análise abordando as questões procedimentais, traçando um paralelo com a estrutura do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, apontando as semelhanças e divergências.

Na terceira e última parte ilustramos a exposição com a abordagem do *Plea Bargainig* americano, definindo seu conceito e demonstrando sua sistematização, para ao final traçar algumas das afinidades e diferenças entre os três sistemas.

Diante da exiguidade do espaço neste estudo, optamos pela análise mais aprofundada do modelo brasileiro, tocando nas questões essenciais do *Absprache* e *Plea Bargainig*. A exploração do tema foi motivada pela inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019 no sistema de persecução penal brasileiro ao institucionalizar o Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A do CPP. Esta mudança é um marco na tradição

² OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11.

³ *Id. Ibid.*, p. 24.

⁴ *Id. Ibid.*, p. 25

da processualística penal brasileira e traz consigo a necessidade de adaptação dos operadores criminalistas a esta nova dinâmica de responsabilização criminal.

Para conduzir a investigação proposta, esta análise valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, intentando realizar uma abordagem dialética e qualitativa, não limitada aos estatutos legais, mas incluindo manifestações doutrinárias e decisões dos Tribunais, no Brasil e exterior, especificamente da Alemanha e Estados Unidos.

2. Acordo de Não Persecução Penal no direito brasileiro. Conceito. Previsão legal. Natureza jurídica. Requisitos. Repercussões jurídicas

O acordo de não persecução penal surgiu inicialmente na prática jurídica brasileira através de um regulamento autônomo⁵ de iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que editou a Resolução nº 181, em 07 de agosto de 2017. Ao prever em seu art. 18 a possibilidade do Ministério Público propor ao investigado acordo de não persecução penal mediante o preenchimento de determinados requisitos, conferiu efetividade ao item 5.1 da Resolução 45/110, de 14.12.1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas, conhecida como Regras de Tóquio, que concedeu ao Ministério Público a possibilidade de deixar de promover a ação penal se houver outros mecanismos que se mostrem eficazes para a promoção da Justiça Penal.⁶ Em dezembro de 2019 o instituto foi introduzido formalmente no direito processual penal brasileiro com a edição da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, que o regulamentou no art. 28-A do Código de Processo Penal.

A seguir passaremos a expor em que consiste o instituto, seus requisitos e repercussões jurídicas.

2.1. Conceito. Natureza jurídica. Requisitos

O acordo de não persecução penal é uma forma de justiça penal negocial introduzido pela primeira vez no Brasil no art. 18, da Resolução CNMP nº 181, de 07.08.2017, com posterior alteração dada pela Resolução CNMP nº 183/2018. Pouco

⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 29.

⁶ Assim dispõe o item 5.1 da Resolução 45/110, de 14.12.1990, da ONU: “Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado”. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 23.

mais de dois anos após, foi incorporado formalmente no direito positivo brasileiro no art. 28-A do Código de Processo Penal, através da alteração realizada pela Lei nº 13.964, de 24.12.2019, sepultando o principal argumento contra a constitucionalidade, que era a infringência ao art. 22, I, da Constituição Federal. Com efeito, uma das maiores críticas era a previsão de transação penal para crimes de médio potencial ofensivo por resolução, sensibilizando os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal,⁷ que por serem de matiz infraconstitucional, deveriam ser excepcionados por lei federal criando hipóteses de aplicação de oportunidade regrada.⁸

Conceitualmente consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado com o objetivo de evitar a persecução penal como é prevista nos arts. 396 e segs. do CPP, bem como a aplicação da pena cominada ao delito, substituindo-a pelo cumprimento de condições estipuladas no acordo. Por questão de espaço, neste trabalho não será tratada de forma aprofundada a anterior regulamentação do instituto dada pela Resolução nº 181/2017 do CNMP, na medida em que com a superveniência da lei, passaram a vigorar as disposições contidas no art. 28-A do CPP. Esclarece-se, igualmente, por questões práticas, que no curso do artigo o Acordo de Não Persecução Penal será referido como ANPP.

O ANPP concretiza a normatização da Organização das Nações Unidas nas Regras de Tóquio, acolhendo a já mencionada recomendação insculpida no item 5.1. Por não ter força vinculante, sendo uma recomendação, caracteriza-se como *soft law*, apta a constranger o Brasil para a implementação da possibilidade de responder aos delitos de baixa e média gravidade através de um sistema de acordo.⁹

A Lei Anticrime, repetindo a disposição do art. 18, da Resolução 181/2017 do CNMP, intitulou o instituto de “Acordo de Não Persecução Penal” no *caput* do art. 28-A do CPP, deixando evidente que manteve a natureza eminentemente negocial do instituto, conforme se depreende dos §§ 4º, 5º e 12 do art. 28-A, CPP. Com efeito, trata-se de um acordo de vontades, em que há concessões recíprocas, na qual o Estado, representado pelo Ministério Público, renuncia à persecução processual criminal e à aplicação da penal tal como cominada ao delito em abstrato, deixando de registrar a culpa na folha de antecedentes criminais do investigado, mediante o compromisso assumido pelo investigado de cumprir condições mais palatáveis do que eventual pena

⁷ Apesar de o CPP não dizer expressamente que adota o princípio da obrigatoriedade, a doutrina entende que o seu art. 24, ao dispor que, nos crimes de ação penal pública, esta “será promovida” pelo Ministério Público, indica um imperativo, ou seja, uma obrigatoriedade (caso evidentemente estiverem presentes as condições e pressupostos processuais e não seja hipótese de arquivamento). Isso é reforçado pelo art. 42 do CPP, que diz que “o Ministério Público não pode desistir da ação penal”, o chamado princípio da indisponibilidade, considerado corolário do princípio da obrigatoriedade.

⁸ POLASTRI, Marcellus. *O Chamado acordo de não persecução penal: Uma tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-mnao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-inna-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 23.

imposta por sentença. Ao acusado cabe a colaboração através do reconhecimento da prática do crime e a aceitação das condições de forma voluntária, sempre mediante a compreensão integral de seus termos, assistido obrigatoriamente por um advogado.¹⁰ Caracteriza-se, portanto, como um acordo de vontades, respaldado na liberdade individual e na autonomia de vontade do indivíduo. Podemos dizer, desta forma, que a natureza jurídica deste instituto é a de um negócio jurídico extrajudicial¹¹, por ser um acordo com repercussão no mundo jurídico celebrado antes da jurisdicionalização da imputação penal, com concessões e obrigações recíprocas, não havendo a imposição de penas.¹²

Para garantir o equilíbrio da relação negocial, o investigado deve ser obrigatoriamente assistido por advogado ou Defensor Público no momento da celebração do acordo (art. 28-A, §§3º e 4º do CPP, assim como a redação do §2º, art. 18, da Resolução CNMP 181/2017), resguardando-se, desta forma, os direitos do acusado. Nesta linha, acrescentamos como requisitos de validade do acordo não expressos na normatização a consciência e voluntariedade, a ausência de vícios de vontade, a compreensão pelo acusado do teor da acusação e a ciência das consequências da aceitação, como o entendimento de que renuncia ao direito de não autoincriminação e a implicação da não utilização dos seus direitos processuais.

É de bom alvitre ressaltar que esta forma de justiça penal negociada obedece a determinados parâmetros, não sendo aplicável a toda e qualquer infração penal. Para que seja implementada, a hipótese em concreto deve se enquadrar nos requisitos especificados pela lei. Portanto, faz jus ao acordo o investigado, não reincidente, que confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 04 anos. Estão excluídos os reincidentes ou aqueles que, embora não reincidentes juridicamente, demonstrarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; quando o acordo não se mostrar como mecanismo suficiente para a reprovação e prevenção do crime; o investigado tiver sido beneficiado nos 05 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração pelo acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; é, ainda, vedado nas infrações em que a transação penal seja cabível, tendo caráter subsidiário à transação penal,¹³ e nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar ou contra a mulher em razão da condição do sexo feminino.

¹⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 27.

¹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 31.

¹² Neste sentido, o Enunciado 25 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ), elaborado pela Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM) (art. 28-A, §§ 6º e 12): "O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência." Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime do Grupo Nacional de Procuradores Gerais, disponível em: <https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/57598468/gnccrim_analiseianticrimejaneiro2020.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

¹³ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Jus Podivm, 219, p. 51 (50-100).

2.2. Direito subjetivo ou ato discricionário do Ministério Público?

Preenchidos os requisitos legais, surge a discussão se o acordo seria um direito subjetivo do investigado. A controvérsia em torno do tema é grande diante da ausência de definição legal, surgindo diferentes posicionamentos, inclusive no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais.¹⁴ Defensores desta tese sustentam que pelo princípio da igualdade o oferecimento do acordo não deve ficar sujeito ao arbítrio do Ministério Público, de forma que todos os que se encontrarem na mesma condição e preencherem os requisitos legais têm o direito subjetivo de ter a oportunidade de celebrar o acordo.¹⁵

Entretanto há que se distinguir arbítrio de discricionariedade. Obviamente, não é dado a nenhum agente público agir arbitrariamente, sem a observância das balizas legais e princípios constitucionais. O direito penal é permeado pelas diretrizes do princípio da proporcionalidade, que compreende a ponderação da necessidade e suficiência das medidas penais, valendo mencionar a subjacente discricionariedade que direciona a administração na aplicação do interesse público e do fim último da utilidade social, através do sopesamento dos critérios de conveniência e oportunidade das medidas. Nesta esteira, quando o *caput* do art. 28-A dispõe que o Ministério Público “poderá” propor o acordo, desde que “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, ratificou que a atuação ministerial é discricionária,¹⁶ dando-lhe margem para apreciação da suficiência da medida no caso concreto em atenção aos fins de prevenção geral e especial do Direito Penal.¹⁷

¹⁴ O Ministério Público do Estado de Pernambuco encampou o ANPP como direito subjetivo do investigado no art. 1º, § 1º, da Recomendação nº 01/2020/PJ, de 24 de janeiro de 2020. Em sentido contrário, ou seja, de que o ANPP não figura como direito subjetivo, cf. MPOG (Ato n.2/2020, art. 2º); MPMS (Rec. 2/2020, art. 1º, §1º), MPSC (Manual de Orientação), MPSP (Enunciado PGJ-CGMP n. 21); MPPI (Ato PGJ 989/2020, art. 3º).

¹⁵ JUNIOR, Américo Bedê Freire. O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações. In: *Acordo de não Persecução Penal*, Cunha, Rogério Sanches e outros, 2ª ed. Salvador: ed. JusPodivum, 2019, p. 336. No mesmo sentido: BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Jus Podivum, 219, p. 63 (50-100); e também JUNIOR, Aury Lopes. In: Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁶ A exemplo da negociação de sentença criminal nos Estados Unidos, os *Principles of Federal Prosecution* americano, dispõem que “o Ministério Público deve considerar o interesse do réu em cooperar naquilo que se persegue contra outras pessoas; o passado criminal do réu e seu eventual remorso acerca do fato; o fato praticado em si e o interesse do réu em ver-se responsável por ele; a importância da resolução rápida do conflito penal naquela circunstância de acordo com o interesse público (inclusive no que diz com efeito para a aceleração do julgamento de outros fatos) e a probabilidade de juízo condenatório ao final do processo; a consequência do acordo frente às testemunhas e às penas potencialmente aplicáveis; os custos envolvidos no julgamento; o efeito sobre possível interesse indenizatório da vítima.” BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 165,166.

¹⁷ O autor Luis Greco bem discorre sobre os escopos da prevenção geral e especial do direito penal: “A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). Mas enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa) hoje ressaltam-se em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva). Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da

Nesta linha de raciocínio, parece-nos que o acordo não é um direito subjetivo do investigado. O Ministério Público, no papel de representante do interesse público, é imbuído de um “poder-dever”, realizando a análise criteriosa acerca da suficiência da adoção desta forma diferenciada de realização da justiça penal, utilizando o juízo discricionário, porém como o dever de fundamentar suas decisões. Mostrando-se o acordo incompatível com as finalidades de prevenção geral e especial da persecução penal, bem como com a personalidade do investigado e seu histórico criminal, o Ministério Público tem o poder-dever de deixar de propor o acordo, externando a justificativa até o momento do oferecimento da denúncia. A doutrina menciona, inclusive, a existência de uma discricionariedade ou oportunidade regrada na medida em que a atuação ministerial deve ater-se à observância dos requisitos mínimos para o oferecimento do acordo. Categorizar o oferecimento da proposta como ato vinculado do membro do Ministério Público contradiz o caráter consensual do instituto, impondo um princípio da obrigatoriedade às avessas.¹⁸ Tal entendimento foi sufragado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ), através da Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM) destinada à análise da Lei Anticrime, ao editar o Enunciado nos seguintes termos: “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.”¹⁹

O órgão de acusação, ao oferecer a proposta de acordo, deve ser criterioso na análise da existência dos indícios de autoria e da justa causa, que seriam igualmente necessários para o oferecimento da denúncia. Em que pese não se tratar de antecipação de pena criminal, as condições a serem cumpridas implicam um ônus ao investigado, de forma que os indícios de autoria e a justa causa constituem conteúdos legitimadores do oferecimento da proposta pelo órgão acusador. Além disso, o §10, do art. 28-A do CPP, prevê como corolário do descumprimento do acordo pelo investigado, o oferecimento da denúncia, subentendendo-se que no momento da celebração do pacto de não persecução criminal, a justa causa e os indícios de autoria já devem se verificar no procedimento investigatório.

pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinquente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa).” GRECO, Luis. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 231,232 (211- 283).

¹⁸ SOUZA, Renée de O; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Jus Podivm, 2019, p.139 (131-171).

¹⁹ Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime, do Grupo Nacional de Procuradores Gerais, p. 06. Disponível em: <https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/57598468/gnccrim_analiseleianticrimejaneiro2020.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020. Assim também se posicionou o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP) do Ministério Público do Paraná ao formular a proposta de protocolo de atuação na Manifestação n. 009, p. 09. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Manif_09_-_lei_anticrime-com_anexos.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

Diante da semelhança do acordo de não persecução penal com o instituto da transação penal previsto no art. 76, da Lei nº 9.099/1995²⁰, no qual há igualmente a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, na medida em que permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória, transacionando com o autor do fato, é possível estender o entendimento já firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 468.161-7²¹, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence ao acordo de não persecução penal. Ao apreciar recurso pretendendo o reconhecimento da legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da transação penal e da suspensão condicional do processo, o Tribunal asseverou que ambos os institutos pressupõem um acordo entre as partes, sendo a iniciativa exclusiva do Ministério Público por ser o titular da ação penal pública. Reconheceu em seguida que a transação penal não representa um direito público subjetivo do autor do fato, mas um ato transacional, no qual o Ministério Público transige quando deixa

²⁰ O art. 76, da Lei nº 9.099/1995 dispõe que „havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

²¹ 22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRIMEIRA TURMA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 468.161-7 GOIÁS - RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE - EMENTA: „Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.” VOTO: “(...) Bem de ver, assim, que não se reserva, aí, espaço a transação sem participação do MP (...) Assim, ao contrário do que manifestado na decisão recorrida, o art. 76 (como também o art. 89) da lei nova não se constitui um direito público subjetivo do réu, porém apenas mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao adotar o princípio da conveniência ou, segundo alguns, o princípio da discricionariedade controlada. A proposta prevista na lei é de exclusivo e inteiro arbítrio do Ministério Público, que continua sendo, por força da norma constitucional, o *dominus litis* da ação penal pública, não podendo ser substituído pelo magistrado, em tal encaminhamento. (...)” Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29227/o-stf-e-a-natureza-juridica-da-sentenca-de-transacao-penal>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SEGUNDA TURMA - HC 129346 / ES - ESPÍRITO SANTO Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 05/04/2016 - EMENTA: “*Habeas corpus*. Penal. Condenação pelos crimes de lesão corporal (CP, art. 129) e desacato (CP, art. 331). Dosimetria de pena. Fixação da pena-base do crime de desacato acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Alegado *bis in idem*. Não ocorrência. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Não cabimento. Fundamentada recusa do Ministério Público em propor o benefício. Aceitação da recusa pela autoridade judicial. Possibilidade. Precedentes. Natureza de transação processual da suspensão condicional do processo. Inexistência de direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Precedentes. (...) 5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissentiu o aresto ora questionado. 6. É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 28/11/11). 7. Ordem denegada.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TRANSACAO+E+PENAL+E+DIREITO+E+SUBJETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/u26yplp>>. Acesso em 15 fev. 2020.

de oferecer denúncia e o autor do fato quando aceita o cumprimento das condições da transação penal para a obtenção da extinção da punibilidade.²²

2.3. Propositura do Acordo de Não Persecução Penal. Formalização

O legislador registrou no *caput* do art. 28-A do CPP que “não sendo caso de arquivamento” o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Desta forma, indicou que o momento adequado para a realização da proposta ocorre quando o Ministério Público se convence da suficiência das provas coligidas na investigação para o embasamento da denúncia, seja no bojo do inquérito policial ou procedimento investigatório criminal, este instaurado no âmbito do Ministério Público. A presença da justa causa que embasaria o oferecimento da denúncia também deve estar presente na celebração do acordo, sob pena de a falta do respaldo probatório conduzir ao frustrante desfecho da recusa da homologação judicial.²³

A formalização do acordo de não persecução penal como prevista inicialmente na Resolução nº 181/2017, com a alteração da Resolução 183/2018, recebeu críticas por ter mantido o acordo e seu cumprimento na esfera interna do Ministério Público, deixando de prever a validação judicial do acordo. O § 4.º do art. 18 da Resolução 181/2017, modificado pela Resolução 183/2018, silenciou quanto à homologação judicial do ajuste, dispondo de forma singela que seria tão somente submetido à “apreciação judicial.” E o respectivo § 5.º dispôs que se o “juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.” Ao juiz restava apenas uma análise prévia do termo já pactuado, ou seja, antes do início de seu cumprimento, mas a efetivação dele e o acompanhamento do cumprimento das condições acordadas continuariam sob a responsabilidade do Ministério Público, não havendo qualquer conduta judicial própria destinada a uma jurisdicionalização do procedimento. Por outro lado, se o juiz considerasse o acordo incabível e/ou as condições inadequadas ou insuficientes, só lhe restava remeter os autos ao Procurador-Geral do Ministério Público ou órgão superior responsável por sua apreciação, com fulcro no art. 28 do CPP. Se o Procurador-Geral ou outro órgão superior interno do *Parquet* entendesse que o acordo deveria ser mantido nos exatos termos, o acordo seria executado independentemente de homologação ou concordância do magistrado. Cumpridas as condições, conforme prevê a Resolução 181/2017, seria promovido o arquivamento dos autos.²⁴

²² MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e a natureza jurídica da sentença de transação penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3990, 4 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29227/o-stf-e-a-natureza-juridica-da-sentenca-de-transacao-penal>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

²³ No mesmo sentido: Manifestação n. 009 do Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP) do Ministério Público do Paraná, p. 11. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Manif_09_-_le_antirime-com_anexos.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

²⁴ POLASTRI, Marcellus. O Chamado acordo de não persecução penal: Uma tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-mnao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Estas redações respaldaram críticas acerca da constitucionalidade do instituto por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ante a falta de jurisdicionalização do procedimento, inexistindo, assim, o devido processo legal.

Sob este aspecto, a nova Lei nº 13.964/2019 pôs termo à discussão que questionava a constitucionalidade do acordo, na medida em que, ao contrário do que previam as Resoluções nº 181/2017 e 183/2018 do CNMP, a formalização e fiscalização do cumprimento do acordo não ficaram restritas à esfera interna do *Parquet*. A jurisdicionalização do acordo, nos termos do §4º, art. 28-A, do CPP, ocorre antes da sua finalização. Após avençar as cláusulas do acordo com o investigado, o Promotor de Justiça deve solicitar ao juiz criminal a designação de audiência, na qual será controlada a legalidade das cláusulas do acordo e a voluntariedade do investigado. O juiz poderá recusar a homologação do acordo caso não atenda aos requisitos legais ou se vislumbrar cláusula inadequada, insuficiente ou abusiva, nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 28-A, do CPP.

À luz dos princípios da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório, o controle judicial do acordo não deve adentrar no mérito ou no seu conteúdo. O magistrado não pode reformular ou alterar cláusulas. Por esta razão, a homologação judicial não tem natureza condenatória, mas sim declaratória, através da qual o magistrado reconhece judicialmente a legalidade, adequação e suficiência das cláusulas.²⁵ Este ato de ratificação judicial confere eficácia ao acordo, que é o último degrau da chamada “Escada Ponteana” de Pontes de Miranda²⁶. Empresta-se aqui os requisitos de existência e validade do negócio jurídico extraídos do art. 104 do Código Civil. Para que um contrato exista juridicamente, é necessário que haja o agente, objeto, forma e vontade. O negócio jurídico é válido sendo o agente capaz; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; a forma prescrita ou não defesa em lei e a vontade livre, consciente e voluntária. A produção de efeitos ou a eficácia do ANPP está submetida a um termo, aqui, o momento da homologação judicial. Desta forma, o juiz deixou de ser apenas um fiscalizador do acordo, passando a atuar de forma ativa por lhe incumbir, com a nova lei, o papel de conceder eficácia ao negócio celebrado.

2.4. Acordo de Não Persecução Penal na prisão em flagrante

A lei não especificou, no entanto, o momento da realização da proposta de não persecução penal quando o autor do fato tiver sido preso em flagrante delito, hipótese em que o indiciado deve ser apresentado de imediato para a audiência de

²⁵ Neste sentido, o Enunciado 24 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPG): “A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.” Disponível em: <https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1974, t. III, p. 15-14.

custódia. Dispõe o art. 310, *caput*, do CPP, que no prazo máximo de até 24 horas, após a realização da prisão, o juiz deve promover a audiência de custódia na qual devem participar o acusado, seu advogado ou Defensor Público e o membro do Ministério Público. O §7.º do art. 18 da Resolução 181/2017, modificado pela Resolução 183/2018, previa expressamente a possibilidade da celebração do ANPP na audiência custódia, tendo a lei, no entanto, silenciado a respeito.

Vale esclarecer que as audiências de custódia foram inicialmente previstas na Resolução CNJ nº 213, de 15.12.2015, e cerca de três anos após, introduzidas no art. 310, *caput*, do CPP pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), juntamente com o ANPP. A finalidade é a realização da análise da regularidade da prisão em flagrante e da atuação policial, controlando a legalidade e necessidade da prisão e incolumidade física do conduzido.²⁷ A questão que se coloca é se seria viável o oferecimento do ANPP na própria audiência de custódia ou se deve ser relegado para o momento em que o Promotor receber o auto de prisão em flagrante para o oferecimento da denúncia.

A dificuldade está na exequibilidade prática de ambas as hipóteses, em que pese não haver, a princípio, impedimento jurídico para que ocorra em um ou outro momento. A formulação do acordo na audiência de custódia encontra, a princípio, óbice na exiguidade e no imediatismo do ato, não havendo tempo hábil para no prazo de até 24 horas reunir as certidões e documentos necessários para a comprovação dos requisitos objetivos previstos no art. 28-A, §2º, incisos I a III, do CPP, assim como para avaliar a suficiência do acordo como meio de reprovação e prevenção do crime. Além disso, exige o dispêndio de tempo para a elaboração por escrito de documento contendo seus termos a serem apresentados na audiência, na qual devem ocorrer as discussões acerca dos termos do acordo, culminando com a aceitação ou não do acusado.

De acordo com dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2018 foram realizadas 19.180 audiências de custódia nas 03 centrais do Estado do Rio de Janeiro (Benfica, na cidade do Rio de Janeiro, Volta Redonda e Campos dos Goytacazes).²⁸ O grande volume das audiências de custódia coloca em dúvida a viabilidade da preparação e formalização do ANPP nas centrais de audiência de custódia, bem como a garantia dos princípios que tornam a prática legítima, como o direito à informação plena e à assistência jurídica integral, que dada à complexidade da decisão para o leigo, são requisitos essenciais para que a manifestação de vontade do acusado seja autônoma e livre de equívocos e, portanto, juridicamente válida.

Outro questionamento gira em torno do princípio do promotor natural²⁹, na medida em que a análise da suficiência e adequação do acordo, bem como da justa

²⁷ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

²⁸ Consultor Jurídico. Justiça do Rio de Janeiro triplica audiências de custódia em 2018. Publicado em 17.01.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/justica-rio-janeiro-triplica-audiencias-custodia-2018>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

²⁹ O Princípio do Promotor Natural encontra amparo constitucional no art. 128, § 5º, I, b, da CF/1988, quando preceitua acerca da garantia da inamovibilidade, regulamentado no art. 38, II, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993). O art. 5º, inciso LIII, da CF empresta consistência ao princípio do promotor natural ao dispor que “ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente”. Corolário

causa cabe, ao Promotor de Justiça com atribuição para a formação da *opinio delicti* e, por conseguinte, para a apreciação da adequação e cabimento do acordo, sob pena de violação do princípio do promotor natural e, tangencialmente, do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LII da Constituição Federal. Sendo as audiências de custódia realizadas por juízes plantonistas ou em Centrais de Audiência de Custódia, a exemplo do Estado do Rio de Janeiro, a formalização do acordo nesta constelação não estaria em consonância com o comando constitucional do juiz natural.³⁰

Após a audiência de custódia, o auto de prisão em flagrante é encaminhado à Vara Criminal competente, tendo o Promotor de Justiça o prazo de 05 (cinco) dias para oferecer a denúncia, na forma do art. 46 do Código de Processo Penal, sob pena de relaxamento da prisão. Mais uma vez a exiguidade temporal representa um desafio para a formalização do acordo. Para evitar a soltura do investigado após o prazo de 05 dias para o oferecimento da denúncia, neste prazo exíguo, deve se dar a audiência prevista no §4º do art. 28-A, do CPP, na qual será realizada a oitiva do investigado na presença do seu defensor.

Verificada sua voluntariedade e a legalidade das cláusulas, o acordo será judicialmente homologado.

Em qualquer caso, quando o investigado se encontrar privado de sua liberdade na formalização do ANPP, a cautela deve ser redobrada. Neste contexto, é grande a possibilidade do investigado consentir com o acordo e seus termos, confessando o crime com o único propósito de obter sua soltura imediata, sem pretender de fato cumprir as condições do acordo. De outro giro, a privação da liberdade pode constituir um fator de pressão que leve o investigado a celebrar o acordo e a confessar a prática do crime, ainda que não concorde integralmente com seus termos, apenas movido pelo desejo de estar em liberdade de imediato.³¹ Resta ao Ministério Público e ao magistrado, portanto, avaliar no caso concreto a pertinência do acordo estando o investigado preso para evitar o descrédito no emprego da justiça penal alternativa.

2.5. Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos processos criminais em curso

Questão controvertida refere-se à aplicação do acordo de não persecução criminal aos processos criminais iniciados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019.

deste princípio é que a designação do Promotor com atribuição para atuar no processo deve ser anterior ao fato. Há vozes que entendem ser o princípio do promotor natural extensão do princípio do juiz natural. Como não há previsão expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos do princípio do promotor natural, pode-se afirmar que o mesmo consta de forma implícita, por decorrer do postulado do juiz natural. MACHADO, Diego Pereira. *Princípio do Promotor Natural*. Disponível em: <<https://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121933145/principio-do-promotor-natural>> Acesso em: 23 fev. 2020.

³⁰ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 66 (50-100).

³¹ 32 SCHÜNEMMAN, Bernd. The system of penal prosecution: problematic aspects. *Revista IUSTA*, Bogotá, Colômbia, fascículo nº 27, ISSN impresso 1794-3841, ISSN online: 2422-409X, p.111-125, 2007. Disponível em: <<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3036>>. Acesso em 25 fev. 2020.

A Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ) firmou o entendimento no Enunciado 20 de que se aplica enquanto a denúncia não for recebida, dispondo que: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”³² A nosso sentir, esta posição está em consonância com o escopo da lei e com a própria essência do instituto. Em se tratando de um instrumento destinado a abreviar e acelerar o processo de responsabilização penal mediante a renúncia à persecução processual penal, a propositura do acordo de não persecução após o início da instrução processual implica o desnaturamento do próprio instituto.

Frise-se que com relação ao momento da propositura do acordo, o legislador registrou no *caput* do art. 28-A, do CPP, “não sendo caso de arquivamento”, indicando, assim, que a propositura do acordo se dá quando a investigação criminal é concluída, seja no bojo do inquérito policial ou procedimento investigatório criminal instaurado no âmbito do Ministério Público.

Entretanto a questão está longe de ser pacífica ante o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e a natureza híbrida do instituto, por conter aspectos de direito material e direito processual.³³ A conotação penal decorre do art. 116, inciso IV, do Código Penal, que passou a prever o ANPP como uma das causas impeditivas da prescrição. Outro aspecto de natureza penal foi a criação de mais uma hipótese de extinção da punibilidade penal, no §13, do art. 28-A, do CPP. Com efeito, após o cumprimento integral do acordo, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade. A Lei Anticrime deu um passo à frente, pois, na Resolução nº 181/2017, do CNMP, foi possível estabelecer no §11, art. 18, o mero arquivamento da investigação sem declaração expressa de extinção da punibilidade, dado que apenas lei em sentido formal poderia prever esta repercussão jurídica.

Com efeito, o princípio do *tempus regit actum* rege a lei processual penal, dando-lhe aplicação imediata.³⁴ Decorre deste comando a irretroatividade da lei de cunho processual.³⁵ Esta regra foi justificada de forma pontual pelo professor Júlio Fabbrini, ao aduzir: “o fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.”³⁶

Na hipótese das normas mistas, que possuem conteúdo concomitantemente penal e processual, surge uma antinomia entre o princípio da aplicação imediata da

³² Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime. Grupo Nacional de Procuradores Gerais. Disponível em: <https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 14. fev. 2020.

³³ TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. *Código de Processo Penal para Concursos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 11.

³⁴ Art. 2º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume I, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

³⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 58.

norma e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, previsto no art. 5, inciso XL, da Constituição Federal.

Na doutrina há diferentes posicionamentos, havendo autores que defendem inclusive a retroatividade tanto da norma híbrida, quanto da lei processual propriamente dita mais benéfica.³⁷ Esta posição minoritária sustenta que a lei processual deve acompanhar a retroatividade da lei penal mais benéfica.

A solução que ganhou maior adesão da doutrina e jurisprudência propõe uma solução intermediária com enfoque no aspecto material da norma. Nas palavras do professor Nestor Távora:

Se for benéfico, retroagirá, e a parte processual da lei terá aplicação a partir da sua vigência, já que os atos processuais eventualmente já praticados reputam-se válidos (...) sendo maléfico, não há retroação, e a parte processual da lei só é aplicada aos crimes ocorridos após a sua entrada em vigor, ou seja, nenhum aspecto da norma é aplicado aos delitos que lhe são anteriores.³⁸

Este entendimento foi retratado na jurisprudência, que representa quase a unanimidade do tratamento dado às medidas despenalizadoras pelos Tribunais pátrios, como na aplicação da transação penal, da suspensão condicional do processo e da ação penal pública condicionada à representação (arts. 74, parágrafo único, 76, 88 e 89, da Lei nº 9.099/1995) aos fatos ocorridos antes da vigência da lei que os instituiu. Assim, em institutos dotados de normas materiais e mistas, entende a jurisprudência ser possível conciliar a aplicabilidade imediata da norma processual com a retroatividade da lei penal mais benéfica.³⁹

O ANPP é uma medida despenalizadora, instituído em norma de natureza mista. Aplicando o entendimento dos Tribunais pátrios sustentado em institutos semelhantes como a transação penal, prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/1995, seria

³⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 214.

³⁸ TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. *Código de Processo Penal para Concursos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 11.

³⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 10 DA LEI N.º 9.437/1997. AÇÃO PENAL INICIADA ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 10.259/2001, QUE AMPLIOU O ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO.

I - No que se refere às disposições do art. 90 da Lei n.º 9.099/1995 e do art. 25 da Lei n.º 10.259/2001, as normas de natureza penal ou mista que beneficiarem o acusado devem retroagir em observância ao art. 5º, LX da Constituição Federal. As normas de natureza eminentemente processual não retroagem, devendo a essas ser aplicado o princípio *tempus regit actum* (art. 2º do CPP). II - O Pretório Excelso tem entendido que, em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, uma vez iniciado o processo na jurisdição ordinária, deve nela permanecer, até mesmo para fins de recurso, em razão do disposto nos arts. 25 da Lei n.º 10.259/2001 e 90 da Lei n.º 9.099/1995 (Informativo n.º 361 - STF). Writ denegado, com recomendação. (STJ, HC 36783/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, jul. em 03/02/2005, publicado em DJ 07/03/2005, p. 297)

possível cindir a norma, retroagindo os preceitos de natureza penal benéficos ao investigado, tendo a parte processual aplicabilidade a partir da vigência da lei.

Cabe à doutrina e jurisprudência acertar a conciliação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica com a natureza e finalidade do ANPP. Por ser uma medida despenalizadora, com o escopo de afastar a persecução penal na forma prevista na legislação processual, seria um contrassenso admitir a retroatividade da lei nos casos em que já houver sentença condenatória com trânsito em julgado. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal⁴⁰, dispor que a lei posterior que favorece o agente é aplicável aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitado em julgado, esta norma deve ser interpretada à luz do *caput* do mesmo artigo, que se refere à norma penal pura definidora de condutas penais. A interpretação hermenêutica sistêmica, neste caso, afasta a aplicação literal e isolada do parágrafo único do Código Penal às normas penais mistas. Caso contrário, geraria extrema insegurança jurídica o descrédito na Justiça e, no caso do ANPP, a piora da prestação jurisdicional ante o imenso volume de sentenças que seriam tornadas sem efeito, com a devolução dos autos ao Ministério Público para a celebração dos acordos.

Em que pese não ter sido previsto no art. 28-A, do CPP, o marco temporal para a realização do ANPP em relação aos fatos anteriores à vigência da lei, mostra-se razoável estabelecer o limite até o oferecimento da denúncia, como previsto no Enunciado 20 do GNCCRIM do CNPG. Outro argumento que fundamenta esta decisão consiste no veto ao *Plea Bargain* que estava previsto no projeto de lei do pacote anticrime e previa a possibilidade de negociação da pena após a deflagração da ação penal com o oferecimento da denúncia. Em substituição, os deputados aprovaram a proposta do ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, que vem a ser o atual ANPP, deixando claro o intuito de não transacionar no curso do processo.⁴¹

Buscando harmonizar a antinomia entre a *mens legis* do ANPP e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, podem surgir vozes estendendo a possibilidade da formalização do acordo aos processos criminais nos quais a denúncia tiver sido recebida com fulcro no art. 396, do CPP, quando da entrada em vigor da lei, estando ainda na fase das alegações preliminares, pois, neste caso, não houve o início da instrução processual. Caso o réu declare seu interesse na celebração do acordo de não persecução criminal antes do recebimento em definitivo da denúncia com fulcro no art. 399, CPP, e preencha os requisitos, a pedido do Ministério Público, caberá ao juiz designar a audiência prevista no §4º do art. 28-A, do CPP, para o oferecimento da proposta e homologação do acordo. Sendo este homologado, a denúncia seria, por conseguinte, rejeitada.

⁴⁰ Art. 2º do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

⁴¹ Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50673251>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Ainda aqui esbarra-se no comando do art. 42 do Código de Processo Penal, segundo o qual “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e, por conseguinte, o art. 576, do CPP, veda ao Promotor de Justiça a desistência de recurso que haja interposto. Com efeito, a realização do acordo durante o processo já deflagrado pelo Ministério Público implica obrigatoriamente a desistência da ação penal, contrariando norma infraconstitucional expressa. Neste aspecto, faltou ao legislador a sensibilidade de estabelecer uma regra de transição acerca da aplicabilidade do ANPP aos processos criminais em curso.

A aplicação do instituto deve ser norteada pelo fundamento criador da norma, qual seja, proporcionar maior eficácia e celeridade à aplicação da lei penal. Embora possibilite ao investigado a oportunidade de arcar com sua responsabilidade penal de forma mais branda, não constitui por este motivo direito subjetivo do acusado a ensejar sua aplicação a qualquer tempo no processo criminal em tramitação. Não se pode deixar de considerar que, excetuada a conduta culposa, o investigado optou voluntariamente por infringir leis penais, violando bens jurídicos de terceiros, devendo, assim, submeter-se à atuação imperativa do Estado na sua função de defesa e proteção do corpo social. O ordenamento jurídico penal é instrumento de proteção social contra ímpetus criminosos, seja através da prevenção geral e especial ou da repreensão do ato criminoso. O acordo de não persecução penal não foi instituído com o intuito *prima facie* de beneficiar o acusado, mas sim de dar maior eficácia ao sistema de justiça penal. As vantagens previstas ao infrator são consequência da essência do instituto, vez que, por ser um negócio jurídico, o Estado tem que flexibilizar a aplicação da lei penal para viabilizar a formalização do contrato, que por sua natureza implica concessões recíprocas.

Ante estas considerações e tendo em vista que não é um direito subjetivo do investigado, o princípio da aplicação da lei penal mais benéfica não deve ser aplicado aos casos com a instrução criminal finda ou nos processos sentenciados.

As antinomias e questões sensíveis decorrentes do uso dos acordos penais, como os efeitos da confissão, a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, os efeitos do acordo, entre outras, podem ser clareadas através da compreensão dada à prática negocial penal nos demais países, podendo-se citar a Alemanha com o “*Absprache*” e os Estados Unidos “*Plea Bargaining*”. Por esta razão, passa-se a seguir à análise do paradigma alemão.

3. Justiça negocial no Direito alemão. Breve histórico. Conceito de *Absprache*. Normatização. Aplicabilidade

Diante da afinidade principiológica dos ramos do Direito Penal e Processual Penal entre Brasil e Alemanha, a exposição da experiência alemã nos acordos penais é de grande contribuição para a análise do nosso sistema, em especial por ter ocorrido inicialmente de forma informal nos dois países. Em que pese o alinhamento de ambos

ao sistema do *Civil Law*⁴², e estejam atrelados, portanto, ao princípio da legalidade, coincidentemente iniciaram a prática dos acordos penais sem que houvesse previsão legal, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal no contexto do sistema acusatório.

Passamos a expor a evolução dos acordos penais na Alemanha, com a abordagem dos seus contornos normativos e aplicabilidade.

3.1. *Absprache*: definição. Breve histórico

No direito alemão foram adotadas predominantemente as denominações *Absprache* (barganha) ou *Verständigung* (entendimento)⁴³ para designar os acordos entre acusação e defesa para a imposição antecipada de uma sanção penal. Conceitualmente é um mecanismo que exige a renúncia à defesa através da aceitação pelo réu da acusação, mediante sua confissão, recebendo em troca algum benefício, em regra, a redução da pena.⁴⁴ Nesta medida, por ser um acordo no curso do processo penal e por exigir a ausência de oposição à acusação, assemelha-se mais ao *nolo contendere* americano⁴⁵, na medida em que a confissão tem mais o formato de uma não contestação à imputação penal feita pela acusação.⁴⁶

Não há o registro exato do início da prática dos acordos penais na Alemanha por terem surgido de forma velada, inicialmente em delitos menores, passando, com o tempo, a serem feitos até em crimes com violência. A prática foi divulgada em 1982 em um artigo anônimo, quando se iniciou a discussão pública acerca deste sistema⁴⁷, e continuou a ser empregada de forma crescente, a despeito da inexistência de regulamentação.

Em 1987 a Corte Federal Constitucional alemã se pronunciou declarando que os acordos penais não eram inconstitucionais. Para a Corte, o ponto nodal da análise da constitucionalidade era garantia ao acusado de um julgamento justo. Sentenciou reconhecendo que os acordos penais estavam sendo realizados dentro de parâmetros

⁴² Em contraponto ao sistema do *Common Law*, nos países regidos pelo *Civil Law*, os juízes aplicam as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, não lhes sendo permitido criá-las. O seu papel é a aplicação e interpretação das leis oriundas do Legislativo. Os Tribunais não são as fontes primárias do direito, ou seja, as decisões dos Tribunais e precedentes não criam leis, mas podem ser usados como parâmetros de interpretação do direito positivo. DICKSON, Brice. The ECHR's Influence on Convergence between Common Law and Civil Law Systems. In: NOVAKOVIC, Marko (Org.). *Common Law and Civil Law Today*. Delaware, USA: Vernon Press, 2019, p. 265.

⁴³ TURNER, Jenia I. *Plea Bargaining Across Borders*. New York: Aspen, 2009, p. 74.

⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2014, p. 56-63.

⁴⁵ *Nolo contendere* ocorre quando o réu não admite expressamente a culpa, optando apenas por não contestar a acusação. BACIGAL, Ronald J.. *Criminal Law and Procedure: An Overview*. 3ª ed., New York: Delmar Cengage Learning, 2008, p. 281.

⁴⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

⁴⁷ LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015, p.11.

justos, nos quais a confissão era reputada como benéfica.⁴⁸ Em sua decisão firmou, inclusive, o entendimento de que o dever do Judiciário de prestar informação e os fundamentos da pena eram de caráter disponível.⁴⁹

Neste período, a confissão já figurava como necessária para a viabilidade do acordo. Por abreviar o processo e a dilação probatória, em contrapartida havia o compromisso do Judiciário da delimitação da pena que seria imposta. Diversamente do caso brasileiro, o acordo não visava evitar a persecução penal, tanto que a negociação deveria ocorrer no curso do processo.⁵⁰

Em 1997, a Corte Suprema Alemã (*Bundesgerichtshof*) realizou mais uma vez o controle da constitucionalidade e decidiu pela admissibilidade dos acordos nos processos penais. Surgiram os primeiros contornos para a formalização do acordo nominado “*Absprachen*” ou “*Verständigung*” que, em analogia à suspensão condicional do processo prevista no §153a do StPO (Código de Processo Penal alemão), admitiu a realização de acordos acerca do resultado final do processo.

Os parâmetros prescritos pela Corte Suprema Alemã consistiam na realização do acordo em audiência judicial, com a presença de todos os envolvidos, ou ao menos, a ratificação em audiência, e o posterior registro por escrito da conclusão final das partes. A confissão, reputada como atitude de colaboração do acusado na redução do prazo de duração do processo, favorecia o acusado na aplicação da pena, que por seu turno, não poderia ser antecipada pelo magistrado. Assim como no direito brasileiro, a confissão constitui mais um elemento de prova, não podendo isoladamente definir a culpa do réu (art. 102, n° 1, da Lei Fundamental alemã)⁵¹. Mesmo diante da confissão, deveria haver a corroboração dos fatos por outros elementos, mantendo o dever do Tribunal de chegar à verdade material. O acordo deveria também guardar proporção com a culpa do acusado na prática do delito, não sendo admitida a negociação do conteúdo da imputação. O magistrado estava vinculado à pena máxima em abstrato cominada e vigorava a proibição de ameaça de imposição de pena elevada ou a promessa de concessão de vantagens não previstas em lei. A Corte determinou a proibição de renúncia ao direito de recorrer antes da ciência do teor da sentença.⁵² A partir de então, os acordos passaram a ser respaldados pela decisão do Tribunal Federal Alemão, estando, porém, ainda ausente a normatização por lei.⁵³

⁴⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução n° 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro da Fonseca (Orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. 2ª ed. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 255 (232 a 279).

⁴⁹ LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015, p.11.

⁵⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução n° 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro da Fonseca (Orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. 2ª ed. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 255 (232 a 279).

⁵¹ *Id. Ibid.*, p. 256 (232 a 279).

⁵² LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015, p.12.

⁵³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução n° 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro da Fonseca (Orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. 2ª ed. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 255 (232 a 279).

Os acordos acerca da punição a ser aplicada, com a concordância do acusado, ocorreram de forma informal na prática judiciária alemã até 2009, quando o *Absprache* foi introduzido formalmente no §257c do StPO, mantendo as diretrizes da jurisprudência. Traço distintivo da prática brasileira, na qual não é dado ao juiz interferir nas cláusulas, é o envolvimento direto do juiz nos acordos (§257c, n°1, do StPO), conduzindo-os com o objetivo primordial de controlar confissões sem embasamento probatório (*Formalgeständnis* ou *schlankes Geständnis*). E para que este controle seja possível, os acordos só ocorrem após o oferecimento da acusação.⁵⁴

Assim o é pelo fato do processo penal alemão ser marcado pela primazia do juiz na condução do processo, que pode interferir inclusive na produção probatória. Após o oferecimento da acusação, o juiz passa a ser o protagonista do processo, podendo ter acesso às investigações preliminares. A instrução criminal é regida pelo “princípio da acumulação dos poderes ou forças processuais.”⁵⁵

Outro marco na história dos acordos criminais na Alemanha foi o julgamento pela Corte Constitucional alemã em 2013, atribuindo ao Ministério Público o papel de fazer cumprir as exigências constitucionais. Entretanto, devido ao protagonismo do magistrado, esse controle é feito pelo Ministério Público apenas através da possibilidade de apelar das decisões derivadas dos acordos que contrariem a Constituição Federal alemã.⁵⁶

3.2. Análise dos parâmetros normativos do *Absprache*

A regulamentação legal do acordo penal na Alemanha ocorreu em 2009 e, ao contrário do ANPP previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal brasileiro, não houve a fixação expressa de parâmetros para a admissibilidade do acordo, seja no tocante à pena mínima do crime e sua gravidade ou com relação ao histórico criminal do réu. As hipóteses de cabimento e a formalização do acordo no processo não foram igualmente especificadas, tendo a lei se limitado a fixar balizas mínimas, porém potencializadas pelos princípios insculpidos na Constituição Federal alemã (*Grundgesetz*), quais sejam, princípio da igualdade (art. 3º GG), direito ao julgamento justo (art. 20, §3 e art. 2, §1 GG), princípio da proporcionalidade entre a pena e a culpa do réu (art. 1, §1, art. 2, §1 c/c art. 20, §3 GG), princípio do contraditório (art. 103, §1 GG), princípio do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, segundo o qual, ninguém é obrigado a acusar a si próprio (art. 20, § 1 c/c art. 1, § 1 e art. 20, §2 GG). Somam-se a estes os princípios processuais da busca da verdade material (§§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2, StPO), princípio da identidade física do juiz (§226 Abs. 1 StPO), princípio da oralidade (§§ 261, 264 StPO) e princípio da publicidade.⁵⁷

⁵⁴ *Id. Ibid.*, p. 25 (232 a 279).

⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 225.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, de 19.3.2013, documento não paginado. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html>. Acesso em: 25. fev. 2020.

⁵⁷ LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015, p. 22-31.

O instituto foi inserido em 2009 de forma concisa na alínea “c” do §257 do StPO (*Strafprozessordnung*), o Código de Processo Penal alemão.⁵⁸ Em 19.03.2013, a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) apreciou a constitucionalidade do instituto e sentenciou reconhecendo que suas normas são compatíveis com constituição. Fixou diretrizes norteadoras do acordo, elencando as regras processuais e princípios que não podem ser objeto de negociação. Incluem-se neste rol o princípio da culpabilidade (*nulla poena sine culpa*); o dever do magistrado de buscar a verdade material através dos meios de prova disponíveis (*Amtsaufklärungspflicht*, §244 Abs. 2 StPO), sendo inadmissível a confissão isolada como fundamento da sentença; direito de recorrer de sentença; o direito do réu de ser informado dos atos processuais e dever de documentação, decorrentes do princípio da transparência; bem como a observância da proporcionalidade entre a pena acordada e a que seria fixada na sentença condenatória se o réu tivesse sido submetido a todo o trâmite do processo, vendando-se a denominada *Sanktionsschere*.⁵⁹

De forma concisa, a regra da obrigatoriedade é atenuada na prática jurídica alemã nas infrações de gravidade leve e média, com as seguintes combinações: “insignificância no fato e desinteresse estatal na sua punição; quando o interesse estatal puder ser resolvido de outra forma; quando a ele forem apresentados interesses estatais prioritários; e quando a persecução penal puder ser levada a cabo pelo próprio ofendido.”⁶⁰

3.3. Sujeitos do *Absprache*: juiz, Ministério Público, acusado

Na sistemática processual penal alemã, o Ministério Público atua na persecução penal imbuído de uma discricionariedade regada na medida em que deve observar

⁵⁸ “§257 c ACORDO ENTRE O TRIBUNAL E AS PARTES DO PROCESSO

(1) O Tribunal pode nos casos adequados acordar com as partes do processo sobre o prosseguimento da ação e seu resultado nos termos das condições deste parágrafo.

(2) O acordo poderá ter como objeto apenas os efeitos decorrentes da sentença e respectivas decisões, outras medidas processuais subjacentes ao processo de conhecimento assim como as condutas processuais das partes do processo. A confissão deve integrar o acordo. A declaração de culpa e as medidas de segurança não devem ser objeto do acordo.

(3) O Tribunal informará o conteúdo que o acordo poderá ter. Pode ser de livre apreciação todas as circunstâncias do fato, as ponderações gerais sobre a penalização e a indicação da pena mínima e máxima. As partes do processo terão a oportunidade para se manifestarem. O acordo se aperfeiçoa quando o acusado e o Ministério Público concordam com a proposta do Tribunal.

(4) A vinculação do Tribunal ao acordo cessa quando tiver ciência de circunstâncias fáticas ou jurídicas relevantes que eram de conhecimento do Tribunal ou ocorreram posteriormente ao acordo, igualmente quando o Tribunal se convencer de que os marcos da pena estabelecidos no acordo não guardam mais proporcionalidade com o fato ou com a culpabilidade. O mesmo se aplica se a conduta posterior do acusado não corresponder à prognose sobre a qual o Tribunal baseou sua decisão. A confissão do réu não deve neste caso ser utilizada no processo. O Tribunal deve comunicar imediatamente a decisão de invalidação do acordo.

(5) O réu deve ser informado das condições e consequências da invalidação do acordo ocorrendo as hipóteses previstas no parágrafo quarto.” (Tradução própria)

⁵⁹ LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015, p. 34-39.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003, p. 90

as diretrizes estabelecidas por cada estado da Federação.⁶¹ De forma geral, conduz a investigação criminal e lhe compete apresentar a acusação em Juízo. Após a jurisdicionalização, o curso da ação penal fica a cargo do juiz, passando o Ministério Público a atuar como garantidor dos princípios do Estado de Direito, além de ser parte no processo. Por esta razão, a Corte Constitucional alemã nominou a função do Ministério Público como a de “guarda do processo” (*Wächterfunktion*).⁶² O Promotor de Justiça é corresponsável pelo resultado concreto do processo, não estando em posição superior nem idêntica à do magistrado.⁶³

Durante a fase investigatória, é possível que o Ministério Público e o investigado discutam sobre a possibilidade e termos de um futuro acordo no curso do processo. O §160b do StPO permite que o Promotor de Justiça dialogue com o acusado acerca da investigação, se assim entender cabível. Caso se oponha à comunicação com o acusado, este deve acatar, não possuindo respaldo legal para exigir o diálogo com o Ministério Público sobre o estado da investigação.⁶⁴ Na prática jurídica alemã, raramente o Ministério Público chama o investigado para iniciar uma discussão na fase investigativa.⁶⁵

As tratativas entre o Ministério Público e o investigado antes da propositura da ação penal não vinculam o magistrado. A concordância do Ministério Público com o acordo penal e seus termos só tem eficácia se validada pelo juiz da causa, que pode livremente alterar os termos do acordo ou mesmo entender que não se aplica ao caso concreto. O Juiz não é garante do compromisso assumido pelo Ministério Público com o investigado. Pelo fato de o juiz não ter participado das discussões, o acordo entre Ministério Público e acusado não tem validade.⁶⁶

A atuação do magistrado é muito mais ampla no *Absprache* do direito alemão do que no ANPP do direito brasileiro, no qual é vedado ao juiz interferir diretamente no conteúdo do acordo, cabendo-lhe apenas verificar a legalidade e homologá-lo ou não. Esta diferença é explicada pela sistemática jurídico penal alemã, na qual o juiz tem papel ativo na busca da verdade material durante o processo, passando a ter o poder de impulso processual após o oferecimento da denúncia pelo Promotor de Justiça (*Staatsanwalt*). Segundo Schünemann, a atual lei processual penal alemã permite que após a entrega da acusação pelo promotor, o domínio sobre o processo seja do juiz, que recebe em suas mãos a totalidade dos autos da investigação preliminar,

⁶¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 81.

⁶² BITTMANN, Folker. Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 110 (19-126).

⁶³ *Id. Ibid.*, p. 110 (19-126).

⁶⁴ SCHÖBLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 287, 290 (277-338).

⁶⁵ *Id. Ibid.*, p. 295 (277-338).

⁶⁶ BITTMANN, Folker. Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 75 (19-126).

com base nos quais terá de decidir se há suspeita suficiente e justa causa contra o acusado, ou seja, se há uma alta probabilidade de condenação.⁶⁷

A primazia da figura judicial decorre dos pilares do sistema processual germânico, quais sejam, o princípio inquisitivo e a obrigatoriedade da sentença refletir a culpabilidade do acusado (*Schuldprinzip*). O princípio inquisitivo impõe ao juiz o dever de investigar a verdade material do fato criminal, tendo à sua disposição ferramentas para realizar uma investigação autônoma. Os inquéritos policiais são inclusive analisados pelos juízes antes da propositura da ação penal. Durante a instrução processual, o magistrado coleta provas ouvindo as testemunhas, intimando peritos, examinando documentos e evidências. Do sistema inquisitorial germânico decorre que o veredito condenatório deve ser baseado em prova material firme, razão pela qual não se admite como suficiente para a condenação a confissão isolada do acusado. Mesmo a confissão contundente do réu em plenário não desonera o Tribunal do dever de desvelar a verdade (*discover the truth*).⁶⁸

Sob este aspecto, a sistemática processual brasileira distanciou-se ainda mais da alemã com a edição da Lei nº 13.964/2019, que inseriu a figura do “Juiz das Garantias” no art. 3º do Código de Processo Penal, vedando ao juiz da instrução criminal contato com as provas produzidas durante a investigação policial, exceto as irrepetíveis ou obtidas como antecipação de provas. Além disso, retirou do juiz a possibilidade de decretar medidas cautelares e a prisão preventiva de ofício, devendo aguardar a provocação das partes (art. 282, §2º, CPP e art. 311, CPP, respectivamente), especificamente, do Ministério Público.

O papel ativo do juiz no curso do processo penal alemão permite que apresente a proposta de acordo no curso do processo ao acusado, delineando seu conteúdo.⁶⁹ A doutrina aponta como questão problemática a ausência de critérios legais dispondo “quando” e “como” a proposta é cabível, deixando enorme margem de discricionariedade ao juiz na decisão de realizar a proposta. O §257c StPO não regulamentou os critérios que identifiquem as hipóteses em que o acordo no curso do processo seria cabível e adequado.⁷⁰ A ausência de regulamentação cria o risco de violações ao princípio da igualdade (art. 3 GG) quando réus em situações similares recebem tratamento diferenciado, sendo oferecida a proposta a um e recusando ao outro.⁷¹

⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

⁶⁸ WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. *German Law Journal*, Lexington, v. 15, n. 1, p. 85-85 (81-106), fevereiro 2014. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/083733A4AC626DC7F5391E9C94956971/S2071832200002844a.pdf/constitutionality_of_negotiated_criminal_judgments_in_germany.pdf>. Acesso em: 12 mar.2020

⁶⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 186.

⁷⁰ SCHÖBLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.) *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 309 (277-338).

⁷¹ GÖTTGEN, Martin. Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren. *Schriften zum Strafrecht*. Band 333. Berlin: Duncker&Humblot, 2019, p. 45.

Registre-se que é possível a recusa judicial ao acordo ainda que o fato e suas circunstâncias se revelem adequados à solução negocial, não estando o juiz obrigado a expor as razões que motivaram a vedação do acordo.⁷²

3.4. Questões procedimentais

A propositura do acordo não está restrita à iniciativa judicial, podendo o acusado ou o Ministério Público solicitar sua realização. Não há, no entanto, direito das partes à realização das discussões preliminares em audiência especial ("*Erörterung*"), nem ao acordo propriamente dito. Não há respaldo legal para o acolhimento obrigatório desta pretensão, ainda que determinado Juízo tenha realizado inúmeros acordos em outros processos penais semelhantes. Isto porque na sistemática processual penal alemã, os crimes submetidos a julgamento devem ser analisados individualmente, não sendo passíveis de comparação diante do princípio da culpabilidade.⁷³

Depreende-se da sistemática processual do *Absprache* que o acordo penal não constitui direito subjetivo do acusado.⁷⁴ Com relação a este aspecto não há divergência na doutrina processual penal alemã, diferenciando-se das discussões em torno do ANPP brasileiro, no qual a doutrina se divide quanto à categorização como direito subjetivo, conforme já exposto neste trabalho.

O enfoque na processualística alemã concentra-se na análise de possível violação do princípio constitucional da igualdade (art. 3 GG). O tratamento desigual entre acusados que se encontrem em situações similares, obtendo um deles o acordo e o outro não, pode decorrer da ausência de patrocínio por advogado na medida em que uma pessoa leiga não tem meios de compreender o conteúdo e os efeitos do *Absprachen*.⁷⁵ Visando resguardar o direito de acesso à Justiça, juristas alemães sugerem uma postura assistencialista do Tribunal (*Fürsorgegesichtspunkte*). Ao ser cientificado da formalização da acusação, o acusado deveria receber, juntamente com o teor da denúncia, um formulário contendo instruções detalhadas acerca da regulamentação do acordo (*Absprache*), com a advertência de que caso tenha interesse em celebrar o acordo terá direito ao patrocínio de um advogado.⁷⁶

A formalização do acordo é precedida de discussões preparatórias, que podem ser realizadas na sala de audiência antes ou durante a instrução processual. O juiz é quem propõe o acordo e define seus termos, cabendo às partes do processo, Ministério

⁷² SCHÖBLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlim: Springer, 2017, p. 308 (277-338).

⁷³ WALTHER, Angelika. Die Verständigung in Strafsachen nach Eröffnung des Hauptverfahrens. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlim: Springer, 2017, p. 130 (127-204).

⁷⁴ SCHÖBLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlim: Springer, 2017, p. 310 (277-338).

⁷⁵ *Id. Ibid.*, p. 309 (277-338).

⁷⁶ *Id. Ibid.*, p. 309 (277-338).

Público e acusado, concordarem ou não.⁷⁷ O órgão acusador tem pouca margem de ação, cabendo-lhe fiscalizar a legalidade do acordo entre juiz e acusado, e apor seu consentimento. Na hipótese de discordância, cabe-lhe recorrer da decisão judicial.⁷⁸

Em sentido oposto, no ANPP brasileiro, o protagonista do acordo é o Ministério Público, cabendo-lhe elaborar os termos do acordo e propô-lo. Ao juiz, na sistemática brasileira, é vedado imiscuir-se na discussão e no conteúdo do acordo, cabendo-lhe apenas homologá-lo ou não, mediante o controle da legalidade.

O *Absprache* não tem a natureza de negócio jurídico como a ANPP do direito brasileiro, pois não se trata de uma relação sinalagmática. A imputação criminal e a condenação não são negociáveis, mas apenas os limites da sentença, compreendidas a extensão da pena e os efeitos da condenação.⁷⁹ O acordo vincula o juiz e integra a sentença condenatória, permanecendo íntegras a função jurisdicional do exame da culpa e dos critérios de prevenção.⁸⁰ A obrigatoriedade do juiz de observar o acordo no momento de prolatar a sentença cessa apenas se sobrevier notícia de que circunstância relevante foi omitida ou não observada e se o acusado adotar conduta incompatível com o acordo.⁸¹

O conteúdo do ajuste só pode versar sobre questões que estejam dentro da esfera da decisão judicial. Matérias inegociáveis, são, no entanto, a imputação penal, condenação criminal e aplicação de medida de segurança restritiva de liberdade.⁸² Exemplificativamente pode ser objeto de acordo a substituição de pena privativa de liberdade pela imediata aplicação da liberdade condicional; limites mínimos e máximos de pena privativa de liberdade e da multa; condições resultantes da mediação com a vítima no âmbito da Justiça Restaurativa; proibição de dirigir, entre outras.⁸³ A contrapartida do acusado pode ocorrer através da colaboração para a abreviação do processo através da confissão de todos ou de alguns crimes; na incriminação de terceiros; e admissão de determinadas evidências.⁸⁴

O §257c IV 3 StPO prevê expressamente que, se o acordo não for exitoso, a confissão não pode ser aproveitada como elemento de prova. Pelo fato de no direito alemão o acordo poder ser feito em qualquer fase do processo, surgiu a discussão acerca da validade das provas derivadas da confissão. Houve vozes defendendo a exclusão total, porém prevalece na doutrina e jurisprudência alemã a interpretação

⁷⁷ SCHÖßLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖßLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 311 (277-338).

⁷⁸ *Id. Ibid.*, p. 314 (277-338).

⁷⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 30.

⁸⁰ *Id. Ibid.*, Curitiba, p. 88.

⁸¹ SCHÖßLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖßLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 316 (277-338).

⁸² BITTMANN, Folker. Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft. In: SINN, Arndt; SCHÖßLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 94 (19-126).

⁸³ *Id. Ibid.*, p. 94 (19-126).

⁸⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 88.

literal do §257c IV 3 StPO, aliada à intenção do legislador.⁸⁵ Exclui-se, portanto, apenas a confissão e reputam-se válidas as demais provas do processo, ainda que tenham sido derivadas da mesma. Entendimento contrário, prejudicaria toda a instrução processual na hipótese de o acordo ter sido realizado na etapa inicial do processo, o que não corresponderia à intenção legislativa. Acrescenta-se o argumento de não ter sido introduzido no ordenamento jurídico alemão a teoria anglo-americana *fruits of the poisonous treedoctrine*, que implica a invalidação das provas decorrentes daquela declarada ilícita ou inválida.⁸⁶

A exclusão da confissão do processo, se fracassado o acordo, não foi expressamente prevista no art. 28-A do CPP brasileiro, distinguindo-se neste aspecto da normatização alemã. Doutrinariamente predomina o entendimento de que a confissão não pode ser aproveitada como meio de prova na ação penal.⁸⁷ Justificando este posicionamento, aduz Rogério Sanches que “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica.”⁸⁸

4. Plea Bargaining. Conceito. Análise comparativa com o sistema germânico e brasileiro

Complementando a análise do *Absprache* alemão e do Acordo de Não Persecução Penal brasileiro, seguem breves considerações sobre uma das primeiras formas de justiça penal negocial, o *Plea Bargaining* americano.

4.1. Plea Bargaining: sistematização

O *Plea Bargaining* é o modelo americano de justiça negocial no qual há a negociação acerca da pena a ser aplicada. Pressupõe a formalização da acusação, podendo ocorrer inclusive até o momento da execução da sentença penal condenatória.⁸⁹ Está inserido em um sistema adversarial, no qual o juiz possui participação passiva na produção de provas, aumentando, assim, a discricionariedade do Ministério Público acerca dos fatos criminais a serem provados, tendo a defesa a faculdade de concordar com a acusação apresentada em juízo. Reputa-se que o caso e as provas pertencem às partes.⁹⁰ Fazendo um contraponto com o sistema inquisitivo alemão, neste o juiz tem efetiva atuação na busca de provas que revelem a verdade material. No Brasil, como anteriormente assinalado, com o advento da Lei nº 13.964/2019, vedou-se de forma absoluta ao magistrado que julgará a causa a

⁸⁵ GÖTTGEN, Martin. *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren. Schriften zum Strafrecht*. Band 333. Berlin: Duncker&Humblot, 2019, p. 43.

⁸⁶ *Id. Ibid.*, p. 44.

⁸⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime-Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 129.

⁸⁸ *Id. Ibid.*, p. 129.

⁸⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, Curitiba, p. 68

⁹⁰ *Id. Ibid.*, p. 59

ingerência na produção de provas, inclusive o acesso às provas produzidas na fase investigativa consideradas “repetíveis”.⁹¹ O art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, que facultava ao juiz ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, está tacitamente revogado.

A experiência americana com a justiça penal negocial intensificou-se a partir de 1920, época em que passou a integrar o sistema americano, sendo adotada em alguns Estados americanos em cerca 90% dos casos. De forma objetiva, é o processo pelo qual o réu concorda em se declarar culpado recebendo em troca concessões do Estado, que podem ser de duas ordens: acordo para a redução do número ou gravidade das imputações e acordo para a redução da pena ou recomendação estatal para a obtenção de sentença mais benéfica.⁹² Nos anos seguintes, o *Plea Bargaining* manteve-se como a forma mais usada de resolução de conflitos na área penal, não sem deixar de ser controvertido, podendo-se extrair da experiência americana os prós e contras de uma justiça penal negocial.

Chemerinsky lista em sua obra benefícios do *Plea Bargain*, pontuando que ambos os lados, réu e órgão acusador, beneficiam-se. Para a acusação assegura a convicção da culpabilidade, economiza os recursos estatais e poupa as vítimas do constrangimento de deporem em plenário. Em contrapartida, proporciona aos Promotores de Justiça maior disponibilidade para se concentrarem nos casos de maior gravidade e simplifica o trabalho de investigação policial, encobrimdo, inclusive, eventuais falhas na investigação. Os defensores do instituto listam igualmente as vantagens acarretadas à defesa, sendo elas o menor gasto de recursos pelo réu e seus advogados, ameniza a exposição do acusado e proporciona elevado grau de certeza em relação ao desfecho do caso. Os réus não precisam sofrer o trâmite árduo do processo e julgamento, e através do reconhecimento da culpa, possuem maior controle sobre o seu destino. Por fim permite a melhor individualização da aplicação da sanção penal ao acusado.⁹³

Os operadores do direito, em especial os magistrados, possuem preferência pela adoção do *plea bargaining* na medida em que a resolução rápida dos casos evita o congestionamento dos tribunais e reduz os custos com a instalação de júris. Outra vantagem é o desvio da atenção pública da pessoa dos juízes para as decisões e atuação dos Promotores de Justiça. Por fim, inclusive as vítimas são poupadas da

⁹¹ Art. 3º - C, §3º, CPP: “Os autos que compõem as matérias de competência do juiz de garantias ficarão acautelados na seretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.”

⁹² CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p.140.

⁹³ CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018 p.141.

exposição em um julgamento embaraçoso e obtêm a garantia da responsabilização criminal do réu.⁹⁴

De outro giro, existe uma opinião crítica contrária à “barganha criminal.” Sustenta-se que este sistema pode pressionar inocentes a confessarem para evitar que sejam sujeitos de acusações mais severas. Os registros discordantes mais contundentes salientam que o *plea bargaining* tem corrompido o sistema de justiça com a imputação de crimes fictícios, suplementando evidências frágeis com pressões psicológicas ao réu. Nas palavras do jurista John Langbein “o moderno sistema americano *plea bargaining*” é comparável “ao antigo sistema judicial de tortura.”⁹⁵

As vozes discordantes argumentam que apesar de ser classificado como um contrato ou acordo entre o acusado e o Ministério Público, na prática é o órgão acusador que na maioria dos casos estabelece os termos da avença. Há um desequilíbrio de poder entre as partes acordantes, possuindo os Promotores posição mais vantajosa com a pressão institucional que exercem para a aceitação do acordo pelo réu.⁹⁶

4.2. *Plea Bargaining*. *Absprache*. ANPP: análise comparativa

A atuação do órgão acusador no ANPP brasileiro aproxima-se mais do modelo americano em detrimento do *Absprache* alemão. Entretanto, diante da obrigatoriedade do investigado ser assistido por defensor durante a formalização do ANPP (art. 28-A, §3º, CPP), o desequilíbrio de forças é atenuado. No modelo alemão, não há espaço para a realização de pressões pelo Ministério Público, já que o poder de negociação do órgão acusador é bastante reduzido. No Brasil, a rotina dos acordos penais ainda não se consolidou diante da atualidade do instituto. Em que pese o Ministério Público ter largo espaço de atuação no ANPP, o dever de vinculação à lei decorrente do princípio da legalidade adotado em países do *Civil Law* impõe limites aos agentes do estado, inviabilizando práticas como o *overcharging* americano.⁹⁷

Outra crítica ao *plea bargaining* é a falta de publicização do acordo, permitindo o acobertamento de falhas e abusos da atividade policial, além de encobrir o processo de avaliação dos casos pelos Promotores.⁹⁸ Neste ponto, tanto o *Absprache* alemão quanto o ANPP brasileiro se diferenciam do instituto americano. O princípio da publicidade é garantido constitucionalmente em ambos os sistemas. Ao inserir o §257c StPO, o legislador buscou garantir a máxima transparência do procedimento negocial germânico, com documentação obrigatória de todos os atos realizados, objetivando garantir o princípio constitucional da publicidade. Por seu turno, ao apreciar a constitucionalidade do *Absprache*, a Corte Constitucional alemã ressaltou

⁹⁴ *Id. Ibid.*, p. 141.

⁹⁵ *Id. Ibid.*, p. 142.

⁹⁶ *Id. Ibid.*, p. 142.

⁹⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

⁹⁸ CHERMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p. 142.

que a publicidade dos atos e decisões judiciais e de agentes públicos é um ideal democrático irrenunciável, sendo a porta de acesso para o exercício do controle dos atos de agentes públicos pelos jurisdicionados.⁹⁹ A mesma preocupação teve o legislador brasileiro ao estabelecer no art. 28-A, do CPP, a obrigatoriedade da participação do Ministério Público, do investigado e seu defensor na realização do ANPP, sua formalização por escrito, posterior controle judicial através da homologação e a obrigatoriedade de intimação da vítima, cientificando-a do acordo.

O argumento mais enfático contrário à justiça negocial no direito americano, no entanto, é a crença de que subverteria os valores do sistema de justiça criminal por permitir que o réu deixe de arcar com sua responsabilidade penal integral, recebendo um desconto nas penas. Desta forma, reduziria a eficácia dissuasiva da punição em troca da redução de esforços do Estado em promover a ação penal. Neste compasso, frustraria as vítimas, que ficam à margem do processo, não lhes restando outra alternativa senão observar passivamente a aplicação de penas menos severas do que o caso exige, deixando de corresponder à gravidade do crime.

Para amenizar a sensação de injustiça, no sistema americano do *Plea Bargaining*, por exemplo, tem crescido esforços para que as vítimas sejam notificadas antes da finalização do acordo, mas a crítica persiste no fato de que a decisão final acerca dos termos do acordo ainda remanesce sob o poder da Promotoria.¹⁰⁰ No ANPP brasileiro, impôs-se a obrigatoriedade da intimação da vítima, cientificando-a do acordo.

Especificamente em relação ao *Plea Bargaining*, surgem críticas pelo impacto discriminatório que causa entre os acusados. Aqueles que têm maiores recursos financeiros para contestar a acusação, asseguram o recebimento de condições mais favoráveis em relação aos outros réus que não dispõem de meios de confrontação. Este cenário é propiciado pelo não envolvimento do juiz nas negociações, embora o grau de envolvimento dos juízes varie em cada Estado.¹⁰¹

Sob este aspecto, a dificuldade em garantir o tratamento igualitário aos acusados que estejam em situações semelhantes é percebida nos três sistemas processuais analisados neste trabalho e está relacionada à orientação e à qualidade da defesa e assistência jurídica. O acesso à informação acerca da possibilidade da solução negocial, a análise das consequências processuais e ponderação dos riscos e vantagens decorrentes da adesão à proposta são questões complexas e dependem da designação ou constituição de defensor para que o acusado obtenha a devida orientação e assistência.

⁹⁹ GÖTTGEN, Martin. *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren. Schriften zum Strafrecht*. Band 333. Berlin: Duncker&Humblot, 2019, p. 20.

¹⁰⁰ CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p. 143.

¹⁰¹ O artigo 11(c) (1) da *Federal Rule of Criminal Procedure* impede a participação dos Tribunais nas discussões. Alguns Estados, no entanto, permitem que o juiz participe das negociações. A maioria não impede nem encoraja o envolvimento da Corte na celebração do acordo. CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p. 143.

5. Conclusão

O abreviamento do processo penal é tendência em vários países, não só de tradição adversarial, no caso dos Estados Unidos (*Plea Bargaining*)¹⁰², como nos países atrelados constitucionalmente ao Princípio da Legalidade, podendo-se citar Alemanha (*Absprache*), Itália (*Patteggiamento*)¹⁰³, Espanha (*conformidad*)¹⁰⁴, Portugal¹⁰⁵, e Brasil, com o novo ANPP. A nova realidade processual criminal que vem se revelando foi retratada por Thomas Weigend, expondo a preocupação com os limites normativos de uma simplificação e aceleração dos processos criminais.¹⁰⁶

A inclusão do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro através de lei formal segue a tendência do direito comparado de adoção de soluções consensuais na esfera criminal. Surgiu de forma inovadora em comparação com os sistemas germânico e americano ao alocar o espaço de consenso na fase investigatória, tornando disponível a propositura da ação penal e correspondente imposição da pena criminal, substituindo-a pelo cumprimento de determinadas condições. Questões de política criminal tiveram enorme peso na positivação do instituto em tela, dado o enfoque pragmático e a intenção de conferir à Justiça Penal Brasileira maior celeridade e efetividade.

A adoção de uma solução negocial na seara penal não se cinge à necessidade de encurtamento do processo de aplicação da lei penal com vistas à agilização da justiça penal. Esta nova forma de responsabilização do infrator faz parte do processo de mudança de paradigma da justiça penal impulsionada pela análise global do escopo do direito penal, iniciada pelo funcionalismo penal. Este movimento, surgido na Alemanha em meados da década de 70, buscou correlacionar a dogmática penal aos fins do direito penal, ou seja, justifica a existência do direito penal à função da pena. O idealizador da teoria, Claus Roxin, sustenta que o crime não deve ser tratado somente sob a ótica do direito penal positivo, devendo haver a integração de questões de política criminal a fim de proporcionar uma visão macro acerca da função do direito

¹⁰² CHERMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3a Ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p.140.

¹⁰³ Art. 444-448 do Código de Processo Penal italiano. BOGNER, Udo. Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozessrech. In: *Kriminalwissenschaftliche Studien*, vol. 28, Elwert, NG editora, 2000, p. 135 e segs.

¹⁰⁴ Art. 757 e segs. do Código de Processo Penal espanhol. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/I38-2002.html>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹⁰⁵ Art. 344, do Código de Processo Penal português, que admite a redução da pena cominada em lei pela metade quando o imputado confessar de forma integral e sem reservas. GARCIA, Antonio del Moral. *La conformidad em el proceso penal*, p.08. Disponível em: <<http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2020.

¹⁰⁶ „Die vollständige Hauptverhandlung ist für Sonderfälle, etwa für schwere Verbrechen reserviert, während die große Masse der Delikte in vereinfachten Verfahrensformen erledigt wird. Um so dringlicher stellt sich die Frage, wo die normativen Grenzen einer Vereinfachung und Beschleunigung des Strafverfahrens liegen.“ Tradução: “A completa instrução processual penal está relegada aos casos especiais, reservada aos crimes graves, enquanto que a maior parte dos delitos são resolvidos através de uma persecução penal abreviada. Impõe-se de forma urgente o questionamento acerca dos limites normativos da simplificação e celeridade do processo penal.” (tradução própria) WEIGEND, Thomas. *Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht. Zeitschriftswissenschaft*, volume 113, caderno 2, 2001, p. 275. Disponível em: <<https://www-degruyter-com.emedien.ub.uni-muenchen.de/downloadpdf/j/zstw.2001.113.issue-2/zstw.2001.113.2.271/zstw.2001.113.2.271.pdf>>. Acesso em: 25. fev. 2020.

penal. Traço marcante deste pensamento é o rompimento com o dogma criado por Liszt, que separou o direito penal da política criminal.¹⁰⁷ Nesta linha, se a “aplicação dos dispositivos legais se mostrar insatisfatória, poderá ser corrigida de acordo com os princípios garantistas e as finalidades político criminais do sistema criminal.”¹⁰⁸

O acordo de não persecução penal é uma manifestação genuína do funcionalismo penal e encontra validade no espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal, que é a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização ou descriminalização.

O modelo de resposta estatal a um ilícito penal deve estar o máximo possível de acordo com a gravidade do crime e com a personalidade do infrator. Alcançando-se este ideal, preserva-se a proporcionalidade da medida, o crédito na Justiça e a plena satisfação dos interesses, seja a do Estado de agir ante uma infração à lei penal, seja a da vítima com a imposição de uma contraprestação imposta pelo Estado ao infrator, podendo ser esta desde a reparação do dano até a privação de liberdade. O apego a um único canal de aplicação da justiça penal indistintamente, e neste caso, referimo-nos ao processo penal clássico, deflagrado pela denúncia e concluído com a sentença condenatória, burocratiza demasiadamente a repressão às condutas criminosas, deixando de responder de modo eficaz e célere às transgressões de baixa e média gravidade penal.

Em termos conclusivos, podemos afirmar que a inovação é positiva por conferir celeridade e economicidade à repressão dos ilícitos penais de baixa e média gravidade, dando maior espaço para a persecução penal dos casos estruturalmente mais complexos e de maior dificuldade evidencial. Diante da atualidade da Lei nº 13.964/2019, que instituiu o ANPP no sistema processual brasileiro, há espaços de conformação da lei nas lacunas quanto à aplicação prática e aos limites normativos, cabendo à jurisprudência e às discussões doutrinárias acomodar as divergências em torno do instituto. Mesmo diante das incongruências normativas e abrandamento das penalizações, o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa à crise de eficiência do sistema processual penal. É uma mudança estrutural, que embora atinja pilares antes reputados como inalteráveis, como os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, encontra legitimação na autonomia individual, na ação positiva da Constituição Federal e nos princípios da proporcionalidade, efetividade, celeridade e economicidade.

Referências bibliográficas

BACIGAL, Ronald J. *Criminal Law and Procedure: An Overview*. 3ª ed., New York: Delmar Cengage Learning, 2008.

¹⁰⁷ GRECO, Luis. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 235 (211- 283).

¹⁰⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 219, p. 50-100.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada. Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

_____; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro da Fonseca (Orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. 2ª ed. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 232 a 279.

BITTMANN, Folker. Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 19-126.

BOGNER, Udo. Absprachen im deutschen und italienischen Strafprozessrech. In: *Kriminalwissenschaftliche Studien*, vol. 28, Elwert, NG editora, 2000, p. 135 e segs.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução nº 181/17-CNMP, com as alterações da resolução nº 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Organizadores). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure: Adjudication*. 3ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p.140.

CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES GERAIS. Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime. Disponível em: <https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 14. fev. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Justiça do Rio de Janeiro triplica audiências de custódia em 2018. Publicado em 17.01.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-17/justica-rio-janeiro-triplica-audiencias-custodia-2018>>. Acesso em: 16. fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime-Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

DICKSON, Brice. The ECHR's Influence on Convergence between Common Law and Civil Law Systems. In: NOVAKOVIC, Marko (Org.). *Common Law and Civil Law Today*. Delaware, USA: Vernon Press, 2019.

GARCIA, Antonio del Moral. *La conformidad em el proceso penal*, p.08. Disponível em: <<http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>>. Acesso em: 25. fev. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

GÖTTGEN, Martin. *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren*. Schriften zum Strafrecht. Band 333. Berlin: Duncker&Humblot, 2019.

GRECO, Luis. Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Revista 20, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 211- 283.

JUNIOR, Américo Bedê Freire. O Acordo de Não Persecução Penal: Permissões e Vedações. In: *Acordo de não Persecução Penal*, Cunha, Rogério Sanches e outros, 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivum, 2019.

JUNIOR, Aury Lopes. In: Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

LOCKER, Tobias. *Absprache im Strafverfahren*. Hamburgo: Diplomica Verlag, 2015.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 39

MACHADO, Diego Pereira. *Princípio do Promotor Natural*. Disponível em: <<https://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121933145/principio-do-promotor-natural>>. Acesso em: 23. fev. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O STF e a natureza jurídica da sentença de transação penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 3990, 4 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29227/o-stf-e-a-natureza-juridica-da-sentenca-de-transacao-penal>>. Acesso em: 15. fev. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

POLASTRI, Marcellus. *O Chamado acordo de não persecução penal: Uma tentativa de adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-mnao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em 15. fev. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, t. III.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003.

SCHÖBLING, Christian. Verständigung aus Sicht der Verteidigung. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlin: Springer, 2017, p. 277-338.

SCHÜNEMMAN, Bernd. The system of penal prosecution: problematic aspects. *Revista IUSTA*, Bogotá, Colômbia, fascículo nº 27, ISSN impresso 1794-3841, ISSN online: 2422-409X, p.111-125, 2007. Disponível em: <<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3036>>. Acesso em: 25. fev. 2020.

_____. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.o milênio. In: Schünemman, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Renee de Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Fereira (Organizadores). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: Jus Podivm, 2019, p.131-171.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. *Código de Processo Penal para Concursos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, Volume I*, 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TURNER, Jenia I.. *Plea Bargaining Across Borders*. New York: Aspen, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius G.. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2014. Disponível em: <repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6943/1/000462996-Texto%2bParcial-0.pdf>. Acesso em: 24. fev. 2020.

WALTHER, Angelika. Die Verständigung in Strafsachen nach Eröffnung des Hauptverfahrens. In: SINN, Arndt; SCHÖBLING, Christian (Coords.). *Praxishandbuch im Strafverfahren*. Berlim: Springer, 2017, p. 127-204.

WEIGEND, Thomas. *Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht*. Zeitschriftswissenschaft, volume 113, caderno 2, 2001, p. 275. Disponível em: <<https://www-degruyter-com.emedien.ub.uni-muenchen.de/downloadpdf/j/zstw.2001.113.issue-/zstw.2001.113.2.271/zstw.2001.113.2.271.pdf>>. Acesso em: 25. fev. 2020.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. *German Law Journal*, Lexington, v. 15, n. 1, p. 85-85 (81-106), fevereiro 2014. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-41-core/content/view/083733A4AC626DC7F5391E9C94956971/S2071832200002844a.pdf/constitutionality_of_negotiated_criminal_judgments_in_germany.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Fundos públicos — uma análise atual e os riscos da PEC 187/2019

Public funds — a current analysis and the risks of PEC 187/2019

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Sumário

1. Noções preliminares. 2. A disciplina normativa. 3. Os fundos filantrópicos e as atividades sociais. 4. A falácia dos fundos públicos no Brasil. 5. A PEC 187/19. Referências bibliográficas.

Resumo

Os fundos públicos são examinados na sua gênese e disciplina normativa, a partir do texto constitucional vigente. Não são elencados os diversos fundos públicos existentes ou os já extintos porque o escopo do presente trabalho é analisar as lacunas normativas e a destinação das receitas que justificam a existência do fundo. Os decretos de contingenciamento merecerão exame em cotejo com os fins colimados pelos fundos públicos. A inovação legislativa regulando a gestão de fundos públicos filantrópicos foi examinada, assim como o texto da proposta de emenda constitucional nº187/19, cujo escopo é a extinção de todos os fundos públicos para que toda receita seja concentrada em conta única do tesouro público da União, dos Estados/Distrito Federal ou dos Municípios.

Abstract

Public funds are examined in their genesis and normative discipline, based on the current constitutional text. The various existing public funds, or those already extinct, are not listed, because the scope of the present work is to analyze the regulatory gaps and the destination of the revenues that justify the existence of the fund. The contingency decrees will merit examination in comparison with the purposes collimated by public funds. The legislative innovation regulating the management of philanthropic public funds was examined, as well as the text of the proposed constitutional amendment n.187 / 19, whose

* Doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado Rio de Janeiro.

scope is the extinction of all public funds so that all revenue is concentrated in a single public treasury account of Union, States / Federal District or Municipalities.

Palavras-Chave: Fundos Públicos. Disciplina Normativa. Gestão de fundos públicos filantrópicos por lei. Receita dos fundos públicos e os decretos de contingenciamento. PEC 187/19.

Keywords: *Public Funds. Normative Discipline. Management of philanthropic public funds by law. Revenue from public funds and contingency decrees. PEC 187/19.*

1. Noções preliminares

A instituição de fundos pecuniários no Brasil remonta o seu período colonial, herança do “Velho Mundo”, quando eram retidos valor em pecúnia na aquisição de produtos com vistas à realização de fim específico. Exemplo dessa forma de retenção de dinheiro para fim específico, historicamente, se dava no consumo de vinho importado para a construção de aqueduto.¹

Prescinde de qualquer formação econômico-administrativa de que a reserva monetária, aqui intitulada “fundo”, que se trata de boa medida a formação de fundos para a realização de qualquer atividade. Afinal, se não houver planejamento e organização nada se concretiza no mundo dos fatos.

Ousamos lançar desafio quanto ao conhecimento de que qualquer pessoa do povo, mesmo uma criança, será consciente da necessidade de realizar reserva monetária como medida salutar para a concretude de objetivos e atividades diversas.

A Academia e a experiência de outros países, em longa data, também não diferem ao acerto dessa assertiva, já que os fundos destacam uma reserva em dinheiro do “bolo econômico”, centralizando-o, para a efetivação do que fora idealizado, do que fora planejado. Essa é a magnitude dos fundos: agir como mola precursora da Administração, público ou privada, para a realização específica de uma atividade idealizada.

Descentraliza-se, de certa forma, a atividade administrativa para que um fim público específico seja administrado suplementarmente (ou exclusivamente em

¹ O primeiro registro de um fundo no setor público brasileiro remonta ao Brasil colonial (Azevedo, 1979 *apud* Reis, 2004). Mesmo não prosperando, vale relatar a lógica subjacente. A proposta era instituir um imposto sobre o consumo do vinho importado (sobre a caneca consumida), que seria revertido ou vinculado a construção do Aqueduto da Carioca (cidade do Rio de Janeiro), em 1624, o que é um detalhe. O valor arrecadado seria depositado em uma “arca especial”, detentora de três fechaduras. As chaves, por sua vez, seriam distribuídas a um conselho deliberativo, composto pela Câmara Legislativa, o governador da província e o reitor dos jesuítas. Avançando, identifica-se o Fundo para o Resgate do Papel-Moeda em Circulação, criado pela Lei nº 58/1899 (Nunes, 2014), e o Fundo de Amortização dos Empréstimos Internos, criado pelo Decreto nº 4.382/1902 (Sanches, 2002). Os fundos com a gravação “especial” aparecem pela primeira vez no Código de Contabilidade Pública de 1922 (Stella e Arruda, 1996), que os definiu como sendo “o produto das fontes de renda a que, em virtude de preceitos de lei e de estipulações contratuais, houver sido determinada aplicação especial” (Stella e Arruda, 1996, p. 76), por BASSI, Camilo de Moraes. *In: Fundos Especiais e Políticas Públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento.*

muitos casos) por um fundo público. Nada mais razoável para a consecução dos fins de uma boa gestão orçamentária.

Há fundos de natureza pública e privada, de investimento ou não, devendo, no entanto, serem discriminados quanto ao modelo e forma de gerenciamento. Quanto mais disciplinados, mais próximos do desiderato ser atingido. Transparência ampla só produzirá benefícios aos fins colimados pelos fundos.

Apesar da importância na Administração de qualquer setor produtivo, principalmente na Administração Pública, independentemente da forma de Governo ou Estado adotada, constata-se absoluto desrespeito na execução de diversos fundos em território brasileiro e a longa data.

2. A disciplina normativa

Os fundos públicos são regulados, de forma genérica, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei nº 4.320, de 17 de março 1964, segundo a qual “A lei que instituiu fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente” (artigo 71).²

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº101, de 04 de maio de 2000, se refere aos fundos nos artigos 8º e 9º - *verbis*:

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a *realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal* estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de

² Lei de Diretrizes Orçamentárias — Lei nº 4320, de 17/03/64.

Dos Fundos Especiais — art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais. Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo. Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente

empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

§3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias

§4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no §1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

§5º No prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

A Constituição da República em vigor atribui ao Poder Executivo iniciativas de âmbito administrativo, entre as quais a iniciativa de criar e gerir fundos públicos, segundo artigo 165, inciso III, parágrafo 9º, inciso II:

Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados da administração direta ou indireta, bem como os *fundos* e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Parágrafo 9º - Cabe à lei complementar: II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como *condições para a instituição e funcionamento de fundos*.

A lei complementar, portanto, é a espécie normativa apta para instituir e disciplinar o funcionamento de um fundo público. A iniciativa deve ser do Poder Executivo, de acordo com a natureza do fundo a ser instituído: federal, estadual ou municipal.

Tratando-se de atividade essencialmente administrativa, nada mais coerente que referida Lei Complementar seja afeta ao Poder Executivo. Entretanto, a administração de um fundo público pode, e deve, ser atribuída aos demais Poderes da República — judiciário e legislativo — em consonância com a atividade fim instituída, já que a harmonia entre eles demanda a realização de atividades atípicas, tais quais o judiciário e legislativo na gestão de seus bens e quadro de pessoal (artigo 2º da Constituição da República).

3. Os fundos filantrópicos e as atividades sociais

As doações de empresas e pessoas físicas para setores do setor privado ou setores governamentais integram a cultura europeia e norte-americana, ali conhecidos sob a nomenclatura dos *endowment funds*. Décadas de experiências felizes adotando essa prática não só em situações de calamidade, mas, de forma perene, para determinados fins que propiciam maior desenvolvimento socioeconômico daquele organismo estatal. Em apertada análise, fomenta a redução de desigualdades sociais do seu povo.

No Brasil, pioneiramente, a Lei nº 13.800, de 04 de janeiro de 2019, fruto da medida provisória nº 851, de 10 de setembro de 2018, disciplinou os fundos privados que se vincularem a um objetivo social. Ali estão previstas formas de gerenciamento específico, como forma de zelar pela transparência e, sobretudo, perenidade da reserva patrimonial instituída no Fundo tendo em vista o seu fim público, segundo as exposições de motivos da referida medida provisória:

A experiência internacional mostra que fundos patrimoniais representam fonte importante de receita para instituições públicas, em especial doações para universidades e entidades de conservação do patrimônio histórico são extremamente importantes em outros países. Destacam-se, nesse quesito, os Estados Unidos, onde as suas mais importantes universidades possuem fundos bilionários. A Universidade de Harvard, por exemplo, possui um fundo cujo patrimônio é estimado em US\$ 37,6 bilhões. Outras universidades de primeira linha, como Stanford, Princeton e Yale, administram fundos com patrimônios estimados entre US\$ 20 e 25 bilhões. Esses imensos patrimônios foram formados, em primeiro lugar, por meio de vultosas doações e, em segundo lugar, pelo retorno financeiro das aplicações, propiciado por boas administrações independentes. Ainda como exemplo, na área cultural, 69% das receitas do *Metropolitan Museum of Art* de Nova Iorque decorreram de seus Fundos Patrimoniais e doações, sendo 38% em doações e 31% em rendimentos desses Fundos. A medida em tela visa construir alternativas viáveis para a captação de recursos privados para as instituições públicas, sem retirar o papel do Poder Público, criando

incentivos para a prática de doações por meio do estabelecimento de um marco regulatório específico que, sobretudo, garanta a boa gestão dos recursos doados. Também incentiva a captação de recursos privados para instituições privadas para prestação de serviços de interesse público. Importante ressaltar que a possibilidade de constituição de fundos patrimoniais abarca instituições ligadas à educação, à ciência, tecnologia, pesquisa e inovação, à cultura, à saúde, ao meio ambiente, à assistência social e ao desporto.

Quanto maior lisura na gestão orçamentária, mais segurança se implementará na continuidade da atividade pública, já que os fundos filantrópicos atuam fomentando políticas públicas do Estado, não raro, políticas de base, essencialmente públicas.

A lei em apreço teria tudo para implementar a magnitude de seu fim, mas o Executivo nacional perdeu a grande chance de dar esse legado ao país quando vetou incentivos fiscais para quem realizasse doações filantrópicas na contramão mundial do mínimo reconhecimento e incentivo àqueles que se dispõem a contribuir para o incremento de atividades sociais. Confira-se através dos vetos presidenciais constantes aos artigos 28, 29 e 30 da Lei nº 13.800, de 04 de janeiro de 2019.

4. A falácia dos fundos públicos no Brasil

De um modo geral, os operadores do Direito, e mesmo a sociedade civil, depositam confiança, como haveria de se esperar, na crença de que os valores lançados nos mais diversos fundos públicos a eles estivessem vinculados de forma tal que jamais seriam destinados a outros fins. *Não é isso o que acontece.*

Em verdade, todos os fundos públicos, em graus distintos, e pela escolha sazonal a cargo dos Chefes dos Executivos, sofrem o que se denomina “contingenciamento”, isto é, são alvos dos “decretos de contingenciamento”, cuja matriz está prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei de Responsabilidade Fiscal.³

Contingenciamento de despesas, ao primeiro talante, leva-nos a percepção de que ajustes, reduções ou retardamento de despesas. Quaisquer despesas? Também ao primeiro talante seria possível concluir que as despesas primárias seriam as últimas a sofrer os ajustes ou “cortes” necessários no gerenciamento da máquina estatal. Despesas vinculadas a um fim específico — as de um fundo público —, estariam protegidas sob o manto da Lei Complementar instituidora. *Erradas conclusões.*

³ Artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal: “Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

Ainda sobre essa temática, importante o registro histórico desse expediente administrativo a cargo do Chefe do Executivo - *verbis*:

A Reserva de Contingência originou-se do Decreto-Lei nº 200/67, em seu art. 91: Art. 91. Sob a denominação de Reserva de Contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais. A Reserva foi modificada pelo Decreto-Lei nº 900/69: Art. 91. Sob a denominação de Reserva de contingência, o orçamento anual poderá conter dotação global não especificamente destinada a determinado programa ou unidade orçamentária, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos suplementares, quando se evidenciarem insuficientes, durante o exercício, as dotações orçamentárias constantes do orçamento anual. Posteriormente, pela Portaria Ministerial nº 09 – MINIPLAN, de 28 de janeiro de 1974, Estados e Municípios foram autorizados a, mediante lei própria, incluir nos seus respectivos orçamentos a Reserva de Contingência para aquela finalidade citada anteriormente. A Reserva passou por outra modificação, por meio do Decreto-Lei nº 1.763/80. O art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o projeto de Lei do Orçamento Anual (LOA) conterà a Reserva de Contingência cuja forma de utilização e montante, calculados com base na Receita Corrente Líquida, serão estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, e destinados, em princípio, ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais e imprevistos. A Reserva de Contingência servirá tanto para a abertura de créditos adicionais quanto para o atendimento dos riscos fiscais, passivos contingentes e imprevistos e deve ter destinação precisa e, por esse motivo, ser prescrita na legislação específica: Lei de Diretrizes Orçamentárias.⁴

A título de exemplificação, citemos o absurdo quanto aos fins destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, o FDD, segundo a explanação pontual do Procurador da República Venzon:

Estabelecidas as finalidades pelas quais foi instituído o FDD, veremos, no presente tópico, que o referido fundo federal não tem sido efetivo no cumprimento delas. Apesar da receita sempre crescente do FDD,

⁴ CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2020. p.201.

este não tem sido capaz de atender as demandas por recursos para execução de projetos para tutela de interesses difusos e coletivos. O maior problema, sem dúvida, é o contingenciamento, com fundamento no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal 77 “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”, dos recursos do FDD para assegurar as metas de *superavit* primário do Governo Federal. Isso é reconhecido pelo órgão executivo do FDD, conforme se extrai, claramente, do seu Relatório de Gestão do Exercício de 2016 (Brasil, 2017b, p. 38): *O volume de projetos apresentados aumenta a cada ano, devido, principalmente, à divulgação do FDD, e ao trabalho desenvolvido pelos convenientes. Porém, o número de projetos apoiados está aquém do ideal, tomando-se por base a relação entre recursos aplicados e arrecadação do Fundo.* É bem verdade que os recursos não advêm diretamente da conta do FDD, e sim do orçamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mas quanto maior a execução, melhores são as chances de nos próximos anos haver uma implementação nos recursos. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 125-146 – jul./dez. 2017 135. Porém, *o contingenciamento financeiro sistemático ano após ano vem reduzindo o número de projetos apoiados.* Situação preocupante vem ocorrendo na elaboração e na execução orçamentária, pois as Unidades que dispõem de receitas diretamente arrecadadas (fonte 150) e receitas vinculadas (fontes 118, 174, 175 etc.), vêm sendo compelidas gradativamente a formarem montantes superavitários em função da diferença entre a estimativa de arrecadação de receitas e o limite monetário efetivamente concedido para o financiamento das suas despesas anuais, repercutindo assim sobremaneira na formação da chamada Reserva de Contingência na própria Unidade Orçamentária. Esta situação é recorrente devido aos limites monetários para elaboração e execução do orçamento serem inferiores ao total estimado e arrecadado das receitas, gerando assim superávits anuais. *Quando é solicitada liberação de parte dos recursos da Reserva de Contingência prevista no orçamento do FDD, a Secretaria de Orçamento Federal – SOF/MPOG nega, justificando a inexistência de espaço fiscal para aumentar as despesas discricionárias.* [Grifo nosso].⁵

⁵ VENZON, Fábio Nesi. In: *Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e a defesa dos direitos coletivos.*

Nas ponderações realizadas, um retoque: não há sentido em impedir um contingenciamento, inclusive, em detrimento de fundos públicos diante da excepcionalidade da situação vivenciada, como a recente pandemia de coronavírus, rebeliões de presos com mortes, abastecimento de serviços essenciais, desastres da natureza, entre outros.

O que não pode ocorrer, no entanto, e que já virou uma “praxe administrativa” sem o beneplácito da Lei de Diretrizes Orçamentárias (artigos 71 *usque* 74), é o desvio de receitas dos fundos públicos para outros fins, ainda que também públicos, sem a premência de uma situação fortuita ou grave e, o pior, sem reposição dos valores transferidos para o fundo público respectivo.

Com dados elucidativos concretos do Fundo Público de Direitos Difusos, Venzon aponta:

Vamos ilustrar melhor a gravidade do cenário de restrição orçamentária que vem passando o FDD, trazendo alguns dados dos anos de 2003 a 2016. Conforme consta no Relatório de Gestão do Exercício de 2015 do FDD, houve empenho de recursos na ordem de R\$ 3.833.440,00 (Brasil, 2016, p. 13), alocados para onze projetos, e a arrecadação nesse mesmo ano foi de R\$ 563.326.342,06, conforme tabela acessada no *site*⁶ do Ministério da Justiça. E essa situação decorre do contingenciamento efetuado pela União em relação aos recursos do FDD, o que tem impedido o fundo de atender a demanda das organizações da sociedade civil e de órgãos públicos por recursos para executar projetos em prol da defesa de interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, em 2013, de 507 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 45 projetos como prioritários, mas apenas treze foram efetivamente conveniados naquele ano. Em 2014, de 699 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, houve seleção de 36 projetos como prioritários e somente 22 conveniados. Em 2015, de 526 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, foram selecionados 29 projetos como prioritários, mas apenas onze efetivamente conveniados em 2015 (Brasil, 2016, p. 28). Em 2016, de 897 propostas de trabalho/cartas-consulta para seleção de projetos, sendo 470 da área meio ambiente, 364 da área outros (patrimônio histórico e outros direitos difusos) e 63 da área consumidor, 26 foram selecionados como prioritários, *mas apenas oito efetivamente conveniados* (Brasil, 2017, p. 38).

⁶ Disponível no *site* do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seusdireitos/consumidor/direitos-difusos/Arrecadacao>>. Acesso em: 12 maio 2017. Ou seja, *apenas 0,68% dos recursos arrecadados pelo FDD foram aplicados nas finalidades do fundo*. No ano de 2016, a situação foi ainda pior, pois, arrecadados R\$ 775.034.487,759.

Colocando, lado a lado, a importância arrecadada:

Ano	Arrecadação (R\$)*	N. de projetos apoiados
2003	3.656.386,00	36
2004	5.215.806,00	34
2005	4.223.215,85	31
2006	11.377.709,29	23
2007	29.966.549,71	42
2008	72.758.068,56	37
2009	49.716.227,52	29
2010	30.814.409,52	45
2011	41.462.227,35	30
2012	57.012.619,56	16
2013	120.288.753,13	13
2014	192.354.624,49	22
2015	563.326.342,06	11
2016	775.034.487,75	8 ⁷

Esse é o panorama dos fundos públicos de direitos difusos: repasse de receitas para um fundo regularmente criado, contingenciamentos sequenciais, projetos apresentados e recusas sucessivas; nada concretamente realizado. *Em síntese: nada no mundo fenomênico difere após a formação de um fundo, apesar da lei instituidora, apesar da arrecadação expressiva e receita disponível!*

⁷ Os dados de arrecadação não foram extraídos da tabela inicial existente na página do FDD no site do Ministério da Justiça, que engloba a arrecadação desses anos, mas sim de tabelas específicas para cada ano, igualmente disponível em *link* na mesma página, informação que reputamos mais confiável, por VENZON, Fábio Nesi. In *Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e a defesa dos direitos coletivos*, por VENZON, Fábio Nesi.

5. A PEC 187/19

Como se não bastassem tantos desajustes ao cumprimento da norma, encontra-se em pauta a Proposta de Emenda Constitucional nº 187, cujo objetivo é a *extinção de todos os fundos públicos*. A Comissão de Constituição e Justiça — CCC — já aprovou o texto originário, com a ressalva dos fundos públicos de matiz constitucional serem preservados e de os fundos públicos, realmente, significativos serem ratificados por lei complementar superveniente.

A PEC coroa a violação de competências materiais estabelecidas na Constituição da República ao estender os limites de seu texto aos demais entes federativos da República. Assim, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem externarem qualquer intenção legislativa para tal, teriam seus respectivos fundos públicos também extintos. Salta aos olhos a CCC não ter apresentado a esperada irresignação para esse ponto de extremo relevo.

Ao contrário do que se implementou com os fundos de direito privado, filantrópicos, quanto a um sistema transparente de gestão (Lei nº 13.800/19), em linha oposta, o Poder Público, quanto aos fundos genuinamente públicos, aguarda sua extinção. As receitas dos diversos fundos continuarão a ser enviadas, se aprovada a PEC, diretamente para a conta do Tesouro Nacional, relativamente aos fundos públicos da União.

A sociedade civil e os operadores do direito são obrigados a assistir esse espetáculo de impropriedades passivos e inertes? Importante mencionar que, como tudo que seja proveniente do Poder Constituinte Derivado deve se adequar às imposições do núcleo intangível da Carta Maior, o artigo 60, parágrafo 4º e seus incisos. Nessa temática, sublinhe-se:

Tema polêmico acerca desses limites refere-se à abrangência da expressão “direitos individuais”. É que se questiona sobre a possibilidade de emenda constitucional reduzir direitos sociais e coletivos, uma vez que o art. 60, §4º, IV, só estaria a impedir a emenda tendente a abolir *direitos individuais*, não se incluindo, pois, nessa categoria, os direitos sociais. INGO WOLFGANG SARLET combate a interpretação literal e restritiva que se poderia realizar sobre esse dispositivo. Os argumentos que apresenta devem ser acatados: i) não se pode admitir, na Constituição brasileira, nenhuma primazia entre os direitos de defesa (liberdades clássicas) e os direitos sociais, pois em nenhum momento a Constituição alberga tal diferenciação; ii) muitos dos direitos sociais são equiparáveis, em sua estrutura e regime, aos direitos individuais, especialmente aos direitos do art. 7º; iii) a leitura literal restritiva teria de excluir do âmbito das cláusulas pétreas não apenas os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade (direito básico para a realização dos demais direitos) e

os direitos políticos (com exceção do voto), que não foram também referidos expressamente no art. 60, §4º; iv) os direitos sociais e coletivos acabam sendo, ao final, direitos também de interesse individual, embora de expressão coletiva; e v) é questionável que os poderes constituídos possam indicar quais dos direitos fundamentais são irredutíveis, e quais não.⁸

Os Princípios constitucionais são cláusulas pétreas, integram o núcleo duro e intocável da Constituição da República em vigor, na esteira do artigo 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos *princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto, nenhuma espécie normativa advinda do Poder Constituinte derivado, inclusive a PEC 187/19 pode violar Princípio Constitucional, a exemplo da flagrante violação ao Princípio da Moralidade Administrativa.

Não é moral administrativamente a Chefia do Executivo, em mandato representativo e temporário, desconstituir tudo o que se experimentou na gestão com fundos públicos ao longo de décadas. Se, *a contrario sensu*, dificuldades quanto a gestão de bens e serviços públicos já existiam com a presença dos fundos públicos, imagine-se quando forem completamente extintos?

Como alhures mencionado, é princípio basilar de Administração que quanto mais descentralizado, guardado o controle necessário para harmonizar e fiscalizar bens e serviços, o resultado final é mais satisfatório. A proposta da PEC vem na contramão de tudo o que já se testou e não pode encontrar amparo na pretensa moralidade administrativa. Fere o Princípio da Moralidade Administrativa desafiando os controles de constitucionalidade difuso - *incidenter tantum* ou concentrado, caso seja aprovada como espécie normativa, efetivamente.

Por fim, não menos imoral administrativamente é a conduta reiterada de Chefes do Poder Executivo utilizarem o expediente de gestão orçamentária denominado “decreto de contingenciamento” para impedir, ou postergar, a realização dos fins estabelecidos em diversos fundos públicos ao realizarem, não raro, o repasse das receitas ali contidas para outros setores da Administração Pública. Não nos referimos aqui, reafirme-se, em situações de excepcionalidade, a toda prova fortuitas, mas de rotina administrativa. O Princípio da Moralidade Administrativa aqui, também, é flagrantemente violado.

Referências bibliográficas

BASSI, Camilo de Moraes - artigo: *Fundos Especiais e Políticas Públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento*.

⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Editora: Saraiva Jur. p.156.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 9ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Editora: Saraiva Jur.

VENZON, Fábio Nesi - artigo: *Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e a defesa dos direitos coletivos*.

Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível. 3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível. 3.1. Contornos normativos. 3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Persecução Cível como ato discricionário. 3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível. 3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida. 4. Escolha das sanções a serem impostas. 4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções. 4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional. 4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais. 5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções. 6. Conclusões.

Resumo

O estudo proposto destina-se a investigar o acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Serão analisados os pressupostos formais e materiais para sua concretização, bem como vários problemas teóricos que serão objeto de constante preocupação doutrinária, tais como: legitimidade concorrente; espécies de sanções cabíveis de serem propostas; necessidade ou não de homologação judicial; distinções entre acordos de não persecução e compromisso de acordo de conduta e outros. O método é o dedutivo, por meio da análise de leis, livros, artigos jurídicos e orientações jurisprudenciais

Abstract

The proposed study aims to investigate the civil non-persecution agreement on Administrative Improbability Law ("Lei da Improbidade Administrativa"). It will be analyzed the formal assumptions and materials for its concretization, as well as various theoretical problems that will be object of constant doctrinal concern, such as: competing legitimacy; types of suitable sanctions to be proposed; necessity or not of judicial homologation; distinctions between non-persecution agreements and commitment to conduct

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu, Coimbra. Promotor de Justiça titular do Ministério Público do Estado do Paraná.

agreements, and others. The method is the deductive, through the analysis of laws, books, legal articles, and jurisprudential guidelines.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Acordo de Não Persecução. Sanções aplicáveis.

Key words: *Administrative law sanctioning. Non-persecution agreement. Applicable sanctions.*

1. Introdução

A Lei nº 13.964, sancionada no dia 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), trouxe inúmeras alterações na legislação brasileira. Embora algumas disposições tenham sido, de fato, importantes para o combate à criminalidade, é certo que o então projeto proposto pelo Ministro da Justiça sofreu significativas alterações que desnaturaram os propósitos originalmente almejados.

Não é este, todavia, o momento em que serão abordadas referidas alterações. Busca-se neste artigo analisar, exclusivamente, as mudanças promovidas pelo pacote anticrime na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), especificamente quanto a admissão do acordo de não persecução cível.

Assim, o pacote anticrime, ao tempo em que revogou o parágrafo primeiro do art. 17 da mencionada Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei especial, admitiu o acordo de não persecução cível, nos termos desta lei.¹

Vale observar que as disposições legais que implementariam as situações legitimadoras do acordo de não persecução cível foram vetadas pela Presidência da República, cujo veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

Portanto, a significativa alteração de postulados fundamentais até então concebidos pela Lei de Improbidade Administrativa, correspondente à não aceitação de qualquer transação, acordo ou conciliação em razão da indisponibilidade do direito resguardado por este ramo do direito administrativo sancionador, foi apenas parcialmente regulado pelo Pacote Anticrime, já que, de um lado, previu o instituto da não persecução cível; e, por outro, não estabeleceu seus pressupostos de atuação, tal como ocorreu no acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Nesse viés, será necessário verificar se a ausência da previsão dos pressupostos de admissão do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa

¹ Sobre uma ótima reflexão acerca de soluções consensuais de conflito, vide “Solução Extrajudicial de Conflitos na Proteção do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa”, de autoria de Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi, publicado em Revista dos Tribunais, vol. 994/2018, p. 49–69, ago./2018.

inviabiliza a adoção do instituto. E, com a possibilidade de sua utilização, delinear as normas que o orientam, com seus contornos e limites de aplicação.

Pretende-se, também, averiguar quais são os elementos do acordo de não persecução cível, conceito, natureza jurídica, alcance e limites, a partir dos princípios fundamentais que gravitam no microsistema do direito administrativo sancionador. Deve-se, outrossim, divisar institutos como acordo de não persecução cível e compromisso de ajuste de conduta, com seus respectivos objetos e pressupostos.

Visa-se, por derradeiro e de *lege ferenda*, a apontar alguns referencias para aplicação do acordo de não persecução na improbidade administrativa, quer porque se trata de instituto recente e, por isso, comporta acurado exame, quer para identificar pressupostos de estabelecimento ou, ainda, para demarcar os limites de atuação dos órgãos acometidos do poder-dever institucional de coibir atos de improbidade administrativa.

Para cumprir esse propósito, existem diversos problemas que devem ser objeto de reflexão, quais sejam indagar se o acordo de não persecução civil por um colegitimado vincula outros que também detenham legitimidade; se o referido acordo trata-se de um ato administrativo vinculado ou discricionário, bem como se o eventual cumprimento de seus requisitos gera direito subjetivo à sua obtenção; verificar se há plena liberdade de proposição de quaisquer das espécies de sanção decorrentes do ato ímprobo ou se algumas delas apenas podem ser impostas com o transcurso do devido processo legal, sucedido de uma condenação transitada em julgado.

Também se tem como problema quanto ao momento de proposição do acordo de não persecução na esfera da improbidade administrativa, bem assim se há ou não irrenunciabilidade de direitos fundamentais quando da aceitação de qualquer espécie de sanção decorrente do ato de improbidade administrativa.

Realiza-se, outrossim, breve abordagem acerca dos limites eventualmente impostos ao proponente do acordo de não persecução na proposição das espécies de sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa.

Por derradeiro, apresenta-se algumas aproximações e distinções entre o acordo de não persecução civil e a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

Ao fim, as principais conclusões extraídas do estudo proposto são explicitadas.

2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível

O acordo de não persecução cível estabelecido pelo Pacote Anticrime, com a inserção do art. 17, § 1º da Lei nº 8429/1992, consiste na possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais

honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Reputa-se necessário, entretanto, o estabelecimento de determinados critérios objetivos, que se caracterizam em verdadeiras barreiras de contenção doutrinária, destinadas à proba e eficiente utilização do instituto da não persecução civil, já que sua finalidade precípua deve ser o aprimoramento de mecanismos para fortalecer a proteção dos bens jurídicos resguardados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Apontada estas breves considerações iniciais, há que se estabelecer algumas distinções conceituais do acordo de não persecução civil, compromisso de ajuste de conduta, colaboração premiada na improbidade administrativa e acordo de leniência.

Nesse cenário, como o Pacote anticrime alterou o art. 17, § 1º da Lei nº 8429/92, ao prever o acordo de não persecução civil sem delimitação de seu campo de abrangência, entende-se que, para fins de delimitação dos pressupostos de atuação, deve-se nominar acordo de não persecução civil como gênero, para abarcar todas as espécies abstratamente previstas na legislação, sendo espécies: compromissos de ajustamento de conduta; acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais e acordos de não persecução civil de caráter instrumental.² Estes se concretizam nas colaborações premiadas ocorridas na improbidade administrativa ou no acordo de leniência. Já os acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais são aqueles que não exigem qualquer espécie de colaboração do autor do fato ímprobo. Recaem sobre os atos de improbidade administrativa de gravidade média/grave, ou de escassa gravidade, que são as modalidades de ato de improbidade de menor potencial ofensivo.

Note-se que, no TAC, em decorrência de sua limitação legal contida na Lei de Ação Civil Pública e na Resolução nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, o titular da pretensão poderá firmá-lo sem disponibilização do direito material, limitando-se o acordado ao prazo ou forma de cumprimento da obrigação pactuada. Assim, v.g., no parcelamento dos danos causados ao erário, ou do pagamento da multa imposta, parcela-se, sem disponibilidade do direito. O TAC, assim, pode ser efetivado a qualquer tempo.

Já no acordo de não persecução civil em sentido estrito não instrumental, várias situações podem ocorrer. A uma, o ato de improbidade administrativa é dotado de escasso desvalor de comportamento e de resultado e que, segundo o princípio da proporcionalidade, assim como a eficiência administrativa, legitimam que o Ministério Público, fundado em um juízo discricionário devidamente motivado, justifique o rápido ressarcimento do erário, ou o pagamento de eventual multa imposta, sem a propositura de outras sanções decorrentes do ato de improbidade. Nesta hipótese, firma-se um instrumento, materializado no próprio acordo de não persecução civil, com

² Esta classificação provém do professor de direito administrativo e Promotor Adjunto da Subjur do Ministério Público do Estado do Paraná, Cláudio Smirne Diniz, que muito contribuiu para o aprimoramento das ideias defendidas neste estudo.

antecipação da sanção que, segundo a magnitude do injusto ímprobo, é apropriada à espécie. Este acordo de não persecução cível pode ser na fase da investigação, ou no processo, até a contestação.

Uma segunda hipótese, ainda denominada de acordo de não persecução cível em sentido estrito, pode ter por objeto um ato de improbidade dotado de média ou grande gravidade, em que o titular da pretensão acusatória, após emitir um juízo de valor quanto as espécies de sanções a serem propostas, discriminará no acordo as espécies de sanção propostas, sejam elas de proibição de contratar com o poder público, perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos. Note-se que, aqui, os atos normativos a serem estabelecidos, de *lege ferenda*, pelo Congresso Nacional, ou Ministérios Públicos ou Conselho Nacional do MP, deverão disciplinar as hipóteses em que será necessário ou não a confissão, já que, no mais das vezes, sua exigência inviabiliza o acordo de não persecução, sobretudo nas hipóteses em que o autor do fato ímprobo é político ou tem pretensões políticas.

Digno de registro, outrossim, que embora a confissão possibilite o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, o que autoriza e legitima a incidência do microsistema punitivo do Estado, com as correspondentes limitações ou restrições aos direitos fundamentais do autor do fato ímprobo (assunto a ser oportunamente tratado), é plenamente possível normativamente estabelecer sua necessidade ou desnecessidade, à vista de determinadas condicionantes estabelecidas na legislação (*de lege ferenda*).

Sem se adentrar no debate a ser desenvolvido, relativamente à ilegalidade ou inconstitucionalidade na proposição de acordo de não persecução de sanções graves (suspensão de direitos políticos/perda da função pública), com a simples homologação judicial, já que na espécie há o exercício da defesa técnica e autodefesa, é possível editar, normativamente e na forma admitida pela disposição contida no art. 190 do Código de Processo Civil, que as partes convençionem cláusulas processuais com ritos abreviados, com cognição probatória abreviada, em que o autor do fato já reconhece e ratifica as provas produzidas durante a fase de investigação, sem a possibilidade da interposição de recursos advindos desta sucessão de atos processuais.

Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o direito administrativo sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciará uma duração razoável do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais. O magistrado, equidistante das partes, fiscalizará e exercerá os poderes inerentes à jurisdição, sempre que assim se fizer necessário para a busca de uma solução justa.

Claro que se necessita um olhar proativo para o exercício da jurisdição. Não a vislumbrar como uma necessária sucessão encadeada de atos processuais herméticos. É hora de se conferir aos sujeitos do contraditório maior proeminência e responsabilidade no exercício de seus direitos fundamentais, quer porque seu titular, acompanhado de advogado, pode reconhecer a restrição a direito que lhe pertence, quer porque,

via de regra, é o Ministério Público que figurará em um dos polos do negócio jurídico proposto, no exercício de parcela legítima de função Estatal.

A terceira e última espécie do acordo de não persecução cível, de caráter instrumental, seria a colaboração premiada na improbidade administrativa e do acordo de leniência, que se materializam no poder do titular da pretensão acusatória (ou outro colegitimado), em decorrência de colaboração premiada firmada com o autor do fato delituoso ou fato ímprobo, ou com a pessoa jurídica que, por meio de seus representantes, pratica ato ilícito, renunciar uma, algumas ou todas as espécies de sanção decorrentes da improbidade administrativa ou previstas na Lei Anticorrupção, já que a importância dos elementos probatórios apresentados pelo colaborador são fundamentais ao deslinde da investigação. No acordo de leniência não se faz necessário a homologação judicial, já que inexistente previsão na lei de regência (Lei Anticorrupção nº 12846/13; Lei nº 12569/11 - CADE).

Observe, a propósito, que no acordo de não persecução cível de caráter instrumental, admite-se total disponibilidade das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade ou na Lei Anticorrupção, já que sua natureza materializa-se em verdadeiro instrumento conferido aos órgãos de persecução do Estado para fins de investigação e descortino de fatos ímprobos.

Pode-se questionar, por outro vértice, se a criação do acordo de não persecução cível trata-se de uma medida salutar no microssistema de proteção da probidade administrativa. É indubitoso que a eternização dos processos, somado a infundáveis prescrições de ações penais e de improbidade administrativa criaram um “solo” propício para a promoção e aprovação destas recentes alterações na legislação brasileira. A consensualidade, então, passa a ser fundamental meio da promoção e salvaguarda de direitos coletivos, ainda que alguns deles no passado recente tenham sido marcados com o status de sua indisponibilidade.

Indaga-se, outrossim, se a ausência de expressa previsão na Lei de Improbidade Administrativa dos pressupostos para a efetivação do acordo de não persecução cível inviabiliza sua proposição, diante do veto presidencial e de sua manutenção pelo Congresso Nacional.

A resposta a esta questão é certamente negativa, já que o diálogo das fontes permite a utilização dos referenciais advindos do microssistema penal para o direito administrativo sancionador, quer porque há balizas doutrinárias e jurisprudenciais que certamente servirão como regras intransponíveis e limitadoras de eventuais propostas de não persecução civil desmedidas, quer porque as aproximações decorrentes de microssistemas estatais que consagram o direito de punir do Estado não apenas podem como devem se inter-relacionar.

Para logo, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, que se aperfeiçoa pela manifestação de vontade em sentidos opostos; de um lado, o Ministério Público ou colegitimado, após a realização de um juízo de valoração firmado na maior ou menor magnitude do injusto, formulará

a proposta de acordo, que consistirá a necessidade de reparação do dano, cumulada com uma ou mais das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa; de outro, o autor (s) do fato ímprobo (s), por intermédio da autodefesa e defesa técnica, poderá aceitar as propostas apresentadas, entabular contraproposta, para, assim, concretizar o negócio jurídico.

É *sui generis* porque: de um lado, há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.

Ainda assim, trata-se de negócio jurídico bilateral, entendendo-se que, de um lado, o Promotor de Justiça/Procurador da República ou outros legitimados não são obrigados à sua proposição; de outro, o autor do fato ímprobo não possui direito subjetivo à obtenção da proposta. Este assunto será devidamente retomado em tópico específico.

3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível

3.1. Contornos normativos

Conforme já foi enfatizado, inexistente, ao menos até o momento, delimitação dos pressupostos necessários ao aperfeiçoamento do acordo de não persecução cível. Esta assertiva, é claro, não se estende ao acordo de não persecução na seara processual penal, que além de admitir sua ocorrência, estabeleceu as condições necessárias à sua aplicação, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Embora inexistente no Código de Processo Civil ou mesmo na Lei de Improbidade Administrativa expressa previsão dos requisitos necessários à aplicação do acordo de não persecução cível, ao menos até o momento, entende-se plenamente admissível o diálogo entre os microssistemas penal e administrativo sancionador, que emanam do poder punitivo e sancionatório do Estado (diálogo este que subsistirá até o advento de Lei ou ato normativo dos Ministérios Públicos Estaduais, nacional ou do Conselho Nacional do Ministério Público).

Reconhece-se, assim, que um dos fundamentos desse diálogo não é apenas porque os microssistemas possuem confluências que os aproximam, mas, fundamentalmente, porque, via de regra, a proximidade decorre do fato ilícito comum a partir dos quais consequências sancionatórias destes microssistemas advêm – fato de corrupção pública.

Nesse cenário, conforme já destacado em outra oportunidade, a corrupção trata-se de um ilícito multifacetário³. Com o mesmo comportamento funcional, pode o agente violar vários bens jurídicos protegidos por microssistemas diversos e incorrer em sanções correspondentes a cada ramo jurídico ofendido.

³ CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. In: *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, out./dez. 2017.

Assim, ao tempo em que o comportamento do agente corrupto é subsumido ao tipo de injusto penal, também se adequa às disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como está sujeito às sanções decorrentes de infrações disciplinares correspondentes. Ressalte-se que, valendo-se de pessoa jurídica para prática do fato ímprobo, também está submetido ao regramento previsto na Lei Anticorrupção.

Portanto, há um microssistema de proteção, há vários microssistemas (v.g. penal, administrativo) de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, segundo o grau de afetação do bem jurídico lesado, o maior ou menor desvalor de ação e resultado, assim como a maior exigência de conformação típica das ações ou omissões proibidas ou exigidas, segundo os postulados da determinação taxativa, corolário do princípio da reserva legal.

Assim, o ato de corrupção, com suas vertentes penal, civil e administrativa, legitima que os microssistemas de proteção dialoguem, não apenas porque parte do fato comum de corrupção, mas sobretudo porque emanam do poder de punir do Estado e com restrição ou limitação de bens ou direitos para tutela de interesses públicos fundamentais.

Nesse viés, admite-se a plena viabilidade de se utilizar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos pela disposição processual penal referente ao acordo de não persecução penal, para o instituto de acordo de não persecução cível.

Enfatiza-se que a admissão da utilização da analogia para colmatação do sistema jurídico é apenas admitido na hipótese de ausência de expressa previsão normativa dos pressupostos de admissão do acordo cível. Claro que, de *lege ferenda*, é plenamente admissível e recomendável que haja nova intervenção legislativa, para delimitar os pressupostos do acordo, na seara cível (até que sobrevenha ato normativo emanado dos Ministérios Públicos de cada ente federativo ou do Conselho Nacional do Ministério Público). Até que isso ocorra, reputa-se necessário a utilização da analogia.

Nesse cenário, dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal um conjunto de requisitos para aperfeiçoamento do acordo de não persecução penal, consistentes: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia a bens ou direitos que forem instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviços à comunidade; pagar prestação pecuniária e cumprimento de obrigação ou condição condizente e proporcional com a prática do ato ilícito praticado.

Assim, reputa-se compatível com a natureza do Ato de Improbidade Administrativa apenas algumas destas condicionantes, sendo elas: eventual confissão do ato ímprobo, com esteio na obrigação genérica admitida pela disposição processual penal, para fins de proposição de sanções de maior gravidade (a confissão, assim, serve como verdadeira premissa de submissão do agente ao regime de responsabilidade e sanção prevista no ordenamento jurídico. Não se recomenda, é verdade, em todas as espécies de atos ímprobos, conforme será oportunamente tratado).

De igual modo, nem sempre haverá um ilícito penal subjacente, já que se pode tratar de ato de improbidade administrativa que se limita a violar os princípios da

administração pública (art. 11, *caput*, da Lei nº 8429/92) ou que cause lesão culposa ao erário, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, sem um correspondente típico penal. Todavia, a inexistência do ilícito penal subjacente ao ato ímprobo não inviabiliza o diálogo das fontes entre o direito penal e o administrativo sancionador (improbidade administrativa).

Quanto ao requisito relativo a reparação do dano ou restituição da coisa desviada ou subtraída da vítima (no ato de improbidade, a pessoa jurídica de direito público ou privado que receba subvenção pública), vislumbra-se que é condição necessária para que haja restituição do dano causado ao erário, decorrente da prática do ato ímprobo. Trata-se, na hipótese, da espécie de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário nos termos do art. 10, *caput*, da Lei nº 8429/92. Então, a reparação do dano limita-se a esse tipo de injusto ímprobo, não sendo exigível nas demais espécies ímprobos (art. 9º e 11).

Por outro lado, nas situações de enriquecimento ilícito, o valor acrescido ilicitamente ou mesmo os bens eventualmente desviados ou subtraídos (peculato) do ente público ou privado que recebe subvenção pública devem ser entregues à Administração Pública.

Outra condição, ainda que genericamente estabelecida pela Lei Processual Penal, é que o acordo de não persecução seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Essa é a regra de prevenção, geral e especial, inerente à sanção penal. Para o correspondente na improbidade administrativa, reputa-se fundamental que a escolha das sanções a serem impostas, além de analisar a magnitude do injusto ímprobo, deve, também, ter como referencial o desestímulo a novas práticas ímprobos, tanto em seu caráter geral quanto especial.

Reprise-se, em sede conclusiva, que embora se preconize, no estudo proposto, a utilização da analogia das regras processuais penais referentes ao acordo de não persecução criminal, força é reconhecer que a Lei, emanada do Congresso Nacional, ou os atos normativos provenientes dos Ministérios Públicos Estaduais ou Nacional ou até do Conselho Nacional do Ministério Público, podem e devem estabelecer pressupostos próprios, diversos daqueles constantes na disposição processual penal, dada as peculiares condições dos atos de improbidade administrativa. Quiçá, a confissão ou reconhecimento da prática do ato de Improbidade administrativa seja apenas recomendável nas espécies de sanções de grande gravidade, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública, já que, nestas hipóteses, algumas restrições de direitos fundamentais exigem, conforme será oportunamente defendido, que o reconhecimento da prática do fato ímprobo seja um dos antecedentes indispensáveis para a concretização das sanções graves a serem dispostas no Acordo de Não Persecução Cível.

3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Persecução Cível como ato discricionário

O acordo de não persecução cível trata-se de um ato administrativo discricionário porque se incumbe ao legitimado ativo emitir um juízo de valoração e ponderação acerca da conveniência e oportunidade para sua concretização. Exige, assim, verificar se as sanções a serem propostas, proporcionais à magnitude do injusto ímprobo, também previnem, geral e especialmente, novas práticas ímprobas.

Nesse viés, não é possível exigir do legitimado a proposição do acordo. Na qualidade de ato discricionário, não gera direito subjetivo do autor do fato ímprobo à obtenção do acordo de não persecução. A proposição, ou não, está no espectro de atribuição do titular da função pública, que deverá fundamentar a orientação perseguida.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, ao esclarecer as características do ato vinculado, afirma que:

[...] esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; nesse caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.⁴

Adiante, Di Pietro delimita o ato discricionário, como sendo aquele em que:

[...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...].⁵

Nessa métrica, o colegitimado, v.g., Promotor de Justiça, possui a faculdade de, à vista da concreta situação a ele submetida, verificar se o acordo de não persecução cível terá o condão de atingir os fins a que se destina, sobretudo após apropriadamente sopesar se as espécies de sanções são proporcionais ao ato ímprobo praticado. Pode,

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

⁵ *Ibidem*.

ao contrário, verificar que, estrategicamente e para os fins de combate à espécie de ato de improbidade de que se trata, não ser passível de concretizar esse negócio jurídico.

Forçoso é observar, outrossim, que o caráter de ato administrativo discricionário não deslegitima a natureza do acordo de persecução como negócio jurídico bilateral, que pode ter natureza processual ou extraprocessual, dependendo da fase de sua concretização. Sua discricionariedade não é arbitrária, sendo os motivos expostos passíveis de controle na instância ministerial superior (quando o legitimado é o Ministério Público), aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP.

Nesse cenário, o que se defende é a não utilização das prerrogativas institucionais de forma arbitrária, desarrazoada, já que se consubstancia em comportamento inadmissível em um Estado de Direito democrático. Portanto, a ausência de um subjetivo direito à obtenção de acordo de não persecução não significa afirmar a necessidade de aceitação de decisões arbitrárias e respaldadas em meros caprichos da autoridade investigada da função pública.

Registre-se, por fim, que ao afirmar que o acordo de não persecução cível trata-se de ato administrativo, é fato que, de um lado, os demais requisitos do ato administrativo devem estar presentes – competência, finalidade e forma – e, sobretudo, deve ser devidamente motivado, porque em uma República todo ato administrativo, executivo ou judicial, são passíveis de controle (direta ou indiretamente).

3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível

É fato que o acordo de não persecução cível deve ter uma limitação temporal para sua propositura, quer porque se deve exigir lealdade dos sujeitos envolvidos, quer porque os princípios da economia, duração razoável do processo e eficiência não admitem que se autorize a realização de uma longa e acirrada discussão probatória, para, ao final, se propor ou não o acordo.

Portanto, embora esta disposição legal constante no pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato ímprobo aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/oportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também, violação da eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional.

É fato que inexistente uma limitação temporal para a propositura do acordo de não persecução cível. Assim, sugere-se, de *lege ferenda* e para evitar celeumas doutrinárias e jurisprudenciais, que esta matéria seja disciplinada pelos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público ou, é claro, por nova intervenção legislativa.

3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida

O Presidente da República vetou a disposição legal que conferia exclusiva legitimidade ao Ministério Público na celebração do acordo de não persecução cível. Este veto foi mantido pelo Congresso Nacional. Nessa ordem, aplica-se a teoria geral a respeito do tema, no sentido de que aquele que detém legitimidade para propor a ação civil pública (entes lesados), também detém capacidade de efetivar o acordo de não persecução cível com o autor do fato ímprobo.

Há um problema, todavia, que será objeto de muitas controvérsias. Consiste na legitimidade concorrente para a celebração do acordo de não persecução cível, esteado no mesmo fato ímprobo. Assim, *v.g.*, o titular da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina firma acordo de não persecução cível com um autor de fato ímprobo. Este acordo, que terá força de título executivo extrajudicial, não vincula os demais concorrentes, que detêm a legitimidade para propor a correspondente ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa. Idêntica assertiva estende-se à hipótese do acordo a ser efetivado no processo.

Assim, para evitar que um ou alguns dos colegitimados ingressem com ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa já firmado acordo de não persecução com outro legitimado, deve a defesa técnica buscar a reunião dos colegitimados na “negociação”, no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado.

Questão importante, outrossim, é indagar se no acordo de não persecução cível deve constar eventual possibilidade de se utilizar as declarações do colaborador e dos elementos de prova por ele apresentados, para fins de ser, eventualmente, utilizado por outro colegitimado.

A questão tratada é a transversalidade ou não dos termos de colaboração premiada ou do acordo de não persecução cível, segundo a qual se admitirá a utilização das provas apresentadas pelo colaborador ou agente ímprobo, ou suas declarações, em outras instâncias, judicial e administrativa e, como decorrência desta utilização transversal das provas conferidas pelo colaborador (na hipótese de acordo de não persecução cível de caráter instrumental), também admita a redução/isenção de sanções previstas nos demais microssistemas de controle da Administração Pública.

O que se discute, *v.g.*, é se um colaborador que confessa a prática de um fato de corrupção pública, assim como apresenta inúmeros elementos de prova de sua concretização, poderá ter sua confissão, pressuposto da colaboração premiada aperfeiçoada no campo penal e demais provas, transportada para a improbidade administrativa e para a infração administrativa, sem sua anuência expressa no compromisso firmado. Admitido esse “transporte” para outras esferas de responsabilidade, metriticamente também há que se exigir a redução ou isenção das sanções previstas, segundo a extensão e profundidade da colaboração.

Nesse viés, entende-se que ao colaborador assegura-se o direito à não autoincriminação e, via de consequência, o direito constitucional ao silêncio, razão pela qual apenas se pode utilizar as provas contra ele produzidas nos estritos limites de sua aquiescência, fruto do negócio processual aperfeiçoado com o Estado acusação. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica são sustentáculos desta orientação.

São oportunas as considerações de Anamaria Prates Barroso (2019), segundo a qual:

Quando decide por colaborar, o colaborador opta por não exercer o seu direito à não autoincriminação. O direito fundamental à não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* está previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica. Engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. O § 14 do artigo 4º da Lei 12.850 dispõe que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio. Homologada a delação, o colaborador tem direito subjetivo às sanções premiais acordadas. Entretanto, não pode o colaborador se ver surpreendido com a utilização de suas declarações como meio de prova contra ele em quaisquer outras ações. A colaboração está fincada nos princípios da confiança e da segurança jurídica.⁶

Estas ponderações, é claro, estendem-se a eventuais acordos de não persecução cível, ou seja, é necessário que na hipótese de confissão do fato pelo autor do ato de improbidade administrativa como pressuposto do acordo seja explicitado, em cláusula expressa, a plena transversalidade do acordo ou, eventualmente, conste ressalva quanto a necessidade de manifestação expressa do juízo competente acerca da admissão do empréstimo da prova, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica, exigindo, é claro, que as instâncias administrativas que assim pleiteiem o empréstimo da prova, se comprometam a repercutir, proporcionalmente, na sanção prevista.

Registre-se, uma vez mais, que em decorrência do diálogo das fontes, admite-se a aplicação das normas de direito processual penal e penal ao microsistema do direito administrativo sancionador, até que, eventualmente, surja nova disciplina legal que preceitue requisitos próprios para o acordo de não persecução cível.

Por outro lado, na hipótese da relação jurídica processual já ter sido constituída, necessário se faz chamar os legítimos, como interessados, conforme autorização encartada no art. 17, § 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a notificação

⁶ BARROSO, Anamaria Prades. A Transversalidade do Acordo de Colaboração Premiada e seus Efeitos na Demissão do Servidor Público. In: *RBCCRIM*, vol. 157, jul. 2019.

da pessoa jurídica lesada (administração direta ou indireta), para integrar a lide, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/1965).

Será muito comum, outrossim, que haja dois órgãos de acusação diversos para atuação no fato, um com atribuições para a esfera penal e outro para a da improbidade administrativa, conforme frequentemente ocorre nas Promotorias Criminais e nas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público Cível. É evidente que, cada qual no espectro de sua atribuição, pode firmar acordo de não persecução, criminal e cível. O ideal, é claro, sobretudo em decorrência do princípio da unidade institucional, é que estes órgãos de acusação troquem informações e coordenem esforços a fim da promoção de um acordo único, que espraie seus efeitos na seara penal e civil correspondente.

Não se olvida, é claro, que há independência funcional de cada órgão Ministerial, mas não é menos certo que determinados temas, sobretudo quando ligados ao combate à corrupção pública, precisam ter critérios ou linhas de atuação institucional, hipótese em que se admite uma flexibilização das orientações pessoais em favor da linha institucional adotada.

Este assunto, todavia, é bastante complexo e de difícil trato neste trabalho, eis que extrapola os limites inicialmente propostos. Há que se aprofundá-las, já que o Ministério Público, constituído de uma multiplicidade de membros com diferentes orientações jurídicas e ideológicas, pode e deve estabelecer diretrizes de atuação que, certamente, não maculam o princípio da independência funcional. Ao contrário, fortalece a instituição, conferindo-lhe o status de unidade e de coesão, na persecução dos fins determinados pela Constituição Federal.

4. Escolha das sanções a serem impostas

4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções

Uma vez escolhida as sanções a serem propostas, acomete-se ao autor do fato ímprobo, devidamente assistido por advogado, aceitar ou não os termos da proposição. Então, embora não se negue a natureza de negócio jurídico entre as partes, entende-se que se trata de um negócio jurídico *sui generis*, já que não há liberdade de escolha arbitrária das espécies de sanção a ser proposta. Há, de fato, uma discricionariedade, que exige a correspondente motivação para ensejar o controle. Acomete-se ao autor do fato ímprobo, assistido por advogado, o direito de aceitar ou não os termos do acordo, sugerindo eventual substituição de uma espécie de sanção por outra.

É claro que os princípios da publicidade, motivação dos atos administrativos e controle exigem que o proponente, ao propor as sanções decorrentes do fato ímprobo, justifique as escolhas abstratamente previstas, segundo o grau de afetação do bem jurídico e o desvalor da ação proibida.

Portanto, para imposição de uma sanção adequada e suficiente pela prática do ato de improbidade administrativa, recomenda Fábio Osório Medina uma percuciente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa, decomposto de desvalor de ação e desvalor de resultado, observando que:

Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...].

Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor.

Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de armanifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade.⁷

Nesse ambiente, a individualização das sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, que recai sobre o tipo de injusto, composto do desvalor de ação e desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico tutelado). Sua maior ou menor gravidade serão fundamentais para se aquilatar a(s) sanção(ões) a ser(em) proposta(s) no acordo de não persecução.

Assim, para estabelecer os pressupostos de imputação do tipo de injusto, exige-se, na dicção de Osório:

[o]s componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes.⁸

Portanto, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público. Trata-se aqui do desvalor de ação⁹.

Já o desvalor do resultado materializa-se no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. Assim, vultosos danos à Administração Pública, ou mesmo graves repercussões negativas dela advindas, são inevitavelmente elementos fundamentais a incrementar, a maior, o desvalor do resultado.

Emerson Garcia, com costumeira propriedade, cita lição de Marcelo Caetano quanto à responsabilização disciplinar de agentes públicos, no sentido de que:

[d]evem ser consideradas as circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior e o nível intelectual e de cultura etc., sendo atenuantes, "(...) o bom comportamento anterior do agente; o ter prestado serviços relevantes; a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o acatamento de boa-fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência."¹⁰

Estes são, via de regra, os delineamentos gerais da dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa, que serve de ótimo paradigma para o órgão proponente escolher, adequadamente, quais espécies de sanção devem ser sugeridas no acordo. Após a realização desta minuciosa análise, poderá o órgão de persecução propor as sanções aplicáveis à espécie, que poderão ser quaisquer das modalidades

⁸ *Ibidem*, p. 241

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013, p. 698/699.

abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: proibição de contratar com o poder público; perda da função pública; multa civil; suspensão dos direitos políticos.

Tem-se que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade, implicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá do agente Ministerial que sopesse, fundado na magnitude do injusto (maior ou menor desvalor de ação ou de resultado), quais sanções deverão ser sugeridas ao agente público que violou as disposições disciplinadas pela Lei nº 8429/92.

Por outro lado, poderia se argumentar que o Ministério Público ou outro órgão legitimado não poderia firmar o acordo de não persecução durante a fase de investigação (extrajudicial), porque se excluiria da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, nos termos do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (CF).

É evidente que o Judiciário apenas é chamado a intervir nas hipóteses em que não ocorram a autocomposição. Na estrutura administrativa do Ministério Público, há órgãos de controle superiores, que farão a necessária e crítica avaliação do fato, assim como das consequências dele advindas (sanção proposta). Exige-se, de *lege ferenda*, que os demais legitimados estruturem, administrativamente, a análise das decisões tomadas pelos seus órgãos de execução. O exercício de um legitimado na proposição do acordo de não persecução não inviabiliza o de outro, o que exige uma necessária convergência de atuação ou, ao menos, intercomunicação.

Reputa-se fundamental, outrossim, que o Ministério Público, quando não for o legitimado para firmar o acordo de não persecução, deve atuar como fiscal da lei, nos termos do art. 127, *caput*, da CF.

4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional

Os sujeitos do contraditório são as partes que entabulam o negócio jurídico, incumbindo-se ao órgão jurisdicional a função de avaliar os aspectos formais do negócio, vale dizer, o cumprimento dos pressupostos de sua admissão, assim como a plena liberdade de vontade do autor do fato ímprobo, cuja vontade deverá ser referendada pela defesa técnica (advogado).

Nesse viés, pautado no sistema acusatório albergado pelo Código de Processo Penal, aqui emprestado analogicamente, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel consiste em verificar a observância do devido processo legal, mediante exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes.

Portanto, não é recomendável que se macule o princípio da inércia da jurisdição, intervindo proativamente no negócio jurídico em proposição. Esta afirmação, entretanto, será oportunamente temperada em hipóteses excepcionais, em que o magistrado observe que as sanções propostas e aceitas pelas partes são ostensiva e

gritantemente desproporcionais à gravidade do injusto ímprobo, hipótese em que o órgão investido de jurisdição pode e deve negar homologação.

O autorregramento da vontade das partes vem expressamente admitida no art. 190 do Código de Processo Civil, assim como decorre do sistema acusatório também taxativamente previsto pelo Código de Processo Penal.

Antonio do Passo Cabral bem observou essa nova orientação, ao afirmar que:

[...] essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art. 3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também à definição do procedimento no processo penal.¹¹

Enquanto negócio jurídico, as partes deverão discutir as sanções passíveis que serão propostas no acordo de não persecução. É evidente que o proponente do acordo, na escolha da espécie de sanção a ser proposta, estará jungido ao maior ou menor grau de desvalor de comportamento ou de resultado, componentes necessários do injusto decorrente do ato ímprobo.

Claro que, excepcionalmente, poderá o magistrado intervir no acordo de não persecução pactuado, quando houver absoluta e ostensiva violação do princípio da proporcionalidade, ou seja, quando se verificar total incompatibilidade entre a natureza da sanção proposta, frente ao maior ou menor desvalor do fato ímprobo.

Nessa situação o magistrado, visando salvaguardar o princípio da proporcionalidade e esteado no princípio da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXV, CF), pode negar a respectiva homologação.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.

Não é crível que a prática deste ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 *caput*, da Lei nº 8429/92 legitime a perda da função pública ou a suspensão de direitos políticos, diante da sua clara desproporção. Aqui, não se vislumbra outra solução senão ao magistrado negar a homologação, remetendo ao órgão revisor

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, nº 64, p. 81, abr./jun. 2017.

ministerial para apreciar a matéria, com fundamento no art. 28 do CPP, aplicável analogicamente (quando o proponente do acordo é o Ministério Público). Não pode, evidentemente, substituir ao órgão acusatório e propor a sanção correspondente, porque estaria em exercício indevido da função jurisdicional.

Note-se que, nos termos do art. 28-A, § 5º do CPP, “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, sendo certo que, na hipótese do juiz recusar a homologação, (...) devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos do § 8º, do art. 28-A CPP”.

Entende-se, na espécie, que o legislador processual penal não se atentou para o sistema acusatório, possibilitando ao órgão jurisdicional uma intervenção proativa na convencionalidade das partes do contraditório. O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, incumbindo-lhe verificar se, de fato, as condições fáticas são legitimadoras da proposição de não proposição. Assim, seria recomendável, *de lege ferenda*, que se estabelecesse na legislação processual penal encartada no § 14º do art. 28-A, CPP, segundo a qual “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”.

Assim, preconiza-se, neste estudo, que os eventuais atos normativos dos Ministérios Públicos ou do Conselho Nacional do Ministério Público disponham de modo diverso da disposição processual penal, no sentido de que, diante da não homologação do acordo de não persecução cível pelo órgão investido de jurisdição, e diante da insistência do Promotor de Justiça de manter seu posicionamento, remeter o fato à apreciação do Conselho Superior, que poderá insistir na proposição do acordo de não persecução cível, ou designar outro Promotor de Justiça para que ofereça a denúncia, já que se assegura a independência funcional do agente Ministerial.

4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais

O que se discute é investigar se há plena liberdade de proposição de todas espécies de sanções decorrentes do ato ímprobo ou se, na hipótese de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública, exige-se o transcurso do devido processo legal, com a respectiva prolação de uma sentença condenatória. De igual modo, há que se analisar se o cidadão pode, livremente, renunciar ao exercício de direito fundamental, já que a participação do cidadão nas decisões políticas fundamentais é pressuposto da República (art. 1º da CF).

Nesta vertente, poderia se argumentar pela inadmissibilidade de se propor a suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública no acordo de não persecução cível, quer porque se trata de direito político, ativo e passivo, que se

materializa em prerrogativa indissociável de todo cidadão em qualquer Estado Democrático de Direito, quer porque o direito ao trabalho é também direito fundamental de matiz social (art. 7º da CF).

O problema, todavia, deve ser analisado sob vertente diversa. Ao tempo em que se admite a limitação ou restrições de direitos fundamentais, consoante será oportunamente defendido, forçoso é reconhecer que, na hipótese, tem-se uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo, pressuposto de sua ação livre e responsável, assim como do exercício da própria pretensão de punir do Estado, fruto do poder-dever que lhe é imposto pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, para salvaguardar a convivência pacífica do homem em sociedade.

As sanções impostas pela prática de fato ilícito, penal ou decorrente do ato de improbidade administrativa, provêm do exercício do poder punitivo do Estado, que recebe do titular do poder (povo) o dever de resguardar os valores fundamentais do homem, mediante a ameaça de uma sanção.

Assim, ao tempo em que o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais de autores de fatos ilícitos, em igual medida, necessita salvaguardar os bens jurídicos de titularidade das vítimas, sob pena de uma proteção ineficiente dos valores constitucionais.

Enfatizam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, com habitual propriedade, que:

[o] princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição.¹²

¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 482.

Nesse cenário, pode-se afirmar que a imposição de sanção decorrente do fato ilícito (na espécie, ímprobo) trata-se de simples emanção do poder punitivo do Estado, sendo ato de coação que decorre do exercício de seu poder de cumprir as regras de comportamento previstas no sistema jurídico. O exercício desta pretensão punitiva nasce no exato momento em que o agente, dotado de plena liberdade de ação e capacidade de autodeterminação, resolve praticar o injusto ímprobo, consciente que estará sujeito a uma sanção prévia, escrita e taxativa (princípio da legalidade).

Portanto, sua submissão às sanções previamente descritas nos microsistemas punitivos do Estado tem como conteúdo fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente resguardado no art. 1º da CF, porque decorre do livre arbítrio que se confere ao homem para atuar em conformidade ou desconformidade com o direito.

A força normativa deste princípio também espraia seus efeitos na possibilidade do autor do fato aceitar as sanções decorrentes do fato ímprobo praticado, após a emissão de um juízo de valor quanto aos prováveis benefícios de sua admissão (v.g. não submissão a uma relação jurídica processual que se protraia no tempo, constrição de bens, eventuais medidas cautelares de natureza invasiva etc.).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, postulado indispensável de um Estado de Direito Democrático, alicerça e fundamenta a possibilidade do autor de fato ímprobo, devidamente assistido por defesa técnica e no exercício da autodefesa, confessar a prática do ato de improbidade administrativa e aceitar as sanções propostas. Confere-se ao homem, por sua própria condição (ontológica), a plena capacidade de se autodeterminar, de forma responsável. Reputa-se contraditório, que de um lado o Estado tutele constitucionalmente os direitos fundamentais do homem e, de outro, proíba que este mesmo homem, dotado de capacidade e liberdade, não possa decidir como melhor lhe aprouver.

Luiz Regis Prado, esteado no princípio da dignidade da pessoa humana, extrai um conceito material da culpabilidade, ao enfatizar que “deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta Brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de se autodeterminar segundo critérios normativos”¹³. Continua, linhas a frente, enfatizando que:

[...] o conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme a Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal. Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

no reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática.¹⁴

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto).

Luiz Roberto Barroso, ainda no exercício da advocacia, foi instado a se pronunciar acerca da eventual possibilidade das testemunhas de Jeová se recusarem a submissão de transfusões de sangue, ainda que em iminente perigo de vida. Nessa ocasião, destacou que “Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela”¹⁵.

Esclareceu Barroso, ainda, que o princípio da dignidade humana deve ser visto sob uma perspectiva social e individual. A dimensão individual da dignidade tem a noção de autonomia seu maior referencial, que se desdobra em múltiplos aspectos. Dois deles, todavia, é que interessam ao tema proposto – capacidade de autodeterminação e condições adequadas para seu exercício. A delimitação conceitual do autor faz-se necessária:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

O segundo aspecto diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação, correspondente à “possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica”¹⁷.

Portanto, vislumbra-se a plena possibilidade de proposição de qualquer espécie de sanção, já que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana confere ao homem plena liberdade de vontade, para fazer ou deixar de fazer o que lhe melhor aprouver. Desta liberdade, todavia, advém a necessária responsabilidade pelas decisões tomadas. Então, forçoso é reconhecer que o autor do fato ímprobo, uma vez decidido firmar o acordo de não persecução, livremente (autodefesa) e referendado pela defesa técnica, pode aceitar as sanções que entenda necessária e suficiente, para reprimir e prevenir, o ato de improbidade administrativa por ele praticado.

Acrescente-se, outrossim, que se o autor do fato ímprobo, agente público ou político, tem possibilidade de pedir exoneração ou renunciar seu cargo, também pode decidir, espontaneamente, sair da vida pública, por um período de tempo estabelecido. Por isso, não se vislumbra qualquer óbice que lhe impeça de, livremente, convencionar (acordo) com o proponente do acordo sua exoneração ou renúncia ou mesmo a suspensão de seus direitos políticos.

Por outro lado, acomete-se ao juiz natural a competência para homologar o acordo de não persecução, estabelecido pelas partes proponentes. As sanções pactuadas no acordo serão cumpridas por intermédio da força coativa da jurisdição (v.g. o magistrado, esteado no acordo homologado, expedirá um ofício ao tribunal competente para suspensão dos direitos políticos ou ofício ao ente público determinando a perda da função pública).

Questão que merece observação, outrossim, é a possibilidade de se invocar o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, como negação a proposição de suspensão de direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível. Registre, a propósito, a dicção legal “Art. 20 - A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”¹⁸

Entende-se, todavia, que apenas por meio de uma açada e literal interpretação da referida disposição legal poderia se inviabilizar a proposta de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível.

Assim, não há dúvida que o art. 20 existe para salvaguardar o cargo do agente público ou político que, uma vez aprovado em concurso público ou vencedor de pleito eleitoral, desempenha função pública e merece uma presunção de legalidade e legitimidade do exercício do cargo, além, é claro, da presunção de inocência garantida constitucionalmente.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de junho de 1992.

Na espécie em comento, ao contrário, inexistente lide. Não há pretensão resistida. O titular do direito reconhece a prática de um ato de improbidade administrativa e decide, livremente, submeter-se às sanções dela advindas.

Pode-se objetar as afirmações aqui esposadas, no sentido de que o direito de votar e ser votado trata-se de uma das garantias fundamentais do Estado de Direito Democrático. Esta argumentação é facilmente contrariada, já que o art. 15, inciso V da Constituição Federal, admite a suspensão dos direitos políticos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Assim, registre-se “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”¹⁹

Nesse ambiente, é pressuposto do acordo de não persecução cível a prática do ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa, em reverência ao princípio da inocência e como presunção de legalidade da assunção ao cargo, eletivo ou provindo de concurso público, exige que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se darão se houver trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, havendo expressa concordância entre as partes, em um negócio jurídico bilateral, que houve a prática de ato de improbidade administrativa, assim como a aceitação das sanções impostas ao autor do fato ímprobo, não há razão, legal ou constitucional, para sua não aceitação.

Apenas para reflexão, poderia o órgão de persecução cível (proponente do acordo), com o propósito de superar eventuais entraves doutrinários ou jurisprudenciais que defendem a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, exigir que o autor do fato ímprobo peça exoneração do cargo público ou político, o que, na hipótese, teria um efeito muito semelhante aos fins almejados no negócio jurídico.

Então, não se entende porque o autor não possa, fundado na consensualidade e liberdade de vontade, reconhecer que o ato de improbidade administrativa foi praticado (confissão) e aceite a imposição das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

Portanto, em sede conclusiva, reputa-se plenamente possível que o autor do fato ímprobo, desde que, mediante o exercício de defesa técnica e autodefesa, aceite um acordo proposto pelo Ministério Público, correspondente à submissão de sanções de maior gravidade.

¹⁹ BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções

O acordo de não persecução cível trata-se de um negócio jurídico bilateral *sui generis*, já que se confere ao autor do fato ímprobo a possibilidade de negociação de apenas parte do negócio proposto. O proponente do acordo de não persecução cível está vinculado a gravidade do fato ímprobo para propor a sanção. No acordo de leniência, de pessoa física ou jurídica, há negociabilidade sobre todos os termos do acordo a ser firmado, sobretudo quanto a própria sanção proposta, total (isenção ou não imputação) ou parcial (redução de pena).

De outro lado, na leniência, o móvel do colaborador é a obtenção de um benefício do Estado, consistente na redução ou isenção de sua pena, desde que colabore com o deslinde da investigação. De igual modo, fundado na necessidade da investigação ou nos pressupostos estabelecidos na lei penal referencial (Lei nº 12850/2013), pode o titular da acusação optar por uma, algumas ou até mesmo pela ausência de sanção, que serão estabelecidas no acordo de não persecução cível, analogicamente aplicável.

A leniência trata-se de causa geral de redução ou isenção de pena, ou de não imputação penal, dependendo das hipóteses estabelecidas, respectivamente, pelas disposições penais encartadas na Lei nº 9807/1999²⁰ e na Lei nº 12850/2013. Estas legislações serão aplicadas analogicamente ao direito administrativo sancionador, até que sobrevenha atos normativos próprios, consentâneos com as características do direito administrativo sancionador.

É evidente que na leniência há interesses contrapostos. De um lado está o titular da investigação, que almeja descortinar os fatos delituosos e ímprobos investigados, para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo. De outro, há o interesse pessoal do autor do delito, de reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

Ao contrário, já no acordo de não persecução cível em sentido estrito, sua concessão não se condiciona ao proveito a investigação, mas simples proveito dos proponentes, com interesses opostos: de um lado está o Ministério Público (via de regra), com o poder-dever de, após emitir um juízo de valor esteado no princípio

²⁰ Esta Lei estabelece os requisitos a colaboração premiada geral, sendo certo que a Lei nº 12850/13 limita-se a sua aplicação às organizações criminosas. Assim, nos termos da Lei nº 9807/99, dispõe-se que: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

da proporcionalidade e na magnitude do injusto, propor as sanções necessárias e suficientes. Agrega-se, outrossim, que, ao se antecipar a sanção, resguarda-se a efetividade dos interesses transindividuais, com prevalência dos princípios da economicidade e eficiência administrativa, tendo como primazia o rápido ressarcimento dos danos eventualmente ocasionados ao Estado; para o autor do fato ímprobo, o aperfeiçoamento de um acordo de não persecução cível tem finalidade econômica, evita constrições patrimoniais, não submissão de cautelares de natureza invasiva (busca e apreensão, sequestro de bens) etc.

Na hipótese em que a colaboração na Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção for de tal importância para a investigação, que legitimar a ausência de sanção, certo que o colaborador assumirá o compromisso de confirmar em juízo os fatos por ele declarados, assim como apresentar elementos de prova que confirmem as versões apresentadas aos órgãos de persecução.

6. Conclusões

O acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, firmado entre um dos legitimados e o autor do fato ímprobo, antes ou durante o processo (até a contestação), em que se estabelece uma ou várias sanções decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da Lei nº 8429/1992).

O acordo de não persecução cível pode ser firmado judicial ou extrajudicialmente. É gênero de que são espécies o compromisso de ajustamento de conduta, o acordo de persecução em sentido estrito não instrumental e acordos instrumentais (colaboração premiada na improbidade administrativa; acordo de leniência).

No compromisso de ajustamento de conduta não se admite disponibilidade do direito material, objeto do ajuste. No acordo de não persecução cível em sentido estrito, ao contrário, há margem de disponibilidade.

Diante da ausência de previsão normativa no âmbito processual civil acerca dos pressupostos de aplicação do acordo de não persecução civil, aplica-se, analogicamente e em decorrência do diálogo das fontes, os pressupostos encartados no art. 28-A do Código de Processo Penal, até que sobrevenha regramento normativo específico (*lege ferenda*).

Todos os colegitimados podem firmar o acordo de não persecução cível, mas o aperfeiçoamento por um deles não exclui ou inviabiliza o direito de ação dos demais.

Deve-se constar no acordo de não persecução cível a possibilidade à utilização de elementos de prova dele decorrentes pelos demais colegitimados ou entes públicos, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

O acordo de não persecução cível é ato discricionário. Não gera direito subjetivo à sua obtenção. Sua realização exige a devida fundamentação para sua proposição, assim como justificativa das espécies de sanções aplicáveis.

As sanções a serem propostas no acordo de não persecução cível em sentido estrito devem ser proporcionais à magnitude do injusto ímprobo (desvalor de comportamento e resultado), assim como ao caráter de prevenção geral e especial do ato ímprobo. Portanto, a escolha da espécie proposta não é livre ou arbitrária, mas discricionariamente motivada.

Via de regra o órgão jurisdicional limita-se a homologar o acordo de não persecução cível. Excepcionalmente, poderá recusar sua homologação, ao se constatar evidente desproporção entre a sanção proposta frente a magnitude do injusto ímprobo. Aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal (proponente é o Ministério Público) para reapreciar eventualmente a matéria.

Embora seja admissível a restrição a direitos fundamentais, entende-se que qualquer espécie de sanção pode ser proposta no acordo de não persecução cível, já que a liberdade de vontade é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que confere ao titular de direitos, a um só tempo, capacidade de autodeterminação e consequente responsabilidade dela decorrente; e a prática de um ato ilícito, livre e responsável, tem como consequência a submissão de seu autor ao exercício da pretensão punitiva do Estado.

Tanto o acordo de não persecução cível em sentido estrito como a colaboração premiada na improbidade administrativa tratam-se de negócios jurídicos bilaterais. Há, todavia, na colaboração premiada, a negociabilidade de todos os seus termos, o que não ocorre no acordo de não persecução cível, que possui finalidades distintas e limitações consentâneas com a natureza deste instituto.

Como a colaboração premiada na improbidade administrativa segue as características da colaboração na seara penal, no sentido de que sua precípua finalidade é de coadjuvação dos órgãos estatais de investigação, a determinação da sanção é proporcional à profundidade e extensão da colaboração, assim como aos meios de prova nela contidas, podendo, a partir de sua extensão e significado para o desenrolar da investigação, estear a redução, isenção ou até a não imputação da acusação em juízo. No acordo de não persecução cível em sentido estrito (não instrumental), ao contrário, as espécies de sanções estão jungidas ao maior ou menor desvalor de comportamento e resultado, componentes do injusto ímprobo, assim como na prevenção, geral e especial do ato ímprobo.

Organizações Sociais no ordenamento jurídico brasileiro: ultrapassando os limites da omissão legislativa

Social organizations in the Brazilian legal system: overcoming the limits of legislative omission

Rita Tourinho*

Sumário

1. O Terceiro Setor no cenário administrativo brasileiro. 2. A Lei nº 9.673/98 e o novo modelo de organização social introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Da qualificação da entidade como organização social. 4. Do contrato de gestão. 4.1. Da natureza jurídica do contrato de gestão e questões afins. 4.2. O processo administrativo de seleção para a formalização do contrato de gestão. 4.3. Das fases do processo seletivo. 5. Dos bens e pessoal envolvidos na execução do contrato de gestão. 6. Da extinção do contrato de gestão e aplicação de sanções administrativas. 7. Responsabilidade da Administração Pública por atos da Organização Social. 8. Do controle do contrato de gestão exercido pelo Tribunal de Contas. 9. Considerações finais. Referências.

Resumo

Entre os modelos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam da transferência de atividades públicas não estatais a entes privados desprovidos de fins lucrativos, destaca-se o contrato de gestão firmado com entidades qualificadas como Organizações Sociais, inaugurado com a Lei Federal nº 9.67/98. Este trabalho volta-se ao enfrentamento de questões cujas normas legais editadas não foram capazes de solucionar. Aborda-se todos os questionamentos que envolvem desde o processo de qualificação da entidade, passando pela sua seleção, até a execução do contrato de gestão, com destaque para os debates em torno da sua natureza jurídica e questões afins. Foca-se, ainda, a fase de execução do ajuste e possível responsabilização civil da Organização Social. Por fim, o controle externo é também abordado, com ênfase à atuação dos Tribunais de Contas.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa do MPBA. Professora Assistente da Faculdade de Direito da UFBA.

Abstract

Among the existing models in the Brazilian legal system that deal with the transfer of non-state public activities to private entities without profit, the management contracts signed with entities qualified as Social Organizations stands out, inaugurated with Federal Law No. 9.67 / 98. This work focuses on addressing issues for which the edited legal norms were not able to solve. It addresses all the questions that involve everything from the qualification process of the entity, through its selection, to the execution of the management contract, with emphasis on the debates around its legal nature and related issues. It also focuses on the implementation phase of the adjustment and possible civil liability of the Social Organization. Finally, external control is also addressed, with an emphasis on the performance of the Audit Courts.

Palavras-chave: Organização Social. Contrato de Gestão. Limites da omissão legislativa.

Keywords: Social Organization. Management Contract. Limits of legislative omission.

1. O Terceiro Setor no cenário administrativo brasileiro

Denomina-se terceiro setor as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público. Assim, o Estado seria o primeiro setor, a iniciativa privada, voltada à exploração de atividade econômica, o segundo setor e o terceiro setor seria composto por organizações privadas que se comprometem à realização de interesses coletivos.

Boaventura de Souza Santos define o terceiro setor como “conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”¹. Já para José Eduardo Sabo Paes o terceiro setor seria “o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento”².

A terminologia “terceiro setor” é de origem sociológica, não se encontrando positivada no nosso ordenamento, razão pela qual são utilizadas outras expressões, entre as quais “entes de cooperação”, “organizações não governamentais” e “entidades de caridade”. Segundo Andres Pablo Falconer³, o terceiro setor é o termo que vem

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Perreira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 13.

² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56.

³ FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. In: www.rits.org.br. Acesso em: 02 jan. 2010.

encontrando maior aceitação para designar o conjunto de iniciativas privadas, voltadas à produção de bens e serviços de interesse público.

Tem por mérito romper com a dicotomia entre o público e o privado, sendo o público sinônimo de estatal e o privado de empresarial. O terceiro setor aparece com características comuns dos outros dois setores, em um processo de delegação social, caracterizado pela transferência de serviços de interesse público a entidades criadas pela própria sociedade, dedicadas à colaboração no atendimento de interesses legalmente caracterizados como públicos⁴. Assim, o caráter voluntário da atividade, desenvolvida sem fins lucrativos, na promoção de direitos fundamentais ou prestação de serviços de interesse público, caracterizam tais entes.

Nos países centrais, surge em virtude da crise do Estado-Providência⁵, capaz de cumprir melhor que o Estado a dimensão social, com a promessa de eficiência gerencial semelhante ao setor privado. Por outro lado, a ausência de fins lucrativos o aproxima do Estado, voltado a satisfazer interesses gerais de forma igualitária, assente em valores humanos e não em valores de capital.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a participação da sociedade civil na realização de objetivos estatais. Como exemplo, tem-se o disposto no art. 227, § 1º, segundo o qual “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos(..).”. Nessa mesma perspectiva, cite-se os artigos 204, I, 213 e 216, § 1º.

A Reforma Administrativa no nosso país, iniciada nos anos 90 do século passado com a alienação de empresas estatais e a transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, através do regime de concessão, foi o marco da adoção de um novo modelo de Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso⁶, é possível vislumbrar-se três transformações estruturais na reforma do Estado brasileiro. A primeira transformação substancial teria sido a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida a partir das Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, ambas de 15.08.95, seguida pela Emenda Constitucional de nº 36, de 28.05.02. A segunda transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais, quando foram abertas possibilidades de transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada⁷, ocorrendo, também, o rompimento com o monopólio estatal em matéria de petróleo (Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.95). A terceira linha de transformação, que contribuiu para modificar a feição do Estado brasileiro, deu-se com a instituição do Programa Nacional de Privatização, decorrente da edição da Lei nº 8.031, de 12.04.90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491, de 09.09.97.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 130.

⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: Pereira, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001. p. 16.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binimbojm. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 65.

⁷ Vide as Emendas Constitucionais nºs 5 e 8, ambas de 15.08.95.

Entre os objetivos principais do referido programa incluiu-se a alteração da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Houve a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, passando o Estado a exercer função de regulação e de fiscalização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada e das atividades econômicas sensíveis à sociedade.

Neste novo contexto estatal, verifica-se um movimento em direção ao setor público não estatal. Assim, a execução de serviços que não possuem conteúdo econômico e que não envolvem exercício de poder de Estado é transferida aos entes do terceiro setor, subsidiados pelo Estado. Implementa-se, então, o Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória nº 1.591/97, convertida na Lei Federal nº 9.637/98, que instituiu no nosso ordenamento as organizações sociais. Referido programa teve por finalidade transferir serviços públicos não exclusivos ao setor público não estatal, financiados pelo Estado. Como vantagens, apresenta-se a atuação com maior autonomia e flexibilidade, garantindo uma maior eficiência na prestação de tais serviços, com ênfase nos resultados. Esse modelo ofereceu aos gestores públicos mecanismos voltados a elevar despesas públicas sem ampliar a vulnerabilidade previdenciária, uma vez que os contratos de trabalhos seriam regidos pelo setor privado, livres da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que concerne à despesa de pessoal.

Com o incremento do terceiro setor e o novo modelo de organizações sociais, como forma de afastar obstáculos ao atendimento de interesses públicos, surgem diversas preocupações, tais como: critérios de seleção das entidades beneficiadas, objetividade nas atividades repassadas, transparência e controle dos gastos efetivados com os recursos repassados, eficiência e eficácia da parceria, entre tantas outras.

Assim, esse trabalho pretende, após mais de 20 anos de vigência da Lei nº 9.637/98, abordar pontos que ainda geram divergências na aplicação da normativa, ainda considerada como solução para o atendimento das expectativas sociais, sem entraves típicos do setor público.

2. A Lei nº 9.673/98 e o novo modelo de organização social introduzido no ordenamento jurídico brasileiro

A Lei nº 9.637/98 institui o Programa Nacional de Publicização com o objetivo de transferir algumas atividades de caráter social, exercidas por órgãos ou entes públicos, às pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares, sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais. Tal processo de mudança teve como finalidade racionalizar a administração pública, com maior eficiência, transparência e acesso ao cidadão.

Pertinente a crítica de José dos Santos Carvalho Filho⁸ quanto à terminologia utilizada. Por certo o termo *publicização* seria mais adequado no caso de transferência de atividade privada para a área estatal, porém o que ocorre é exatamente o contrário, uma vez que se desloca atividades exercidas por entes governamentais à iniciativa privada, em mais uma etapa no processo de *desestatização* instaurado na década de 90, do século passado.

Define-se organização social como *pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão*. Em verdade, trata-se de titulação conferida a entes privados sem fins lucrativos, que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º, da Lei nº 9.736/98⁹ e preencham os demais requisitos legais.

Possui finalidade não lucrativa a pessoa jurídica cujos sócios ou associados não recebem lucros distribuídos pelo ente, a qualquer pretexto. Isso não significa que a pessoa jurídica não possa obter lucros com suas atividades, mas sim que lucros eventualmente percebidos serão reinvestidos no desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Segundo os termos da lei, após a aquisição da qualificação, via decreto, a entidade poderá firmar contrato de gestão com órgão da Administração Pública direta, sujeitando-se a um conjunto de normas que lhe assegura certos benefícios, como, por exemplo, a possibilidade de utilização precária de bens públicos, a cessão de pessoal com ônus para origem e o recebimento de recursos públicos. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições, como a sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública¹⁰.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a referida norma legal regulamenta a qualificação de entes privados como organizações sociais perante a União, razão pela qual diversos estados e municípios já possuem legislações próprias sobre a matéria.

Questiona-se se a Lei nº 9.637/98 contém normas gerais a serem observadas pelos demais entes federados.

Reconhece-se como *normas gerais* os institutos que desenvolvem princípios, largamente consagrados na doutrina universal, fundamentalmente construtoras de uma teoria geral¹¹. Não podem entrar em pormenores ou esgotar o assunto legislado, bem como devem contar com a possibilidade de aplicação uniforme em todo o território nacional, sem violar a autonomia dos entes federados¹².

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 374.

⁹ As atividades devem ser dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

¹⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009. p. 929.

¹¹ BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de Normas Gerais de Lei Federal dos Estados. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez., 1993. p. 104.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente Limitada: O Problema da Conceituação das Normas Gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1988, out./dez., p. 142.

Efetivando-se interpretação conforme a Constituição Federal, pode-se afirmar a competência da União para estabelecer normas gerais sobre a matéria, por duas razões. Primeiro, em virtude da natureza do vínculo firmado entre a OS e o ente público. Apesar de a doutrina¹³ e a jurisprudência¹⁴ na sua maioria afirmarem a natureza de convênio ao ajuste firmado, muitos entendem que se trata de um contrato de prestação de serviços no sentido amplo¹⁵, cabendo à União legislar sobre normas gerais (art. 22, XXVII, da CF). Em termos práticos, observa-se muitas vezes a proximidade entre os contratos de gestão e os contratos de prestação de serviços. Para tanto basta observar a situação de certos municípios que possuem suas unidades de saúde sujeitas à gestão indireta, seja por meio de contratos de gestão com organizações sociais, seja através de contratos de terceirização de serviços, firmados com empresa ou mesmo entes do terceiro setor. Segundo, porque tratando o instituto de serviços sociais, muitos dos quais enquadrados no art. 23, da Carta Constitucional, a União seria competente para legislar sobre normas gerais, de acordo com o que estabelece o § 1º, do referido dispositivo.

Ora, adotando-se tal posição, depreende-se que algumas regras estabelecidas na Lei nº 9.637/98 devem ser necessariamente observadas pelas legislações estaduais, municipais e distrital sobre a matéria. Assim, a qualificação de entidade como organização social requer a inexistência de fins lucrativos, prestação de serviço de natureza social, regularidade jurídica e fiscal da entidade. O ajuste formalizado caracteriza-se, em qualquer situação, como *contrato de gestão*, devendo ser precedido de processo seletivo para escolha da OS. Há possibilidade de cessão de servidores e utilização de bens públicos em face da organização social. Também o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas correspondente é regra a ser observada em qualquer legislação sobre a matéria.

Por certo que há que preservar a esfera de autonomia organizacional-administrativa de cada ente federado, mas, por outro lado, é necessário mantê-las harmônicas e unidas em torno de objetivos comuns a toda a Nação. Um País que possui mais de 5.000 municípios requer um mínimo de centralização normativa em matéria de vínculo que trata da transferência de recursos públicos para atuação em áreas de alta repercussão social.

Saliente-se posições divergentes, como a revelada por Fabrício Motta¹⁶, para quem, por tratar os ajustes de atividade de fomento, prevalece a competência concorrente dos entes federados. Segundo o autor, a Lei nº 9.637/98 consagrou o regime jurídico das Organizações Sociais e o contrato de gestão na esfera federal, não sendo considerada norma geral aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁴ Em voto proferido na ADI 1.923, o Min. Carlos Ayres Britto manifestou-se quanto à natureza do ajuste como convênio, diante da inexistência de interesses contrapostos.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.240.

¹⁶ MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 173.

Mesmo não se adotando a Lei nº 9.637/98 como implementadora de normas gerais, o certo é que a estrutura das leis estaduais e municipais pouco difere da legislação federal. De maneira geral, em todas observam-se os princípios da administração na formalização do contrato de gestão, com parâmetros métricos de entrega de resultados. As áreas atendidas são inúmeras e coincidentes com os serviços não exclusivos do Estado.

3. Da qualificação da entidade como organização social

Conforme já abordado, a formalização do contrato de gestão requer a qualificação da entidade privada, sem fins lucrativos, como organização social. Assim, ser organização social não significa possuir uma estrutura inovadora, mas sim portar um título jurídico conferido pelo poder público a partir do atendimento de requisitos legais.

Para tanto, inicialmente a entidade deve atuar em uma das áreas previstas na lei. No âmbito da União, a pessoa jurídica deve atuar em uma das searas constantes do art. 1º, quais sejam, ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde. Desde que o serviço esteja entre os não exclusivos do Estado, os demais entes federados podem ampliar as áreas de atuação, como fez, por exemplo, o Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) que incluiu ainda atividades e serviços atinentes ao trabalho, ação social, desportos e agropecuária.

Em sessão plenária do julgamento da ADI nº 1923, em 15.04.15, que questionou pontos controversos na Lei nº 9.637/98, decidiu-se pela constitucionalidade da transferência para as Organizações Sociais das atividades relacionadas com o art. 1º da Lei. Segundo o Acórdão:

Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

Para qualificação, a pessoa jurídica deverá atender aos demais requisitos constantes em lei, entre os quais consta o registro do ato constitutivo dispondo sobre finalidade não lucrativa, objetivos relativos à respectiva área de atuação e estrutura mínima da entidade. No âmbito federal, para qualificação o ente deve contar com um conselho de administração, cuja estrutura vem determinada no art. 3º da Lei nº 9.637/98. Redação semelhante dispõe a Lei do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 846/98). Também no Estado de Minas Gerais exige-se a constituição

de um conselho de administração, além do conselho fiscal e diretoria executiva (art. 44 da Lei nº 23.081/18). Já no Estado da Bahia (art. 12 da Lei 8.647/03) e no Município de Salvador (art. 6º da Lei nº 8.631/14) a pessoa jurídica deve possuir órgão deliberativo, de fiscalização e executivo, com atribuições fixadas em lei.

Quanto ao prazo de constituição da entidade para obtenção da qualificação, a lei federal foi silente, ponto, inclusive, ponderado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que, para enquadrar-se adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público, seria necessário, no mínimo:

[c]omprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente – isto para evitar que entidade, sem qualquer experiência anterior e sem a necessária qualificação técnica e financeira se constitua com o fim específico de pleitear a qualificação de organização social¹⁷.

A Lei nº 13.019/14 que trata do regime jurídico das parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações de sociedade civil exige prazo mínimo de constituição da entidade para formalização do ajuste. Ora, por questão de lógica jurídica é incoerente que ajustes menos complexos que aqueles estabelecidos por intermédio de contrato de gestão tragam a previsão de prazo de constituição da pessoa jurídica e tal exigência seja dispensada em se tratando de qualificação como OS, considerando a alta complexidade que envolve os contratos de gestão.

A Lei Mineira exige para qualificação da entidade como organização social a comprovação de execução direta de projetos, programas ou planos de ação relacionados às áreas da atividade em que se pretende qualificar, no mínimo, dois dos últimos cinco anos anteriores à data do requerimento de qualificação (art. 44, II, da Lei nº 23.081/18). Já a Lei do Município de São Paulo estabelece como requisito para qualificação o desenvolvimento de uma das atividades constantes da lei há mais de 5(cinco) anos (Lei nº 14.132/06).

Ponto questionado na referida ADI 1.923 reporta-se à suposta discricionariedade na qualificação da entidade como Organização Social, constante do inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98 que traz como requisito à qualificação “haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”. A doutrina já apresentava crítica a tal dispositivo, pelo elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade.

Juarez Freitas, manifestando-se quanto à matéria, aduz que:

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 622.

Como visto, no campo dos requisitos específicos, há excesso de discricionariedade conferida ao Poder Executivo; este “poderá” qualificar, ou não, as organizações sociais, consoante o art. 1º. Depende, tal qualificação, de juízo favorável, quanto à conveniência, abrindo margem a discriminações arbitrárias, quicá porque o governo temia uma explosão (inocorrente) de pedidos de qualificação.¹⁸

Deve-se, no entanto, lembrar os ensinamentos de Cirne Lima, segundo o qual, “na Administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio a vontade”¹⁹. Assim, no exercício da competência discricionária, o administrador estará perante o dever jurídico de praticar o ato que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei, respeitando os princípios administrativos²⁰.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1923 entendeu que tal discricionariedade tem que ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vedada qualquer forma de arbitrariedade. Entende-se coerente a posição do STF em admitir a discricionariedade motivada, uma vez que podem ocorrer situações que não recomendem a qualificação, por risco ao interesse público, como no caso de entidade contra a qual tramite processo administrativo ou judicial por prejuízo causado ao erário, ainda sem conclusão.

Outra omissão legal que se observa nos diplomas legais consultados é a inexistência de prazo para tramitação do processo de qualificação da entidade como organização social. Note-se que a morosidade pode gerar prejuízos, inclusive nos casos em que a qualificação como OS apresenta-se como requisito à participação no processo seletivo de escolha da entidade para formalização do contrato de gestão. O ideal seria a fixação de prazo para tramitação do processo, com a qualificação tácita em caso de não observância do lapso prazal.

Quanto ao prazo de validade da qualificação, dos diplomas legais consultados apenas o mineiro reporta-se à validade de três anos da qualificação, a contar da publicação do ato no Diário Oficial (art. 49 da Lei Estadual nº 23.081/18).

Apesar de a normativa sobre a matéria não estabelecer prazo de revisão da qualificação conferida, os diplomas legais analisados tratam da possibilidade de desqualificação, precedida de instauração de processo administrativo, assegurados o contraditório e ampla defesa. No caso da Lei Federal nº 9.637/98, a desqualificação pressupõe o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. No mesmo sentido é a Lei do Município de São Paulo, nº 14.132/06. Já a Lei do Estado da Bahia, nº 8.647/03, além dessa hipótese, também prevê a possibilidade de

¹⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 287.

¹⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 106.

²⁰ TOURINHO, Rita. *A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. In: *Discricionariedade Administrativa*. Coord.: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 154.

desqualificação quando houver a alteração das condições que ensejaram a qualificação. Quase no mesmo sentido são os termos da legislação mineira – Lei nº 23.081/18 — acrescidos das hipóteses de ausência de pedido de renovação da qualificação e pedido de revogação da qualificação, dispensada, nessas situações, a instauração de processo administrativo.

A Lei Federal nº 9.790/99, que trata das Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público — OSCIP —, estabelece que tais entidades não podem ser qualificadas como Organizações Sociais. Tal vedação se justifica no âmbito da União pela incompatibilidade estatutária, ou seja, os requisitos legais para qualificação como OS e OSCIP são diversos. Os demais entes federados também podem estabelecer tal vedação em seus diplomas legais. Saliente-se, no entanto, que caso o ente federado não possua norma expressa vedando a qualificação de OSCIP como OS ou não tenha nos diplomas legais estabelecidos incompatibilidade das regras estatutárias para a qualificação, não poderá utilizar tal vedação. Assim, à título de exemplo, tem-se o caso do Município de Salvador que por não possuir legislação dispondo sobre OSCIP, não pode impedir a qualificação de entidade como OS, argumentando unicamente que referida entidade possui título de OSCIP conferido pelo Estado da Bahia.

Qualificada a entidade como Organização Social, o efeito mediato que pode decorrer da outorga da titulação será a celebração de contrato de gestão com o Poder Público.

4. Do contrato de gestão

A primeira menção legal ao contrato de gestão está na Lei nº 8.246/91, que instituiu o “Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais”, autorizando o Poder Executivo a com ele firmar contrato de gestão, sem esclarecer o que se entenderia como tal.

A Lei nº 9.637/98, publicada em 15.05.98, estabeleceu como contrato de gestão “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”. Logo em seguida, em 04.06.98, foi publicada a Emenda Constitucional nº 19, que, entre outras coisas, introduziu o §8º ao art. 37, trazendo um outro tipo de contrato de gestão. Assim, determina o referido dispositivo que:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de

desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
III - a remuneração do pessoal.

Observa-se que se utilizou a mesma nomenclatura para duas realidades completamente diferentes. Aponta-se como ponto comum entre aqueles apenas a finalidade de ambos os modelos buscarem o cumprimento de certas metas administrativas preestabelecidas. Porém, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, este ponto de afinidade é insuficiente para aparentá-las, uma vez que “o Poder Público estará, em todo e qualquer caso, buscando sempre atingir certos resultados que podem ser chamados de metas (sendo elas mais ou menos especificadas), e também terá sempre o dever jurídico de fiscalizar seu cumprimento”²¹.

No que se refere ao contrato previsto no art. 37 da Constituição Federal, a partir da Lei nº 13.934/19, passou a ser denominado de “contrato de desempenho”. Críticas foram lançadas pela doutrina, quanto ao alcance dos objetivos perseguidos pelo novel modelo. Segundo Celso Antônio²² fala em um “falso contrato”, inútil, pois “não faz sentido contratar o que se pode impor”. Afirma que a colocação de metas de desempenho, a cronologia de seu cumprimento e demais disposições poderiam ser impostas pela Administração direta à indireta, da mesma forma a amenização de controles e a transferência de recursos, sem necessidade de vínculo contratual. Nessa senda, pondera que, caso verificada a necessidade de ampliar os controles exercidos ou reduzir os recursos transferidos para melhor atendimento do interesse público, o Poder Público teria o dever de descumprir o contrato.

Paulo Modesto, reportando-se à matéria, afirma que as competências públicas são legais e intransferíveis por vias negociais, razão pela qual defende que o contrato, previsto no dispositivo constitucional referido “cumpre papel de uma técnica de diferenciação de órgãos e entidades, respondendo, uma vez celebrado, pela incidência de um regime jurídico específico, mais flexível, antecipadamente autorizado ou estabelecido em lei”²³. Desta forma, o elemento flexibilidade deve ser abstratamente admitido em lei. Saliente-se que apesar da utilização do termo “contrato”, não há na espécie concessões recíprocas.

Ainda segundo Paulo Modesto²⁴, para sustentar a autonomia, inclusive em relações interorgânicas, que se pretende conferir a órgãos – unidades administrativas despersonalizadas — deve-se reconhecer aos mesmos condição de sujeitos de direitos, para situações jurídicas específicas, quando a norma legal ou constitucional

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 230.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 234.

²³ MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.149.

²⁴ MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 162.

conferir-lhes capacidade para atuar diretamente em relações jurídicas com certo grau de individualidade organizatória.

A Lei nº 13.934/19 agiu corretamente a adotar a nomenclatura de “contrato de desempenho” para o ajuste firmado com base no §8º, ao art. 37. A norma deixa claro seu objetivo de promover a melhoria do desempenho do ente supervisionado, ampliando a sua eficiência. No seu art. 7º, traz as cláusulas de observância obrigatória no contrato de desempenho, entre as quais se tem as que estabelecem: metas de desempenho, com prazo de execução e indicadores de avaliação, estimativa dos recursos orçamentários a serem desembolsados; obrigações decorrentes das metas estabelecidas, flexibilidade e autonomias conferidas, sistemática de acompanhamento de controle, penalidades aplicáveis aos responsáveis, prazo de vigência contratual, não superior a 5(cinco) anos nem inferior a 1(um) ano, e condições para sua prorrogação, renovação suspensão e rescisão.

Quanto ao contrato de gestão estabelecido no art. 5º, da Lei nº 9.637/98²⁵, observa-se que tem como objeto o fomento das atividades desempenhadas pelas entidades qualificadas como organizações sociais, existindo, na maioria das vezes, uma delegação da gestão de serviços públicos sociais. A entidade presta a atividade constante do contrato de gestão de acordo com as metas fixadas em programa de trabalho a serem alcançadas, envolvendo, em diversas situações, a transferência do uso de bens públicos, de recursos orçamentários, além da cessão de servidores públicos.

Para melhor entendimento desse instrumento de ajuste, firmado com as organizações sociais, há necessidade de enfrentamento de pontos específicos que geram algumas dúvidas na adoção do modelo proposto.

4.1. Da natureza jurídica do contrato de gestão e questões afins

Não só no ordenamento jurídico brasileiro surgem instrumentos de difícil adaptação a modelos tradicionais preestabelecidos, como ocorre no caso da fixação da natureza jurídica dos contratos de gestão, ou seja, no enquadramento desse instrumento na noção tradicional de contrato administrativo.

Na França, André de Laubadère, Pierre Delvolvé e Franck Moderne²⁶ ao tratar do tema afirmam que a organização de serviço público é matéria que escapa, por natureza, ao contrato, mencionando os chamados “contratos discutiáveis”. René Chapus²⁷ também questiona a natureza contratual dos ajustes estabelecidos entre pessoas públicas, afirmando que não se tratam de verdadeiros contratos, dotados de efeitos jurídicos e conhecidos como tal pelo Judiciário.

²⁵ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

²⁶ LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre; MODERNE, Franck. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ, 1984. p. 46.

²⁷ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tomo 1. Paris: Montchrestien, 2000. p. 843.

No que se reporta ao contrato de gestão constante da Lei nº 9.637/98, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que se trata pura e simplesmente de “contrato administrativo, figura jurídica perfeitamente conhecida”²⁸. Fernando Menezes de Almeida, por sua vez, identifica a essência do contrato em um acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual²⁹. O referido autor se reporta ao *módulo convencional de cooperação* como sendo aquele no qual a Administração e outra parte estabelecem uma conjunção de esforços, de forma obrigacional, para alcance de finalidade comum. Tais ajustes seriam então *contratos em sentido amplo*, diante da criação de situações jurídicas subjetivas.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁰ discordam que o caráter convencional do ajuste e a presença da Administração como parte sejam elementos suficientes para a unificação em um único direito contratual público. Afirmam que não há regime único para todas as modalidades de contratos.

Fabício Motta³¹ manifesta-se também pela natureza contratual do contrato de gestão, não descaracterizada pelos propósitos de cooperação e colaboração e pelos contornos próprios trazidos pela Lei nº 9.637/98.

Diante da sua natureza contratual, afirma-se que as normas da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratações Públicas) aplicam-se, no que couber, aos contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e as organizações sociais³². Assim, vários dispositivos da Lei de Licitações se encontram em consonância com o contrato de gestão, dentre os quais, o art. 58, que trata das prerrogativas contratuais conferidas à Administração Pública, o parágrafo único do art. 61 que se reporta à publicação resumida do instrumento do contrato como condição de eficácia e o art. 86 que se refere à possibilidade de aplicação de multa de mora ao contratado pelo atraso injustificado na execução do contrato. Por outro lado, vários são os dispositivos constantes da Lei nº 8.666 inadequados aos referidos ajustes. Pode-se citar, como exemplo, a exigência de instauração de processo licitatório antecedendo o ajuste; a limitação temporal do contrato, constante do art. 57, II; e a limitação de 25% de acréscimos quantitativos fixada no § 1º, do art. 65.

Em julho de 2014 foi publicada a Lei nº 13.019, alterada antes da sua entrada em vigor pela Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, transformada na Lei nº 13.204/15, estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco. Considerando tais

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.240.

²⁹ ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: QuartierLatin, 2014. p. 132.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma Crítica à Tendência de Uniformizar com Princípios o Regime dos Contratos Públicos. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 11, nº 41. p. 65, jan./mar. 2013.

³¹ MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 169.

³² Neste sentido também se manifesta Fabrício Motta (MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 170).

parcerias como contratos, no sentido amplo, a lei se reporta à instituição de “normas gerais”, de competência da União (art. 22, XVII, da CF) e observância obrigatória pelos demais entes federados.

Inegável os avanços trazidos pela referida norma legal, entre os quais se tem: a uniformização da qualificação das entidades sujeitas à lei como *organização de sociedade civil* (art. 1º, I, *a*), a uniformização dos instrumentos para a efetivação dos ajustes, tendo-se, então, o *termo de colaboração* (art. 1º, VII), o *termo de fomento* (art. 1º, VIII) e o *acordo de cooperação* (art. 1º, VIII-A), o regime jurídico das parcerias sujeitos aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º), a implementação da gestão pública democrática e da participação popular, a partir da instituição do Procedimento de Manifestação de Interesse (art. 18 a art. 21) e a previsão do chamamento público, antecedendo as parcerias estabelecidas com as organizações da sociedade civil, com fixação de cláusulas de observância obrigatória nos editais (art. 23).

Apesar de a norma também se reportar a ajustes que estabelecem de forma obrigacional uma conjunção de esforços para alcance de finalidade comum, vinculada a função do Estado ou a atividade privada de interesse público, a Lei nº 13.019/14 informa expressamente no art. 3º, III, a sua inaplicabilidade “aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998”. Afasta, de início, a aplicação subsidiária da Lei aos contratos de gestão. No entanto, deve-se atentar aos termos do referido dispositivo.

Conforme exposto, para a não incidência da norma legal aos contratos de gestão, estes devem cumprir os requisitos previstos na Lei nº 9.637/98. Observe que a Lei nº 9.637/98 se reporta a requisitos apenas quando trata da qualificação da entidade privada como organização social, nos artigos 2º, 3º e 4º. Ora, corretamente tais dispositivos não foram acolhidos como norma geral pelos demais entes federados ao regulamentarem a matéria, tanto que diversos diplomas legais estaduais e municipais não possuem requisitos coincidentes para a qualificação da entidade. Como exemplo, a Lei Federal exige para qualificação como OS, no seu art. 2º, a constituição de um conselho de administração e uma diretoria, com participação de representantes do Poder Público, o que não é exigido na Lei do Estado da Bahia, que para qualificação requer a estrutura mínima da entidade composta por órgão deliberativo, órgão fiscalizador e órgão executivo.

Desta forma, poder-se-ia afirmar que se aplica subsidiariamente a Lei nº 13.019/14 aos contratos de gestão firmados com organizações sociais que não acolham os requisitos constantes da Lei nº 9.637/98. Por certo, que a aplicação subsidiária do referido diploma legal, em situações não solucionadas pelas normativas concernentes aos contratos de gestão, seria mais adequada, frente à possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, voltada a relações contratuais, no sentido restrito.

4.2. O processo administrativo de seleção para a formalização do contrato de gestão

No que se reporta ao processo que antecede a formalização do contrato de gestão, parece-nos que a Lei Federal nº 9.637/98 limitou-se a exigir a qualificação da entidade como organização social. Ocorre que, com a vigência da lei percebeu-se que muitas entidades eram constituídas com o único propósito de imediata obtenção da titulação e consequente formalização do contrato de gestão, o que passou a gerar questionamento quanto à regularidade desse procedimento frente aos princípios administrativos.

A lei foi silente quanto à exigência de licitação ou processo de seleção antecedendo o contrato de gestão, situação há muito criticada por diversos doutrinadores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

A sistemática adotada na Lei nº 9.637/98 destoa das exigências que a legislação faz para a celebração de contratos administrativos, quanto à habilitação dos licitantes interessados em contratar com o poder público. Não se pode conceber que exigências semelhantes deixem de ser feitas para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, quando se sabe que elas administram vultosos recursos públicos³³.

Em sentido semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello criticou a sistemática adotada pela Lei Federal nº 9.637/98 ao afirmar que “o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discricção não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade”³⁴.

No entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, o Supremo Tribunal Federal assentou que a não realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão, não necessariamente de uma licitação, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade, publicidade e isonomia.

A decisão do STF apenas reforça a possibilidade de leis estaduais e municipais preverem algum tipo de procedimento para a escolha da entidade a ser contemplada com a formalização do contrato de gestão. Assim, a Lei nº 23.081, do Estado de Minas Gerais, estabelece a realização de processo de seleção pública, para celebração do contrato de gestão, salvo quando houver inviabilidade de competição. No mesmo sentido é a Lei do Estado da Bahia, nº 8.647/03. Já a Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, prevê que é dispensável a licitação para a realização do

³³ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.623.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 246.

contrato de gestão, sendo omissa quanto à necessidade de realização de outro tipo de processo seletivo.

Questiona-se se a qualificação da entidade como OS é requisito para participação no processo de seleção ou se tal qualificação só precisa ser apresentada quando da formalização do contrato de gestão. Neste ponto também há divergências entre as legislações aplicadas. Tal questionamento não foi enfrentado pela Lei Federal nº 6.837/98 que se absteve de tratar da realização de processo seletivo para escolha da Organização Social a ser contemplada com o contrato de gestão, limitando-se apenas a exigir a titulação para a formalização do referido ajuste.

A Lei do Estado de Minas Gerais (Lei nº 23.081/18) dispensa a qualificação para participação no processo de seleção pública, determinando que na impossibilidade de deferimento da qualificação como OS para entidade sem fins lucrativos mais bem classificada no processo de seleção, a administração pública poderá chamar a segunda mais bem classificada. Assim, exige a qualificação apenas para a formalização do contrato de gestão. Na mesma trilha, a Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) não exige a prévia qualificação da entidade como OS para participação no procedimento de seleção. A Lei do Município de Salvador, nº 8.631/14, apenas estabelece como condição indispensável à formalização do contrato de gestão, a prévia qualificação da entidade como Organização Social. No entanto, o Decreto que regulamenta a referida lei – Decreto Municipal nº 28.323/16 – exige para participação no processo de seleção, que a entidade esteja qualificada como OS até a data da publicação do edital.

Entende-se mais prudente que a participação no procedimento de seleção pública seja restrita às entidades já qualificadas como Organizações Sociais, isso para evitar que influências políticas desvirtuem o processo, direcionando-o. Lembre-se que a qualificação da entidade como OS é sujeita à discricionariedade motivada da Administração Pública, que muitas vezes pode conduzir o processo de qualificação influenciada pelo resultado da seleção, sem atentar para efetivas características técnicas, operacionais e econômicas da entidade.

Por outro lado, é necessário que se estabeleçam prazos para a tramitação e a conclusão do processo de qualificação das entidades como organizações sociais, para que também não haja arbitrariedades por omissão.

4.3. Das fases do processo seletivo

O processo seletivo para escolha da Organização Social com a qual será formalizado o contrato de gestão é constituído de duas fases: interna e externa.

Na fase interna, deverá ser nomeada a comissão de seleção, podendo ser constituída nos moldes constantes no art. 51, da Lei nº 8.666/93, caso não haja normatização quanto à matéria. No que se reporta à participação de servidores públicos, a lei ou decreto pode fixar situações de impedimento, como fez a Lei nº 13.019/14 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), que proíbe a

participação na comissão de pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público.

Nessa fase será formalizado Termo de Referência com metas objetivas a serem atingidas pela entidade contratada. Metas quantitativas são sempre mais propícias a garantir a objetividade desejada. Na área de saúde, por exemplo, utiliza-se com frequências as chamadas “metas de produção”.

Para se atingir os preços referências a serem praticados pelas Organizações Sociais na execução do contrato de gestão, a Administração Pública pode adotar como parâmetro os números já existentes no ente público, podendo também tomar como indicadores outros contratos de gestão firmados por estados e municípios com características próximas às suas. Além disso, devem ser observados os preços praticados no mercado.

Por certo que o Termo de Referência trará a possibilidade de a organização social firmar ajustes com recursos repassados por intermédio do contrato de gestão para a sua execução. Em regra, dúvidas não pairam quanto à possibilidade da OS efetivar compras e firmar contratos de prestação de serviços, desde que não caracterizem a subcontratação de todo o objeto.

Quanto a tais ajustes firmados pela organização social, o Acórdão da ADI 1923 determina que “os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade”³⁵.

Obras e serviços de engenharias, em regra, não são objetos abarcados pelos estatutos das entidades qualificadas como Organização Social, o que dificulta a assunção de obrigações correlatas no contrato de gestão. Por outro lado, não se deve limitar demasiadamente a questão, já que uma das conquistas jurídicas do contrato de gestão é a desburocratização de soluções. A Lei nº 13.019/14, que trata das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, no seu art. 46, trouxe a possibilidade de a entidade assumir a realização de serviços de adequação de espaços físicos, desde que necessários à instalação de materiais e equipamentos. Tal previsão parece compatível com o objeto do contrato de gestão, já que muitas vezes há transferência de uso de bens públicos imóveis para a OS, que podem exigir adequações necessárias à prestação dos serviços.

No que se reporta a contratos de prestação de serviços, estes devem se limitar às atividades acessórias. Logo, as atividades típicas do ajuste serão desempenhadas por empregados contratados pela CLT ou por servidores públicos cedidos pela administração contratante. No entanto, percebe-se que na prestação de serviço de saúde, por exemplo, diversas organizações sociais, indevidamente, recorrem à contratação de médicos por intermédio de pessoas jurídicas. É a conhecida

³⁵ Acórdão ADI 1.923, 16/04/15, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: portal.stf.jus.br.

“pejotização”, cuja ilegalidade se acentua quando praticada diretamente no setor estatal, diante da regra de admissão no serviço público, constante do art. 37, II, da Constituição Federal. Alguns entes públicos toleram essa prática pelas Organizações Sociais, realizando a glosa dos valores constantes do contrato de gestão, concernentes às obrigações trabalhistas e encargos sociais.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar que apesar da figura denominada “autônomo exclusivo”, definida no art. 442-B da CLT, a contratação de pessoal por intermédio de PJ pode caracterizar fraude em relação ao vínculo de trabalho, segundo alguns juristas, caso verificada a relação de subordinação jurídica.

Após finalizada a fase interna, será publicado o edital de chamamento público, cujos prazos e formalidades podem constar de Regulamento, iniciando-se, assim, a fase externa do processo.

Do edital de convocação constará a descrição detalhada da atividade a ser transferida e dos bens e equipamentos a serem destinados para esse fim; valor máximo custeado pelo Estado; critérios objetivos para o julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e prazo para apresentação de proposta de trabalho. A depender do objeto, outros requisitos podem ser exigidos.

Cabe a cada ente federado estabelecer as fases do processo de seleção, inclusive através de regulamento. No entanto, seguindo a lógica legislativa predominante no nosso sistema jurídico para seleções, inicialmente a Comissão de Seleção procederá à análise das propostas apresentadas pelas Organizações Sociais. Serão, então, analisadas as propostas de trabalho apresentadas pelas entidades, que deverão conter: meios e recursos necessários à prestação dos serviços, orçamento detalhado com especificações claras, metas operacionais com os respectivos prazos de execução, definição dos indicadores de avaliação. A economicidade é ponto primordial a ser observado no julgamento das propostas, devendo apresentar-se compatível com indicadores objetivos de qualidade e eficiência.

Alguns entes federados realizam a seleção com uma única fase: julgamento das propostas. Outros preferem estabelecer, após a classificação da proposta mais vantajosa, a análise dos documentos de habilitação da entidade mais bem classificada. Assim, observa-se na fase de habilitação os documentos concernentes à regularidade fiscal e qualificação técnica e econômica da OS.

Na classificação da proposta, cabe a análise dos planos de trabalho apresentados pelas entidades, devidamente acompanhados das respectivas planilhas de custos. Chama-se atenção para as despesas indiretas apresentadas pelas entidades, que em diversos casos deverão ser objeto de rateio ou compartilhamento. Assim, tem-se a despesa com contador contratado pela Organização Social. Em regra, tal profissional atende a entidade em todas as suas relações contratuais, logo, em situação desse gênero, a planilha apresentada na seleção deve contemplar qual a parte do pagamento do contador a ser suportada pelo contrato de gestão.

No que se reporta à habilitação, a experiência técnica a ser exigida da entidade melhor classificada deve se limitar à verificação de sua experiência gerencial na área relativa ao serviço a ser transferido e à capacidade técnica do seu corpo funcional. Já a comprovação da boa situação financeira da entidade far-se-á através do cálculo de índices contábeis usualmente aceitos.

Após a escolha da entidade será publicado o resultado da seleção, com prazo para impugnação dos demais concorrentes.

Quanto às hipóteses de dispensa de chamamento público, entende-se que a sua possibilidade depende de previsão legal, inclusive para a dispensa emergencial da seleção. Assim, a Lei Mineira (Lei nº 21.081/18) prevê quatro situações de dispensa de processo de chamamento público, quais sejam: guerra ou grave perturbação da ordem pública; realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público; ausência de interessados no processo de seleção pública e impossibilidade comprovada de repetição do processo sem prejuízo para a administração pública estadual.

Podem também ocorrer situações que levem à inexigibilidade de seleção, em decorrência da inviabilidade de competição. A Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) fixa como hipóteses de inviabilidade de competição a manifestação de apenas uma entidade interessada pela gestão da atividade a ser transferida ou quando houver impossibilidade material das demais entidades na realização do objeto do contrato de gestão.

5. Dos bens e pessoal envolvidos na execução do contrato de gestão

O contrato de gestão não é a delegação do exercício de atividade pública à iniciativa privada, mas sim o exercício como apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado como pelo particular³⁶.

Nesse propósito, a Lei nº 9.637/98 permite que a Administração central realize a cessão de servidores públicos (art. 14), bem como destine bens públicos (art. 12) às organizações sociais para execução do contrato de gestão.

Por certo que para cumprir as metas constantes do contrato de gestão, a organização social deverá contar com quadro de pessoal, a ela diretamente vinculado por contrato de trabalho, conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Apesar da inexistência do dever de realizar concurso público, a Organização Social deve preservar o princípio da impessoalidade nas contratações, através de procedimentos objetivos.

No que se reporta à cessão de servidores, esta vem prevista no Estatuto Federal dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/90, art. 93), em regra reproduzidas

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

pelos demais entes federados em suas legislações específicas. Ressalte-se que trata de mera liberdade legislativa, a qual poderá perfeitamente inexistir.

A cessão de servidores não atinge os comissionados e os contratados temporariamente. As duas situações, previstas, respectivamente, nos incisos V e IX, do art. 37, da Constituição Federal, tratam de exceções à regra do concurso público, constante do inciso II, do mesmo artigo. No caso dos comissionados, estes exercem funções de assessoramento, chefia ou direção, cuja escolha é pautada no elemento confiança. Viola o princípio da razoabilidade e da finalidade admitir que o servidor comissionado, escolhido para exercício de função específica em razão da relação de confiança, possa ser deslocado para o exercício de atividades diferenciadas a outra entidade. Da mesma forma, é inadmissível a cessão de servidores temporários, recrutados para suprir situação temporária de excepcional interesse público. Ora, se a Administração pode ceder servidor temporário, sem lhe gerar prejuízos, então não se está diante de situação excepcional e a contratação temporária muito provavelmente constituiu-se em violação à regra do concurso público.

A cessão de servidores pode ocorrer de forma compulsória ou voluntária. No primeiro caso, tem-se como exemplo a requisição de servidores pela Justiça Eleitoral. Compete aos tribunais regionais eleitorais requisitar servidores lotados no âmbito de sua jurisdição para auxiliarem os cartórios das zonas eleitorais, observada a correlação entre as atividades desenvolvidas pelo servidor no órgão de origem e aquelas a serem desempenhadas no serviço eleitoral. Na segunda hipótese, a Administração Pública deverá observar a conveniência e oportunidade da cessão, a luz do interesse público a ser protegido, com o real intuito de colaboração entre órgãos ou entidades.

A cessão de servidor deve sempre observar interesse da Administração Pública, sem desprezar a situação do servidor, no que se reporta às suas atribuições e remuneração. Segundo Hely Lopes Meirelles:

O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos, é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado³⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸ lança críticas à possibilidade de cessão compulsória de servidores às Organizações Sociais, argumentando que tais servidores prestaram concurso público para as entidades estatais e não para as organizações particulares envolvidas no ajuste, não cabendo impor-lhes que prestem seus serviços

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 531.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 248.

a outrem. Destaca que, mesmo afastada a compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

Havendo previsão legal para a cessão de servidores, entende-se que esta pode se efetivar, mesmo que não haja a adesão espontânea do interessado, desde que resguardada a correlação de funções e remuneração. Assim, tem ocorrido no caso de transferência da gestão de hospitais públicos para Organizações Sociais, através de contratos de gestão. Nessas situações, os servidores públicos lotados naquelas unidades são cedidos às entidades contratadas. No entanto, ressalte-se que alguns entes federados ao dispor sobre a matéria condiciona a cessão do servidor a sua aquiescência. Neste sentido, é a Lei Mineira (Lei nº 21.081/18) e a Lei do Estado da Bahia (Lei nº 8.647/03) que tratam da anuência dos servidores que estiverem vinculados ao serviço transferido. Já a Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, ao abordar a transferência de servidores para as organizações sociais, não se reporta à necessidade de concordância. Também a Lei do Município de Salvador (Lei nº 8.631/14) não trata da manifestação do servidor.

O servidor cedido permanece submetido ao Regime Disciplinar originário. Caberá à OS comunicar imediatamente à unidade de gestão de pessoas do ente cedente a ocorrência de possíveis atos irregulares ou ilícitos atribuídos ao servidor cedido, a quem caberá a adoção das medidas legais previstas.

A Lei nº 9.637/98 aduz que a cessão de servidores às Organizações Sociais ocorrerá com ônus para a origem, disposição coerente com os termos do art. 93, § 1º, da Lei nº 8112/90. A Lei Mineira (Lei nº 21.081/18), diferente das demais consultadas, admite a cessão de servidores à OS com ou sem ônus para origem.

Em outra linha, o §1º, do art. 14, da Lei nº 9.637/98 aduz que “não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social”, possibilitando, então, pagamentos de vantagens ao servidor, realizados pelas Organizações Sociais. Ainda disciplinando a matéria o §2º, do mesmo artigo, aduz que “não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”.

Todas as legislações consultadas sobre o tema permitem que as Organizações Sociais realizem pagamentos de vantagens pecuniárias aos servidores cedidos, ressalvando a impossibilidade de incorporação das mesmas.

Em caso de cessão de servidores com ônus para origem, os valores pagos pela Administração Pública poderão ser abatidos da contraprestação devida à OS, sendo recomendável que cláusula do contrato de gestão conste o percentual de servidores públicos cedidos.

O uso de bens públicos pelas organizações sociais decorre da própria logística de criação de tal titulação. Conforme dispõe o art. 20, da Lei Federal nº 9.637/98, o Programa Nacional de Publicização foi criado com o objetivo de estabelecer diretrizes

e critérios para a qualificação de Organizações Sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União. Ora, a absorção das atividades públicas pelas Organizações Sociais, na maioria das vezes, requer a transferência do uso dos bens públicos utilizados para a prestação das referidas atividades. Assim, ocorre com os hospitais públicos cujas gestões são transferidas para as Organizações Sociais, por intermédio de contratos de gestão.

Segundo o art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, os bens públicos serão destinados às Organizações Sociais através de permissão de uso, conforme cláusula expressa do contrato de gestão. Neste caso, dispensada a licitação, em virtude da inviabilidade de competição.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a permissão de uso “é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou remunerado, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privada de bem público”³⁹. Enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo de bem público no interesse privado do autorizatário, a permissão implica interesse coletivo na utilização do bem.

A Lei do Estado da Bahia (nº 8.647/03) reporta-se à possibilidade de o Estado autorizar as Organizações Sociais o uso de bens públicos, parecendo reportar-se ao instituto da “autorização”, que, segundo o art. 48 da Lei Estadual de Licitações do Estado da Bahia (Lei nº 9.433/05), será feita mediante remuneração ou imposição de encargos, por ato administrativo e para atividades ou usos específicos e transitórios. A Lei Complementar nº 846/98, do Estado de São Paulo, limita-se a tratar da permissão de uso dos bens móveis, transferidos às organizações sociais, o que por certo não impede a transferência do uso de bens imóveis. No caso da Lei Mineira (Lei nº 23.081), há possibilidade de a transferência de bens públicos ocorrer através de cláusula constante do contrato de gestão ou por instrumento de permissão de uso.

O certo é que mesmo inexistindo previsão expressa na legislação própria sobre a possibilidade de transferência do uso de bens públicos às Organizações Sociais, essa poderá acontecer desde que ocorra a comprovação do interesse público na transferência, utilizando-se os instrumentos estatais de outorga de uso privativo, quais sejam, a autorização, a permissão e a concessão de uso.

Ocorrendo a transferência do uso de bens móveis para as OS's, a Administração Pública deverá inventariá-los, com a descrição do estado que se encontram. A extinção do contrato de gestão acarretará a devolução dos bens transferidos no estado recebido, cabendo a permuta dos bens móveis por outros similares de igual ou maior valor, condicionada a prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96.

6. Da extinção do contrato de gestão e aplicação de sanções administrativas

A forma natural de extinção do contrato de gestão é o término do prazo, já que se trata de ajuste cujo objeto é a execução de atividades por determinado lapso de tempo.

No entanto, podem ocorrer situações excepcionais que levem à extinção do contrato de gestão antes do prazo final do seu término estabelecido contratualmente.

A primeira hipótese de extinção excepcional do contrato de gestão seria a desqualificação da entidade como organização social que, segundo dispõe a Lei nº 9.637/98, ocorre quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, precedida de processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A Lei Mineira estabelece outras hipóteses para a desqualificação, com a consequente extinção do contrato de gestão. Assim, de acordo com o art. 57 c/c art. 77, da Lei nº 23.081/18, ocorrerá a desqualificação da OS com extinção do contrato de gestão quando: dispuser de forma irregular dos recursos públicos que lhe forem destinados; incorrer em irregularidade fiscal ou trabalhista, nos termos de regulamento; descumprir o disposto na lei; descumprir as disposições do contrato de gestão; não apresentar requerimento de renovação da qualificação, nos termos da lei; pedir revogação da qualificação. Andou bem a referida norma ao trazer expressamente as situações que levam à extinção unilateral do certame.

Por certo que o próprio contrato de gestão pode estabelecer as situações que levem à sua extinção unilateral, precedida de instauração de processo administrativo. No entanto, a aplicação de sanções administrativas em virtude de infrações praticadas requer precedentes normativos.

Fala-se em infração quando há comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, ou seja, uma conduta contrária à devida. Por outro lado, surge o questionamento quanto à possibilidade ou não de aplicação de sanção administrativa, ante a ausência de previsão legal.

Nos direitos italiano, grego, francês e espanhol há divergências quanto ao tema, prevalecendo aqueles que defendem o princípio da reserva legal. No direito brasileiro, a norma do inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, não admite a administração posta em movimento sem amparo legal. Como escreve Alessi⁴⁰, a relação entre a lei e a atividade administrativa não é apenas de não contradição, mas de total submissão, ou seja, representa tanto um limite negativo como um limite positivo, uma vez que a Administração, para agir, tem de estar calcada em lei. Segundo Regis Fernandes Oliveira⁴¹, para a criação de tipos infracionais, é imprescindível que exista prévia competência estipulada em lei e que o rol das sanções também tenha anterior previsão normativa.

⁴⁰ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè, 1960. p. 10.

⁴¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

Cabe observar que no terreno administrativo sancionador não há reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penal. Logo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar em matéria de sanções administrativas. Assim, apesar da maior flexibilidade do direito administrativo sancionador frente ao direito penal, com utilização de conceitos e termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, conferindo amplos espaços à autoridade julgadora, aplica-se o princípio da reserva legal. Por outro lado, não há divergências quanto à responsabilização da pessoa jurídica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador⁴².

No caso de infrações praticadas quando da execução do contrato de gestão, as legislações consultadas não trazem expressamente as sanções cabíveis em caso de inexecução total ou parcial do referido contrato, o que leva ao questionamento quanto à possibilidade ou não de aplicação de sanções à OS infratora.

Para acolher à aplicação de sanções em virtude de infrações praticadas na execução do contrato de gestão, necessário se faz admitir a aplicação subsidiária da lei nº 8.666/92 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Tal entendimento decorre da interpretação sistemática da Lei, aplicável por disposição expressa (art. 116), no que couber, aos convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres. Ou seja, aplica-se às relações bilaterais ou plurilaterais pactuadas pela Administração Pública.

Desta forma, poder-se-ia sustentar a aplicação das sanções constantes do art. 87 às Organizações Sociais, em caso de inexecução total ou parcial do contrato de gestão, desde que explicitamente abordadas no ajuste, ou no edital de chamamento público, para que não se possa alegar a violação do princípio da boa-fé administrativa.

Por outro lado, o ideal seria que as legislações postas sobre a matéria incluíssem capítulo abordando especificamente as infrações e sanções vinculadas ao contrato de gestão, como fez a Lei nº 13.019/14, que instituiu capítulo intitulado “Da Responsabilidade e das Sanções”.

7. Responsabilidade da Administração Pública por atos da Organização Social

Segundo o art. 37, §6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Estabelece, assim, a responsabilidade objetiva da Administração direta, suas autarquias e fundações, com personalidade de direito público, além das pessoas jurídicas com personalidade de direito privado prestadoras de serviço público, o que abrangeria as estatais prestadoras de serviço público e as concessionárias e permissionárias de serviço público, nos termos do art. 175, também da Constituição Federal. Saliente-se que as empresas

⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p.224.

públicas e sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica, submetem-se ao regime jurídico próprio das demais empresas privadas.

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil, é objetiva desde a Constituição de 1946, na modalidade risco administrativo. O STF já afirmou que “a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isso: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”⁴³. Em outra oportunidade, a Suprema Corte proclamou que “o risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do causador do dano”⁴⁴.

Luís Roberto Barroso⁴⁵ aponta a redução significativa das atividades capazes de serem enquadradas no conceito de serviço público. Em contrapartida houve o aumento da assunção pela iniciativa privada de atividades antes desempenhadas pelo poder público.

Nessa senda, tem-se os serviços públicos sociais que possuem a peculiaridade de poderem ser prestados tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades que possuem fortes interesses coletivos e, por esta razão, o Estado também as presta, de forma gratuita ou mediante significativos subsídios, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas, sendo o motivo pelo qual a Constituição entendeu que muitas delas devem ser atendidas independentemente das condições financeiras dos cidadãos usuários⁴⁶. Tais atividades são consideradas serviços públicos quando prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares, mantendo, neste caso, o regime jurídico privado e as regras de livre-iniciativa.

Com base no quanto exposto, parte majoritária da doutrina e da jurisprudência caminha no sentido da não aplicação do §6º, do art. 37, da Constituição Federal às Organizações Sociais, fundamentando que as parcerias firmadas com tais entes se equiparam à atividade de fomento do Estado e não à delegação de serviço público⁴⁷. Por outro lado, não sendo criadas ou geridas pelo poder público, permanecem na esfera privada.

Alexandre Santos de Aragão⁴⁸, tratando do assunto, afirma que as Organizações Sociais possuem características que as distinguem dos entes privados de colaboração não integrantes da Administração descentralizada. Assim, a Administração central

⁴³ STF, RE 116.685, RDA v. 190. p. 195.

⁴⁴ STF, RE 262.651, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 32.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 174.

⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 86.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 711.

possui instrumento de participação na gestão das atividades das entidades qualificadas como organizações sociais, uma vez que devem possuir regulamento para contratação, podem lhes ser cedidos servidores públicos e bens públicos e há uma série de normas que estabelecem minúcias quanto ao conteúdo dos seus atos sociais. Conclui o autor que “as organizações sociais que são partes de contratos de gestão para a prestação de serviços públicos sociais se encontram em uma zona intermediária entre as delegatárias de serviços públicos e as entidades da própria Administração Pública Indireta, sendo cabível a utilização de termos como ‘descentralização social’ ou ‘descentralização por colaboração’”⁴⁹. Ora, por certo este já seria um argumento para abordar a responsabilidade civil das organizações sociais de forma diferenciada.

Pode-se, ainda, citar o Código de Defesa do Consumidor, que no seu art. 22 estabelece: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Assim, a vítima dos danos sofridos na prestação direta ou indireta dos serviços sociais seria consumidor por equiparação (*bystander*). Ocorre que, esta não é a posição majoritária. A prevalecer a lógica jurisprudencial tem-se que o CDC incide sobre serviços prestados no mercado. No que se refere a serviço público, serão objeto de relação de consumo apenas aqueles prestados mediante contraprestação específica. Assim, os danos sofridos pelos usuários de hospitais públicos, geridos direta ou indiretamente pelo poder público, por exemplo, estão fora da órbita das relações de consumo.

O certo é que ao formalizar contrato de gestão com organização social, transferindo-lhe a execução de serviços sociais, o Estado não está apenas realizando atividade de fomento. Nessa situação, a OS substitui o ente público na prestação do serviço com as regras limitativas, confirmadas pela decisão do STF na ADI 1923, já abordadas, utilização de bens e servidores públicos, com ingerência no estatuto das entidades. Além disso, o Programa de Publicização constante da Lei nº 9.737/98, no qual se insere a organização social, reafirma a natureza pública de sua atividade.

Segundo Cristiana Fortini:

A organização social age como se o Estado ali estivesse, age em substituição ao Poder Público de forma a atender a sociedade no que se relaciona aos serviços de saúde e educação (além de outros). Se o Estado reconhece sua incapacidade de bem prestar os serviços públicos sociais e vislumbra nas organizações sociais melhor forma de fazê-lo não há como enquadrar tais entidades no mesmo rol que abarca as demais pessoas jurídicas de direito privado, cuja atuação

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.712.

igualmente ocorre na área dos serviços sociais, visto que estas últimas não têm o propósito de desonerar o Estado⁵⁰.

Desta forma, não se pode considerar o contrato de gestão como uma relação contratual comum do Estado, sujeita aos termos da Lei nº 8.666/93, que no seu art. 70 determina: “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado”.

Sabe-se que a responsabilidade objetiva do Estado tem fundamento no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Significa que todos compartilham os prejuízos causados pelo Estado, uma vez que toda população reparte os benefícios por ele proporcionados. Seu processo de evolução histórica é marcado pela tutela à vítima, diante da dificuldade de comprovação da culpa nas ações judiciais.

Não é razoável que ao decidir transferir a execução de serviços sociais às Organizações Sociais, através de contrato de gestão, o Estado crie para os administrados uma situação adversa, no que concerne à responsabilidade civil na prestação de tais serviços.

Marçal Justen Filho sustenta a responsabilidade objetiva da Organização Social, quando da execução do contrato de gestão⁵¹, da mesma forma que Cristiane Fortini⁵² que corretamente defende o influxo dos princípios publicistas nas relações travadas pelo Estado com tais entidades.

No entanto, convém salientar que, em posição contrária, respeitável doutrina sustenta a responsabilidade subjetiva das organizações sociais, à exemplo de José dos Santos Carvalho Filho⁵³. Porém, o referido autor afirma que “se o dano proveio do desempenho do serviço público, sem que tenha havido culpa na conduta, o correto será responsabilizar-se a pessoa federativa que buscou a parceria, mas nunca a própria entidade parceira. Afinal, é o Estado que se sujeita ao risco administrativo”.

Observa-se, então, que a responsabilidade por danos causados a terceiros, decorrente de atividades desenvolvidas pelas Organizações Sociais, em virtude de contrato de gestão, deve ser analisada de forma peculiar, uma vez que ocupa zona fronteira entre a terceirização e a efetiva delegação de serviços públicos.

⁵⁰ FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 104.

⁵² FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 588.

8. Do controle do contrato de gestão exercido pelo Tribunal de Contas

O controle externo das Organizações Sociais encontra fundamento no parágrafo único, do art. 70 da Constituição Federal, que determina o dever de prestar contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos. Desta forma, a fundamentação da atuação do Tribunal de Contas em relação às Organizações Sociais subsidia-se não somente no referido dispositivo, como também no controle de legalidade, legitimidade e economicidade que exerce sobre todos os ajustes estabelecidos por órgãos da administração direta e indireta, quando da apreciação de suas contas. Saliente-se que as prestações de contas das Organizações Sociais não se submetem ordinariamente às normas, critérios e procedimentos aplicáveis às contas dos ordenadores de despesas que integram a administração direta e indireta.

Na apreciação das contas dos entes públicos, a fiscalização de contratos, convênios, acordos e instrumentos congêneres é feita por amostragem, o que permite um controle meramente formal. Especificamente quanto ao contrato de gestão, a efetiva avaliação do alcance das metas estabelecidas nas suas cláusulas ocorre por ocasião da realização de auditorias sobre a execução dos serviços, quando há evidências que o controle primário não está sendo muito bem exercido.

A Lei nº 9.637/98 não previu a apreciação das prestações de contas das organizações sociais pelo Tribunal de Contas da União, salvo, nos casos de irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, quando os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão devem dar ciência do fato ao TCU.

Já no caso da Lei nº 8.647/03, do Estado da Bahia, há determinação expressa de encaminhamento ao Tribunal de Contas do Estado, ao final de cada exercício, de relatório técnico consolidado, acompanhado de parecer conclusivo, dispondo sobre os resultados alcançados pela Organização Social, na execução do contrato de gestão. Provavelmente tal dispositivo decorre do art. 91, XI, da Constituição Estadual, que confere competência aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios para “fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado e pelos Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres”.

A Lei Complementar Paulista nº 846/98 submete as Organizações Sociais ao controle externo da Assembleia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno à cargo do Poder Executivo. Na mesma linha da Lei Federal nº 9.637/98, a referida Lei Complementar também determina que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por Organização Social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, para as providências relativas aos respectivos âmbitos de atuação, sob pena de responsabilidade solidária. Incentiva, ainda, o controle social ao estabelecer que qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical

é parte legítima para denunciar irregularidades cometidas pelas Organizações Sociais ao Tribunal de Contas ou à Assembleia Legislativa.

O Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no ano de 2016 (Acórdão nº 2444/16) fixou entendimento no sentido de que a remuneração do pessoal que exerce atividade fim do ente público nas Organizações Sociais não deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, na mesma linha trilhada pelo Tribunal de Contas da União, reconheceu a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como Organizações Sociais, celebradas mediante contrato de gestão, desde que não realizem atividades exclusivas de Estado e observem os termos dispostos da Lei nº 9.637/1998. Neste aspecto, a contabilização de tais despesas não será considerada para efeito de cálculo do limite de gastos com pessoal previsto no art. 19, da LRF. Acaso as parcerias sejam desvirtuadas da sua finalidade, para configurarem contratação de mão de obra em substituição de servidores e empregados públicos, os valores daí decorrentes deverão ser apurados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF. Assim, foi expedida a Instrução nº 02/2018, nos seguintes termos:

Art. 1º Não serão consideradas para fins de cômputo das despesas com pessoal do Município do Estado da Bahia, as seguintes situações:

(...) d) as despesas de pessoal com gastos provenientes dos contratos de parcerias concertados entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais do terceiro setor, os chamados “Contratos de Gestão”, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas do ente público” e observem os termos dispostos na Lei Federal nº 9.637/98.

(...) §2.º Nas despesas com pessoal das organizações sociais, caso seja identificado seu desvirtuamento, o Tribunal de Contas dos Municípios adotará as providências sancionatórias previstas em resolução a ser elaborada no prazo de até 30 dias.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União, atendendo à solicitação do Congresso Nacional de manifestação quanto à possibilidade de celebração de contratos de gestão com Organizações Sociais na área de saúde e sobre o cômputo das despesas decorrentes desses contratos nos limites de despesa de pessoal previstos no art.19 da LRF, emitiu o Acórdão nº 1187/2019, pronunciando-se no sentido de que a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal, que exerce a atividade fim do ente público nas Organizações Sociais, deve ser incluída no total apurado para verificação

dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal, revendo, assim, decisão proferida em 2016.

Há expectativa de nova revisão do entendimento exposto pelo TCU, através do Acórdão nº 1187/19, mesmo porque uma das razões que levam à opção de formalização de contratos de gestão com Organizações Sociais, principalmente na área da saúde, é exatamente o não comprometimento do limite de gastos com pessoal, já que muitos entes federados acabam por ultrapassar os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal com tais gastos. Em 2018, a Secretaria do Tesouro Nacional informou que 14 estados da federação superaram em 2017 o limite da LRF de 60% da receita corrente líquida em gastos com pessoal.

Acrescente-se que o Projeto de Lei nº 427/07, que visa alterar a Lei nº 9.637/98, estabelece que os gastos com força de trabalho das Organizações Sociais não deverão ser incluídos nas despesas de pessoal para fim de cálculo dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por certo que persistindo o entendimento do TCU, recentemente exposto, novo obstáculo será imposto para formalização de contratos de gestão com as Organizações Sociais, principalmente nos direcionados a serviços de saúde, quem normalmente envolvem grande número de profissionais.

Entre as irregularidades mais observadas na fiscalização da execução do contrato de gestão, tem-se, entre outras: a contratação de empresas vinculadas direta ou indiretamente a dirigente da Organização Social, pagamento de despesas incompatíveis com o objeto do contrato, pagamento de ações trabalhistas referentes ao período anterior à formalização do contrato de gestão, grandes variações entre índices de cumprimento de metas, o que revele falta de planejamento, notas fiscais sem identificação do contrato de gestão relacionado.

Como todo modelo de contratualização administrativa, o problema maior não se encontra na formalização do vínculo, mas na efetiva fiscalização de sua execução. Os sistemas de fiscalização, internos e externos, na administração pública brasileira apresentam-se insipientes. No caso específico dos contratos de gestão, mesmo quando estabelecidas metas objetivas, passíveis de verificação, não se adotam corretamente as providências cabíveis pelo seu não atendimento e as consequências são suportadas pela população que utiliza os serviços precariamente prestados.

9. Considerações finais

A participação da sociedade civil na realização de objetivos estatais, trazida na Constituição Federal de 1988 e posteriormente incentivada pelo Programa Nacional de Publicização, altera a posição estratégica do Estado, com a transferência de atividades que lhes são próprias à iniciativa privada, por meio de instrumentos construídos ao longo dos anos.

Entre tais instrumentos, tem-se os contratos de gestão firmados com entidades privadas, sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais. A Lei Federal nº 9.637/98 estabeleceu normativa aplicada aos contratos de gestão firmados com Organizações Sociais, qualificadas no âmbito federal. Na mesma linha, os demais entes federados optaram por normatizar a matéria, partindo do modelo federal, com algumas inovações.

Questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 logo foram trazidos, destacando-se posicionamentos contrários à transferência da execução dos serviços públicos sociais à iniciativa privada, o que somente seria possível com a aplicação do art. 175, da Constituição Federal. A ADI 1923 afastou dúvidas quanto à possibilidade de transferência de serviços sociais pelo Poder Público às Organizações Sociais, reconhecendo que a Lei em causa pretendeu instituir um sistema de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.

Apesar do avanço normativo e das adequações principiológicas trazidas na decisão do STF, persistem pontos obscuros na aplicação do instituto, os quais foram enfrentados neste trabalho, tais como: prazos para tramitação do processo de qualificação da entidade como OS, prazos de validade e revisão da referida qualificação, possibilidade ou não da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 13.019/14, requisitos para habilitação da entidade no processo de chamamento público, viabilidade ou não de aplicação de sanções administrativas às Organizações Sociais em caso de descumprimento do contrato de gestão, a responsabilidade civil das OS's, além de questões relacionadas ao controle exercido pelos Tribunais de Contas.

A transferência de atividades públicas à iniciativa privada solidifica-se cada vez mais no Brasil. A menor burocratização e promessa de melhor eficiência vêm sendo os pontos de destaques entre os defensores do Programa de Publicização, instaurado com a Lei nº 9.637/98. Por certo que a opção pela formalização de contratos de gestão com Organizações Sociais, também é pautada pelo entendimento até recentemente sustentado pelo TCU e acolhido pelos demais Tribunais de Contas, concernente à não inclusão dos profissionais contratados para o exercício da atividade fim no cômputo das despesas de pessoal.

O modelo de prestação de serviços públicos sociais inaugurado pela Lei nº 9.637/98 revela-se formalmente positivo, porém para concretização da promessa de maior eficiência, necessita-se de controle mais efetivo, que pressupõe metas claras, objetivas e factíveis constantes do contrato de gestão.

A falta de transparência na execução do contrato aliada a um sistema de controle formalístico e burocrático caminhará para falência do modelo proposto, não por deficiência normativa, mas pela clara omissão do Poder Público e dos órgãos de controle, tanto na fase de constituição do contrato de gestão, quanto na fiscalização da sua execução.

Referências

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè, 1960.
- ALMEIDA, Fernando Menezes de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: *Agências Reguladoras e Democracia*. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BORGES, Alice Gonzalez. Aplicabilidade de Normas Gerais de Lei Federal dos Estados. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez, 1993.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podium, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tomo 1. Paris: Montchrestien, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FALCONER, Andrés Pablo. A Promessa do Terceiro Setor. Disponível em: www.rits.org.br. Acesso em 02 jan. 2010.
- FORTINI, Cristina. *Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, jun./jul./ago. – 2006, nº 06.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre; MODERNE, Franck *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: LGDJ, 1984.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MODESTO, Paulo. Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: Pressupostos Conceituais do Contrato de Autonomia no Anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. In: *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência Concorrente Limitada: O Problema da Conceituação das Normas Gerais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1988, out/dez.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Fabrício. Organizações Sociais e a Lei nº 13.019. In: *Parcerias com o Terceiro Setor*. Coord. Motta, Fabrício, Mânica, Fernando Borges, Oliveira, Rafael Arruda. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma Crítica à Tendência de Uniformizar com Princípios o Regime dos Contratos Públicos. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 11, nº 41. p. 65, jan.-mar. 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: *Discricionariedade Administrativa*. Coord: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Inteligência do art. 62, §10, da CF¹

Ives Gandra*

“A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em ‘um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência *a posteriori* viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões.’”²

A Constituição brasileira, até o momento em que as 24 Subcomissões, as 8 Comissões e a Comissão de Sistematização encerraram seus trabalhos, preparando-se esta última para enviar seu projeto para o Plenário da Constituinte, estava conformada para a adoção do sistema parlamentar de governo, que, embora mitigado em relação àquele modelo hospedado pela maioria dos países europeus, reintroduziria, pela terceira vez, esta forma de governo no Brasil.

Liderado pelo Deputado Roberto Cardoso Alves, formou-se no plenário da Constituinte um grupo denominado “Centrão”, que passou a conformar o texto recebido da Comissão agregadora das propostas recebidas dos trabalhos das demais Comissões, nos moldes da maioria que representava, alterando sensivelmente o projeto original.

No concernente à forma de governo, informaram-me, pois eu participara de audiências públicas, a convite dos parlamentares, mantendo contato permanente com o presidente, Deputado Ulisses Guimarães e o relator, Senador Bernardo Cabral, sobre ter elaborado um pequeno roteiro para 66 constituintes, publicado pela Editora Forense (“Roteiro para uma Constituição”), que pressões do Poder Executivo levaram o plenário a mudar o sistema parlamentar para o presidencial, em troca da redução

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Conceito Jurídico*, nº 43, julho de 2020.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

² Comentários do Ministro Alexandre de Moraes na 13ª edição de seu “Direito Constitucional” (p. 449).

do mandato do presidente de 6 para 5 anos, hipótese negada pelo consultor geral da República, o saudoso amigo e advogado Saulo Ramos.

O certo é que a mudança do sistema, já no final das discussões do texto constitucional não permitiu que alguns dispositivos próprios do sistema parlamentar fossem retirados, como o da Medida Provisória.

O texto que restou proposto ao plenário era literal reprodução, menos no aspecto temporal, do instrumento legislativo adotado pelo sistema parlamentar de governo da Itália.

Com efeito, na redação, finalmente aprovada pelos constituintes, constava apenas o prazo de 30 dias, quando o texto italiano de idêntica redação falava em 60 dias.

É de se lembrar que, nada obstante a rejeição dos constituintes a ideia da permanência dos decretos-leis da Lei Suprema anterior, conformada na EC nº 1/69, pois entendiam próprio de um regime de exceção do qual se libertaram, só adotaram a medida provisória nos trabalhos das Comissões, pois o regime seria parlamentar.

O certo é que, aprovada a Constituição em 05/10/88, a Medida Provisória, no texto original (art. 62), com um único parágrafo, assim redigido:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes,

passou a ser amplamente utilizado pelo Poder Executivo, com sucessivas reedições, visto que raramente se aprovava qualquer medida no prazo de 30 dias.

O excessivo uso do veículo legislativo outorgado ao Poder Executivo levou o Congresso Nacional à aprovação da EC nº 32/01, disciplinando o uso das medidas provisórias, em nível de lei maior.

Passou a ter, o art. 62, não mais um único parágrafo, mas 12. Entre eles consta o §10, cuja dicção é a seguinte: “§10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

Na terceira edição dos “Comentários à Constituição do Brasil”, que elaborei com Celso Ribeiro Bastos, em 15 volumes pela Editora Saraiva, expliquei a razão de sua inclusão na Carta da República:

A medida provisória pode perder sua vigência e eficácia de duas formas, ou por rejeição ou por decurso de prazo.

Nas duas hipóteses, houve por bem o constituinte proibir uma nova edição na mesma sessão legislativa para que não venha a ocorrer episódio semelhante aos dos débitos agrícolas, que sofreram a incidência de juros do mercado financeiro e tiveram seus preços congelados, durante o plano real, imposição “legal” que violentou nivelção determinada pelo art. 187 da Constituição Federal. O congresso chegou a derrubar veto presidencial, quando alterou Medida Provisória para que a equiparação se desse, tendo o veto derrubado sido restabelecido, uma semana após, por força de idêntica medida!!!

Na mesma sessão legislativa, não há possibilidade de reedição deste instrumento jurídico. Nos casos, todavia, de rejeição no decurso de prazo, no fim da sessão, praticamente não se pode evitar a reedição quase simultânea, ou seja, no início da sessão seguinte. (p. 509 do volume 4, tomo I, 2012)

A discussão que se colocava desde o início foi se uma Medida Provisória rejeitada no exercício seguinte ou mesmo não aprovada por decurso poderia ser reeditada, no ano de sua perda de eficácia.

Terminou, jurisprudencialmente, prevalecendo a corrente de que o parágrafo décimo referia-se, não à data de “edição”, nada obstante falar o dispositivo em “reedição” no mesmo exercício, mas à data de “rejeição” e do “decurso de prazo”, mesmo que ocorrendo no exercício posterior à sua edição.

Neste sentido, leia-se os comentários do Ministro Alexandre de Moraes na 13ª edição de seu “Direito Constitucional” (p. 449):

4.3.3. Rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional.

Uma vez rejeitada expressamente pelo Legislativo, a medida provisória perderá seus efeitos retroativamente, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes, no prazo de 60 dias.

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Neste ponto, filiamo-nos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.

Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite sua reedição, pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente, rejeitada.

A reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II), pois o Presidente da República estaria transformando o Congresso em “um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência *a posteriori* viraria mera fachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões”.

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional nº 32/01, que expressamente, estabeleceu a impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada (CF, art. 62, §10). (grifos meus)

No mesmo sentido leia-se, no livro “A Constituição e o Supremo”, o seguinte:

Entendo, todavia, que eventual medida provisória que venha a ser editada especificamente sobre o ponto não constante da Medida Provisória anterior, mas introduzido por proposta parlamentar e nela inserida e aprovada, porém vetada, se vier a ser editada em bases semelhantes à introdução do Legislativo, não corresponderá a reedição de medida provisória, mas primeira edição daquele ponto, por meio de medida provisória.

É que, nesta hipótese, não há que se falar nem em 1) Reedição ou 2) Rejeição de texto constante de Medida Provisória, mas 3) Aprovação pelo Congresso Nacional na Lei de conversão.

Não há como enquadrar-se a hipótese no parágrafo 10 do art. 62 em eventual edição da Medida Provisória tratando da matéria nos mesmos moldes em que foi aprovada pelo Parlamento e vetada por divergências pontuais. Haveria até um respeito

maior à vontade legislativa, que, não sem razão, quando se fala em harmonia e independência de poderes surge um primeiro lugar em relação aos outros poderes (Executivo e Judiciário), tendo também tratamento prioritário, pois antecede no texto constitucional a sua disciplina (art. 44 a 69) aos do Executivo (art. 76 a 91), poderes de representação popular, a um poder técnico, que é o Judiciário (art. 92 a 126).

É que no Poder Legislativo encontra-se representada a totalidade da nação (situação e oposição), enquanto no Executivo, apenas a situação, sendo o Poder Judiciário um poder não de representação popular, mas técnico, constituído na sua maioria por concursados em difíceis exames ou indicados por seus representantes de classe (Ministério Público e Advocacia) para escolha de magistrados e, por fim, do chefe do Executivo, lembrando-se que a escolha de um Ministro do Supremo Tribunal Federal é da competência exclusiva, sem indicações ou concursos, do Presidente da República.

Ora, o texto que poderia ser editado em eventual medida provisória prestigiaria o Legislativo e nem poderia ser inquinada de ferir o art. 67, assim redigido: “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”, pois este fala em reapresentação de projeto de lei rejeitado pelo Parlamento e no caso receberia o Congresso uma medida provisória avalizando a decisão congressual favorável que sofreu o veto presidencial por meras questões pontuais.

Discute-se, todavia, se a vedação pretoriana de reedição atinge também diferenças pontuais. Já decidiu o STF que medidas provisórias formalmente modificadas, que não modificam anteriores MPs rejeitadas, não podem ser reeditadas.

Leia-se:

ADI 3964 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-03 PP-00469 RTJ VOL-00204-03 PP-01129 LEXSTF v. 30, nº 352, 2008, p. 60-99:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 394/07, QUE “DÁ NOVA REDAÇÃO AO §3º DO ART. 5º DA LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003”. LEI QUE “DISPÕE SOBRE REGISTRO, POSSE E COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÃO, SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS – SINARM”.

1. Num exame prefacial, tem consistência a alegação de que a MP nº 394/07 é mera reedição de parte da MP nº 379/07. Isto porque a mais recente incorpora temas da mais antiga, sem o aporte de modificações substanciais. São os temas: a) da prorrogação do prazo para renovação de registro de propriedade de armas de fogo, expedidos pelos órgãos estaduais; b) da fixação dos valores

das taxas a recolher em caso de registro de armas, renovação do certificado de registro, expedição de porte da arma etc.

2. Impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada. Tese contrária importaria violação do princípio da Separação de Poderes, na medida em que o Presidente da República passaria, com tais expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e operacionalizar a pauta dos trabalhos legislativos. Pauta que se inscreve no âmbito do funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, por isso mesmo, matéria de competência privativa dessas duas Casas Legislativas (inciso IV do art. 51 e inciso XIII do art. 52, ambos da CF/88).

3. De outra parte, o ato de revogação pura e simples de uma medida provisória outra coisa não é senão uma autorrejeição; ou seja, o autor da medida a se antecipar a qualquer deliberação legislativa para proclamar, ele mesmo (Poder Executivo), que sua obra normativa já não tem serventia. Logo, reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já categoricamente desmentidos pela revogação em si.

4. Medida liminar deferida para suspender a eficácia da MP nº 397/07 até o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade.

Como se percebe, se não houver modificações substanciais, na reedição da medida provisória no mesmo exercício, esta se torna inconstitucional.

Ora, poder-se-ia dizer que uma edição de medida provisória sem alterações substanciais seria reedição da medida provisória anterior, se: a) rejeitada ou b) não aprovada por decurso de prazo.

Ora, Medida Provisória reformulada pelo Legislativo, na hipótese nem seria rejeitada, nem perderia eficácia por decurso de prazo, mas teria sido pelo Congresso.

c) Aprovada em lei de conversão e pelo presidente, posteriormente, vetada.

Não há, pois, que falar em modificações não substanciais, na reedição de medida rejeitada ou não aprovada, mas em lei de conversão aprovada com a redação a ser reapresentada, nos termos desejados pelo Congresso Nacional.

Embora seja hipótese rara e examinada neste estudo, apenas procurei complementar meu entendimento aos comentários que elaborei quando de sua publicação pela Editora Saraiva, no volume 4, tomo I.

A grave questão do indeferimento de penhoras *on-line* por temor do juiz de incorrer no crime previsto no artigo 36 da Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/2019

Marco Antonio Ibrahim*

Brasil afora, diversos juízes de 1º grau têm indeferido penhoras *on-line* por temor de se verem incursos no disposto no art. 36 da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/19. Isto ocorre porque o sistema BACEN-JUD, não raramente, bloqueia várias contas bancárias ao mesmo tempo, do mesmo titular, sem qualquer interferência do magistrado. Além disso, penhoras se lançam sobre contas-salário e poupança que, em regra, são impenhoráveis e, pior, bloqueiam-se quantias muito maiores do que as que foram requisitadas pelo juiz.

Os magistrados conhecem o risco real de o BACEN-JUD, por suas notórias deficiências, extrapolar a indisponibilidade de ativos objetos da penhora *on-line* a despeito da requisição judicial. É também de ciência geral que a correção ou o desbloqueio judicial, em caso de excesso, é sempre demorado com efetivo potencial de dano à parte devedora, por deficiência do BACEN-JUD.

A imprensa tem noticiado que, em breve, haverá modificação neste tipo de operação a fim de que o BACEN-JUD dê lugar ao SISBAJUD pretendendo aperfeiçoar o sistema de penhora *on-line*. Enquanto isso não ocorre, alguns magistrados de 1º grau se mostram intimidados com os termos do artigo 36 da Lei nº 13.869/19 e, por precaução, indeferem os requerimentos de penhora *on-line*.

O exame atento desse pitoresco fenômeno vem de revelar que não existe suporte legal para o indeferimento da penhora *on-line* por este motivo. Os próprios termos da Lei nº 13.869/19 – que tipificam como abuso de autoridade a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole o montante para satisfação do credor – desnaturam essa infundada cautela dos magistrados. Com efeito, mera interpretação literal da regra penal revela que o crime não se esgota no excesso de penhora. Confira-se:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Logo se vê que para a configuração do tipo não basta que a quantia penhorada venha a superar o numerário necessário ao pagamento da dívida. Está evidenciado na lei que esse excesso deve ser *exacerbado*, absurdo. Por outro lado, o delito também não decorre apenas do efetivo bloqueio de valores superiores ao montante do crédito, mas da decisão que venha a ensejar penhora em quantia substancialmente maior e, apesar de comprovação de excesso pela parte executada, a indisponibilidade seja dolosamente mantida pelo juiz. Mas não é só! Exige-se, além do mais, por parte do agente, *um especial fim de agir* diante de bloqueio em quantia *exacerbadamente* superior à devida. Em outras palavras, exige-se (o que já se chamou de) dolo específico, porque a própria lei estabelece que as condutas nela descritas só constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Sob esse aspecto não poderia ser mais clara a regra penal, dêis que a Lei nº 13.869/2019, já no seu artigo 1º estabelece que:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º (...)

Dessa arte, parece evidente que o delito não ocorre quando o juiz determina a penhora do montante efetivamente devido e o sistema BACEN-JUD, por questões sistêmicas, bloqueia várias contas simultaneamente, indisponibilizando quantia muito superior em relação à dívida.

Nem mesmo se pode cogitar de crime por parte do magistrado ainda quando não efetuado o pronto decote do excesso. A configuração do delito se dá quando, além de ocorrer o bloqueio de quantia que extrapole *exacerbadamente* o valor em execução, o juiz, intencionalmente, deixa de corrigir o equívoco após a *demonstração da excessividade da medida*. Vale dizer, é necessário que a parte prejudicada peticione comprovando que a constrição é exagerada e que, mesmo nestas circunstâncias, o juiz, repita-se, dolosamente, mantenha o bloqueio indevido com o objetivo de prejudicar outrem, por capricho, satisfação pessoal ou, ainda, para benefício pessoal ou de terceiro.

Também não é razoável supor que o crime poderia ocorrer por dolo eventual, ao argumento de que os juízes têm ciência de que, o Banco Central, muito frequentemente

bloqueia quantias maiores que as requisitadas. Doutrinariamente, o dolo eventual parece incompatível com delitos cuja prática exige determinado fim de agir, ou seja, com elementos subjetivos especiais do tipo.

De fato, a nova legislação sobre o Abuso de Autoridade foi pródiga e, por isso, tem sido alvo de acerbas críticas:

A lei introduz *elementos subjetivos* especiais necessários para caracterizar o injusto do fato: a) intenções especiais consistentes na finalidade (i) de *prejudicar* outrem, ou (ii) de *beneficiar* a si mesmo ou a terceiro; b) estados psíquicos de *mero capricho* ou de *satisfação pessoal*, como motivos determinantes do injusto do fato. Esses *elementos subjetivos especiais* ou estados psíquicos especiais do tipo de injusto (antes definidos como dolo específico) são essenciais para configurar todo e qualquer crime definido como *abuso de autoridade* – e, assim, a sua existência subjetiva deve ser demonstrada em cada crime de abuso de autoridade, ao lado do dolo como elemento subjetivo geral, responsável pela produção da ação típica¹.

No que concerne ao dolo eventual, o agente não visa ao resultado delituoso como uma finalidade ou propósito. *Au contraire*, assume-o como consequência provável ou possível de sua conduta. Na conceituação do dolo eventual, segundo CLAUS ROXIN, há uma “decisão para a possível lesão de bem jurídico”, e por essas razões pode-se afirmar que, o antes chamado, *dolo específico* e o dolo eventual são elementos inconciliáveis, de tal sorte que apenas o especial fim de agir veio de ser contemplado pelo legislador.

Talvez com o fim de espantar algumas pertinentes críticas, logo no seu artigo inaugural, a Lei 13.869/19 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, *restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado*².

Por conseguinte, se o juiz, observado o disposto do artigo 854 do CPC, recebe a petição da parte executada apontando excesso na penhora e determina, em prazo

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de Abuso de Poder ou de Proteção da Autoridade? – Law of Abuse of Power or Protection of Authority?. In: *Boletim IBCCRIM*, nº 328, vol. 28/2020, p. 20 – com destaques no original.

² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª ed., Niterói: Impetus, 2018 – grifado no original.

razoável, o desbloqueio do valor que excedeu ao devido, em nenhuma hipótese haverá abuso de autoridade, seja porque houve demora na remessa dos autos à conclusão, seja porque o sistema não executou o comando judicial de imediato, ou por outro motivo desvinculado de conduta deliberada e finalisticamente dirigida à violação da lei por parte do magistrado. Enfim, para configurar o delito previsto no artigo 36 da Lei nº 13.869/19, é necessário que ocorram os seguintes fatos, cumulativamente:

- 1) que o juiz determine a penhora ou indisponibilidade de ativos financeiros;
- 2) que a constrição extrapole o valor da dívida;
- 3) que o devedor comprove que houve excesso exacerbado na penhora;
- 4) que o magistrado, ainda assim, mantenha a constrição;
- 5) que esta decisão seja intencionalmente prolatada com o objetivo de prejudicar outrem, por capricho, satisfação pessoal ou, ainda, para benefício pessoal ou de terceiro.

À guisa de tais motivos, não há como serem mantidas as decisões de indeferimento da penhora *on-line* fundada no temor da (remotíssima) possibilidade de que a efetivação da medida possa vir a configurar eventual crime de abuso de autoridade atribuído a magistrados.

No mais, não parece ocioso destacar que legitimar-se a motivação dessas decisões levaria ao completo esvaziamento do instituto da penhora *on-line*, o qual vem se mostrando fundamental para a efetividade das execuções judiciais. Diante disso é correto afirmar que o advento da Lei de Abuso de Autoridade não trouxe qualquer obstáculo ao supraconstitucional *direito-dever* do magistrado de decidir conforme a lei e sua consciência.

Vale lembrar que o indeferimento da penhora *on-line* obrigará o credor a diligenciar a localização de bens do devedor, o que geralmente favorece a consecução de conhecidas manobras tendentes à dilapidação de patrimônios. E não é só. O mero fato de a parte exequente não poder contar com uma garantia legalmente preferencial no curso de um processo de execução configura risco presumido pelo fato de se protrair, por tempo incerto, a satisfação de um crédito líquido e certo imposto por sentença ou por título executivo extrajudicial.

Numa quadra histórica em que pessoas físicas e jurídicas vêm sofrendo as agruras de grave crise econômico-financeira por conta da pandemia da Covid-19, inda maior se mostra o risco de dano às partes exequentes.

Imperioso, convenhamos, que se leve em conta o que se poderia chamar (com licença poética) de um *dano procedimental*, porque poucos desconhecem que

no sistema processual brasileiro há – e sempre houve – uma grande dificuldade para satisfação de créditos em fase de execução.

Efetividade é o que mais se espera do processo executivo.

Conquanto se possa reconhecer razoável o temor de alguns magistrados, é forçoso ponderar que o CPC de 2015 está calcado em princípios de índole constitucional, um dos quais (artigo 5º) se refere à boa-fé objetiva (FPPC, Enunciado 374). No ponto, não há qualquer dúvida de que, não apenas as partes, mas também os magistrados devem se haver de acordo com a boa-fé objetiva (FPPC, Enunciado 375).

Não seria crassa erronia cogitar de que é no mínimo contraditório que o juiz admita o processamento de uma execução e, *ab ovo*, venha a frustrá-la (por temor de ser considerado “criminoso”) justamente em fase crucial do procedimento, que é a prioritária garantia (artigo 835, I do CPC) do Juízo, através da penhora *on-line*.

Cabe sublinhar, por fim, que o Código de Processo Civil também veio de concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo.

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (artigo 4º do CPC; artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República) aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito (o que significa dizer que não basta obter-se a sentença em tempo razoável, devendo ser tempestiva também a entrega do resultado de eventual atividade executiva). A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento³.

Por conta de tais fundamentos, não se justifica, à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade, bem assim do Código de Processo Civil, o indeferimento sistemático de penhoras *on-line* ao argumento de que os eventuais excessos na constrição de ativos financeiros possam configurar o crime previsto no artigo 36 da Lei nº 13.869/19.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 3ª edição, p. 08.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



A relevância do tempo subjetivo na Ética Levinasiana

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. À guisa de introdução: o que é o tempo? 2. O *tempo subjetivo* no pensamento de Levinas. 2.1. Sincronia. 2.2. Diacronia. 2.3. Anacronismo. O tempo ético. 3. Conclusão: o *il y a (há)* como prenúncio da diacronia.

Resumo

O propósito deste artigo é enfatizar a importância atribuída ao *tempo subjetivo* na Ética da Responsabilidade em Emmanuel Levinas. A revelação do tempo ético.

Résumé

Le propos de cet article est de souligner l'importance attribuée au Temps Subjectif dans l'Éthique de Responsabilité chez Emmanuel Levinas. La révélation du temps éthique.

Palavras-chave: Levinas. Tempo subjetivo. Ética. Responsabilidade.

Mots clefs: *Levinas. Temps subjectif. Éthique. Responsabilité.*

1. À guisa de introdução: o que é o tempo?

Iniciamos nossa breve reflexão fazendo coro com o filósofo francês André Comte-Sponville, no capítulo que ele dedica ao “tempo” no seu livro *Apresentação da Filosofia* (*op. cit.* p.111):

O que é o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se me perguntam e eu quiser explicar, então já não sei’, confessava santo Agostinho. O tempo é uma evidência e um mistério: todos o experimentam; ninguém pode apreendê-lo. Porque ele não para de fugir. Se ele parasse um só instante, tudo pararia e já não haveria tempo. Mas é que já não haveria nada.

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ.

E, concluindo o parágrafo inicial do capítulo, Sponville assevera que “*O tempo, mostra Kant, é a condição a priori de todos os fenômenos. É o mesmo que dizer que ele é a condição, para nós, de tudo*”.

2. O tempo subjetivo no pensamento de Levinas

Percebe-se, de pronto, que a primeira imagem que fazemos do tempo está quase sempre relacionada à sua objetividade. Quando dizemos que “o tempo voa” ou que “não temos tempo para nada”, estamos enquadrando o fenômeno no conteúdo de um calendário. Quando nos sentimos cansados das atividades cotidianas, tomamos a decisão de demarcarmos, na agenda, um tempo para relaxamento ou para a prática de algum tipo de divertimento. O que se constata, portanto, é o que Heidegger pontua:

Se a ocupação do tempo pode realizar-se, a partir de dados do mundo circundante, no modo caracterizado da datação, isso, no fundo, só acontece no horizonte de alguma ocupação do tempo que conhecemos como a contagem do tempo, própria da astronomia ou do calendário (Heidegger, 2006: 506-507).

No entanto, o tempo é muito mais complexo e profundo do que meras medições numéricas. Tanto assim que Levinas, ao conceber a *ética da alteridade*, atentou para o relevante papel do *tempo subjetivo*, formulando uma trilogia baseada no dinamismo do fenômeno, enquanto relacionado à humanidade. É o que veremos a seguir.

2.1. Sincronia

O Professor B.C. Hutchens, no seu livro *Compreender Levinas*, esclarece que a “sincronia”, como analisada por Lévinas, existe quando “*um único eu luta para ter poder sobre o tempo lembrando o passado, percebendo o presente e predizendo o futuro, não só em sua própria experiência, mas pela extensão de todas as possibilidades temporais da história*” (Hutchens 2004: 97-98).

O *eu isolado*, com seu aparato mental, caminha pela vida com a presunção de dominar o tempo não só pela apreensão permanente do presente como também pela possibilidade de trazer à mente, via memória, acontecimentos passados que poderão, inclusive, servir de base para algum projeto no futuro. Mas essas lembranças subjetivas podem não coincidir com o que de fato ocorreu objetivamente num determinado momento da existência individual. Esse mesmo *eu isolado* pode ter a mesma sensação de “poder” com relação a fatos que não se relacionam com a sua vida, mas com a própria história da humanidade. Segundo Hutchens, o filósofo “*refere-se a essa sintetização do passado, presente e futuro do ponto de vantagem da ‘sincronia’ presente do eu*” (*ibidem*: 99).

Como metáfora para essa modalidade de tempo, pomos o exemplo de um *eu isolado* que decide, no presente, ouvir uma música. Ele ouve aquele som harmonioso e se entrega a um estado de leveza. No tempo de duração da música ele sonha acordado sintetizando mentalmente episódios vividos ou imaginados, do passado, fazendo projeções de eventos reais ou fantasiosos, do futuro, numa mistura sucessiva de dados reais e imaginários. Se a música for a nona sinfonia de Beethoven, por exemplo, registros históricos da vida do compositor podem vir-lhe à mente. Entretanto, não é possível afirmar-se, sem sombra de dúvidas, a veracidade dessas recordações. Na verdade, consoante assinalado pelo Professor Hutchens, *“O eu é livremente autossuficiente como dono sincrônico do tempo, fazendo previsões sobre eventos futuros, percebendo eventos no presente e conservando ou relembando eventos do passado”* (*ibidem*: 101). Existe, assim, uma presunção de que aquele “eu” possui *“uma percepção da objetividade do tempo de relógios e calendários”* (*ibidem*: 101). De acordo com o Professor Hutchens, Levinas faz objeção a esse modo de ver a temporalidade: *“O tempo, observa ele, é um relacionamento com aquilo que não pode ser assimilado pela experiência ou compreendido pela consciência”* (*ibidem*: 99).

2.2. Diacronia

Citando Levinas, o Professor Hutchens leciona que:

A diacronia é uma estrutura que nenhum movimento da consciência tematizante e interessado – a memória ou a esperança – pode solucionar ou recuperar nas simultaneidades que ela constitui. A temporalidade insular do eu é interrompida pelo surgimento imprevisível da outra pessoa vinda do futuro e o passado imemorable que ela traz consigo (*ibidem*: 103).

A *diacronia* entra em cena para desconstruir o isolamento sincrônico do *eu* cuja temporalidade se vê interrompida pelo aparecimento repentino do *Outro* que vem do futuro e que não dá ao *eu* a possibilidade do conhecimento de seu passado imemorable. Podemos assim concluir que duas temporalidades são simultaneamente interrompidas, sendo, entretanto, impossível a síntese das duas identidades. É como se cada subjetividade envolvida tivesse o seu próprio tempo. A *diacronia* já aponta para uma “diferença” intransponível entre sujeitos que se “cruzam” ao longo do tempo subjetivo de cada um. Consoante afirmado por Levinas: *“O sempre do tempo, a impossibilidade da identificação do Eu e do Outro, a impossível síntese do Eu e do Outro. Diacronia”* (Levinas 1993: 126).

Essas “impossibilidades” de identificação e de síntese do *Eu* e do *Outro* estão relacionadas à questão do *Mesmo* (do eu) e do *Outro* (do eu) e merecem um esclarecimento. O *Eu*, a princípio, na sua identidade, englobaria o seu “mesmo” e o “outro”. Na verdade, essa maneira de “pensar” o outro, priva este último de sua

alteridade autêntica porque essa alteridade estaria “contida” no mundo psíquico do *Mesmo*. É justamente a saída de si em direção ao outro que irá possibilitar que o outro se revele, inteiramente, na sua alteridade. Eis o principal fundamento da *ética da responsabilidade*. Consoante afirmado por Levinas:

O tempo significa a diferença do Mesmo e do Outro. E esta diferença é não indiferença do Mesmo pelo Outro e, de certo modo, o Outro no Mesmo. Mas este *no* pode destruir a diferença: se o Mesmo puder conter o Outro, então o Mesmo triunfou sobre o Outro (*ibidem*: 156).

E na sua obra *Temps et l'autre*, o filósofo conceitua, de forma clara, a *diacronia* como sendo:

A relação com o futuro, a presença do futuro no presente parece ainda se concretizar no face a face com outro. A situação de face a face seria a concretização mesma do tempo; o avanço do presente sobre o futuro não é o fato de um único sujeito, mas a relação intersubjetiva. A condição do tempo está na relação entre humanos ou na história (Levinas 1983: 68-69).¹

2.3. Anacronismo. O tempo ético

São inúmeros os *Outros* que podem entrar em cena quando a *diacronia* vem a lume. A partir da relação intersubjetiva, inúmeros *Outros* poderão aparecer derrubando, de forma definitiva, qualquer tentativa de domínio do tempo por parte do *eu isolado*. Consoante assinalado pelo Professor Hutchens:

O anacronismo é *a temporalidade fragmentada da infinita responsabilidade*. Não há nenhum princípio sincrônico pelo qual o eu possa dominar o tempo porque ele vivencia muitas facetas de tempo divergentes em seus relacionamentos com muitas outras pessoas. (Hutchens 2007: 104)

Será que podemos realmente recuperar as memórias de um passado distante? O que sabemos de fato sobre determinado acontecimento histórico ocorrido antes de nosso nascimento? Podemos ler acerca daquele acontecimento, consultando obras de escritores que já morreram há muito tempo. Entretanto, se refletirmos com mais profundidade, o que conseguimos “relembrar”, através de representações mentais, são

¹ “La relation avec l’avenir, la présence de l’avenir dans le présent semble encore s’accomplir dans le face-à-face avec autrui. La situation de face-à-face serait l’accomplissement même du temps; l’empiètement du présent sur l’avenir n’est pas le fait d’un sujet seul, mais la relation intersubjective. La condition du temps est dans le rapport entre humains ou dans l’histoire” (Levinas 1983: 68-69).

fragmentos daquele acontecimento porque determinados detalhes, mormente aqueles relacionados às subjetividades dos indivíduos que participaram ativamente daquele fato, deixaram de ser relatados ou, simplesmente, não puderam ser reconstituídos. E não se faz necessário buscar-se, como exemplo, um passado distante. Mesmo dentro de nossa própria família, é impossível que tenhamos um conhecimento mais detalhado do que foram os passados de nossos pais. Ou ainda, como foi o nosso relacionamento com cada um deles na nossa adolescência. Sobram, na verdade, fragmentos de memória que nos permitem uma visão aproximada do que de fato pode ter acontecido. O fato é que a sociabilidade enseja a multiplicidade de seres cujos caminhos se cruzarão ao longo da vida, num infindável processo de *diacronias*, invalidando o tempo na sua forma sincrônica. E o tempo objetivo acaba perdendo o seu significado já que *“está sempre sendo interrompido pelo anacronismo do tempo vivido, recuperado incompletamente pela memória e pela expectativa”* (*ibidem*:106), nos dizeres de Hutchens. Essa ênfase na subjetividade do tempo implica o seu reconhecimento como *“tempo ético”*. A *diacronia* é o ponto inicial de encontro entre o *Mesmo* e o *Outro*. O tempo se apresenta como *“versão do Mesmo para o Outro”*. Na verdade, uma *“versão”* misteriosa no tocante aos passados recíprocos, mas clarividente em termos de sinalização ética porvindoura:

O tempo, mais do que corrente dos conteúdos da consciência, é a versão do Mesmo para o Outro. Versão para o outro que, enquanto outro, preservaria ciosamente, nesta versão inassimilável à representação, a diacronia temporal. Como o imemorial no lugar da origem, é o Infinito que é a teleologia do tempo (Levinas 1993: 126).

Importante ressaltar que esse tempo não esbarra na finitude humana, projetando-se sempre em direção ao Infinito:

A relação com o Infinito é a responsabilidade de um mortal por um mortal. Como na passagem bíblica (Gênesis XVIII, 23 ss.) em que Abraão intercede por Sodoma. Abraão está aterrado com a morte dos outros e toma a responsabilidade de intervir. E é então que ele diz: *“Eu próprio sou pó e cinzas”* (*ibidem*: 131-132).

3. Conclusão: o *il y a* (há) como prenúncio da diacronia

O *eu isolado* pode vivenciar o *il y a* (há) que segundo Levinas nada tem a ver com a *“angústia do nada”*, mas com o *“demaís de si mesmo”*: *“Não é a angústia do nada, é o horror do há (il y a) da existência, não é o medo da morte, é o ‘demaís’ de si mesmo”* (Poirié 2007: 82).

É no exemplo do estado de insônia, dado pelo próprio Levinas, que a conceituação do *il y a*, a nosso juízo, se torna mais clara. Quando o nosso sono é interrompido por qualquer causa externa e não conseguimos retomá-lo, uma sensação

de impaciência vai tomando conta de nosso ser e sentimos que já não temos mais o controle de nossa própria consciência. A insônia, ela mesma, nos impossibilita de sair do estado de vigília, controlando-nos, como entidade autônoma, durante aquele espaço de tempo. Segundo Lévinas *"A impossibilidade de sair da vigília é algo de 'objectivo', de independente da minha iniciativa. Esta impersonalidade absorve a minha consciência; a consciência está despersonalizada. Eu não velo: 'isto' vela"* (Levinas 2007: 35).

O "há" possui uma conotação de "pânico": o *eu isolado* se vê diante de si mesmo numa situação de "demasia", cercado de objetos que perdem a significação lançando-o numa espécie de estado de saturação. Nesses instantes de "enlouquecimento", advém a "despersonalização" como se o *eu* passasse a ser governado, interinamente, por uma espécie de "negação" externa. Para Levinas, *"na enlouquecedora 'experiência' do 'há', tem-se a impressão de uma impossibilidade total de dela sair e de 'parar a música'"* (ibidem: 35).

No *il y a*, o horror do isolamento está relacionado a um "demais" do sujeito que o conduz a um estado de despersonalização e, por conseguinte, de desgosto de si mesmo. Nessa "despersonalização", o sujeito não se satisfaz com a sua existência individualizada e não consegue identificar-se em meio aos objetos que o cercam. Ele é assomado por algo desconhecido que o aterroriza. E a única saída que lhe resta, por mais paradoxal que possa parecer, é o "sair de si" em busca do *Outro* que lhe devolverá a "personalidade", a própria "identidade". Na situação existencial do "há", é dada ao ser uma saída: o "sair de si" que Levinas esclarece, respondendo a outra indagação formulada por Poirié: *"Sair de si é ocupar-se do outro, e de seu sofrimento e de sua morte, antes de ocupar-se de sua própria morte"*. E acrescenta: *"Eu não digo de maneira alguma que isso se faça com alegria de coração, que isso não é nada, nem sobretudo que isso seria uma cura contra o horror ou o cansaço de ser ou contra o esforço de ser, uma maneira de distrair-se de si."* (Poirié 2007: 82-83)

Referências bibliográficas

- COMTE-SPONVILLE, André (2002). *Apresentação da Filosofia*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.
- HEIDEGGER, Martin (2006). *Ser e Tempo*. Trad. revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes.
- HUTCHENS, B.C. (2007). *Compreender Levinas*. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes.
- LEVINAS, Emmanuel (1983). *Le Temps et l'autre*. 9ª ed. Paris: Quadrige/PUF.
- _____. (1993). *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina.
- _____. (2007). *Ética e Infinito*. Trad. João Gama. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea.
- POIRIÉ, François (2007). *Emmanuel Levinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva.

Direito, poder e linguagem: o paradoxo da soberania, estrutura linguística e a captura da vida pela exceção

Delmo Mattos*

Fernando Rogério Silva Marques Júnior**

Resumo

O presente artigo discute a relação entre soberania, estado de exceção e linguagem no âmbito do Direito. Para tanto, problematiza a possibilidade da estrutura do direito ser anulada ausência de efetivação de proteção jurídica nas sociedades contemporâneas. Desse modo, problematiza-se o estado de exceção como um evento jurídico-linguístico para refletir o modo como a esfera linguística do Direito produz a exceção.

Abstract

This article discusses the relationship between sovereignty, the state of exception and language within the scope of law. To this end, it problematizes the possibility of the law structure being annulled, not of effective legal protection in contemporary societies. Thus, the state of exception is problematized as a legal-linguistic event to reflect the way in which the linguistic sphere of law produces the exception.

Palavras-chaves: Exceção. Linguagem. Poder. Soberania.

Keywords: *Exception. Language. Power. Sovereignty.*

Introdução

O estudo do paradoxo da soberania, deixado pelo jurista Carl Schmitt, é um dos problemas a ser enfrentado por Giorgio Agamben. A sentença que forma tal paradoxo se apresenta como “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 23). Assim, revisitando a tese de Schmitt (2006), é possível constatar que este considera que a decisão sobre o estado de

* Pós-Doutor em Teoria do Direito pelo PPGDIR da UFMA. Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA e Programa de Pós-graduação em Direito da UniCEUMA. Pesquisador FAPEMA/CNPq.

** Bacharel em Direito pela UniCeuma.

exceção fica a cargo do soberano, o qual se situa dentro e fora da ordem jurídica. Em comentário a este fenômeno de exceção, no artigo *O paradoxo da soberania nos limites da exceção a partir da visão de Giorgio Agamben*, Tiago Ítalo Ferreira da Silva (2016, p. 17) explica que:

Ademais, a formulação do paradoxo pode se apresentar de modo que a lei se suspenda, ou se encontre “fora dela mesma”, abrindo um hiato entre a sua inaplicabilidade e abrangência ao mesmo tempo. Neste viés, o soberano se coloca na condição de suspender ou não a norma vigente, ao passo que ele mesmo se ausenta dessa normalidade. A regra suspensa está, para ele, o soberano, na forma de sua aplicação, desaplicando-se; ou seja, o soberano é aquele que está fora e ao mesmo tempo dentro da norma estabelecida.

A consequência do paradoxo é a criação de uma zona onde não existe distinção entre o que é vida e o que não é; se é estar dentro ou fora mesmo inserido num ordenamento jurídico.

O direito aparece, então, após a suspensão, em contato com a vida daqueles não atingidos pela Lei. É por isso que, nesse caso, ocorre a captura da vida pelo estado de exceção, momento em que o aspecto normativo passa a vigorar. O paradoxo serve como mecanismo de abertura de um local sem titularidade. Portanto, essa abertura faz com que o direito se apresente qual um ordenamento que não se aplica, aplicando-se. Forma-se, então, uma configuração em que o indivíduo não mais se encontra dentro de uma ordem legal, haja vista sua suspensão, porém se firma como um aparato de violência, atingindo-o com sua inclusão.

Para elucidar, deve-se rememorar a premissa traçada por Agamben, de “*bíos*”, enquanto indivíduo participante da sociedade política, em exercício de seu “*logos*”, na acepção aristotélica; e “*zoé*”, onde o homem banido não pertence a sua antiga comunidade, sua vida passa a ser biológica, seu contato é direto com os animais, o que o permite ser morto sem que isso considere como crime.

Ordem jurídica e linguagem

É que na política Ocidental, esta condição é trazida para dentro da sociedade, porém o estado de ser matável e sem proteção jurídica toma característica de norma. Neste sentido, Silva (2016, p. 17) infere que:

Agamben, nesse sentido, leva em consideração o argumento de Schmitt, para o qual o direito não pode se aplicar fora de uma ordem, mas somente numa determinada normalidade. Ora, é que no direito, enquanto esfera de pertencimento do indivíduo, a partir

do paradoxo da soberania, passa a ser uma realidade na qual ele, o indivíduo, está fora e dentro no memento da suspensão. A partir disso, a relação que surge entre direito e vida é de suspensão da regra, e que se afirma dentro e fora do ordenamento como forma de violência em relação ao indivíduo.

Não se pode pensar, então, que a exclusão realizada por este estado tenha o condão de excluir, por inteiro, o prejudicado. Por que havendo essa exclusão, o paradoxo do soberano permite figurar o direito como objeto que exclui mantendo a inclusão do indivíduo. A ordem jurídica atual se funda, assim, pela exclusão praticada pelo ordenamento, ao passo que inclui o excluído. Complementando o raciocínio, Agamben (2002, p. 25) salienta que:

Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora da relação com a norma. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada e não simplesmente excluída.

A estrutura de exceção é, portanto, a “estrutura originária da relação jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 27). Essa forma originária, pela decisão do soberano, se constitui ao que Agamben afirma em que ele, o estado de exceção, “emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se regra”. (AGAMBEN, 2004, p. 27). É daí que se forma o conceito de “campo”, zona de absoluta exceção, onde a ligação entre a localização da exceção e do ordenamento se rompe. Como Giorgio Agamben (2004, p. 27) expõe:

O campo, como espaço absoluto de exceção, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão. E é este espaço de exceção, no qual o nexa entre localização e ordenamento definitivamente rompido, que determinou a crise do velho “*nomos da terra*”.

Faz-se, aqui, uma pontuação necessária. Na obra, o filósofo deixa claro que o problema não é, como pode parecer, o ato do soberano em suspender a eficácia de direitos. É tentador relacionar isso como uma questão estritamente positivista. A vertente que se defende é que a preocupação primeira de Giorgio Agamben é sobre a linguagem, como mencionado anteriormente. Ele é um filósofo que trata da linguística. É por isso que, ao referenciar os estudos de Aristóteles em *Homo*

sacer: o poder soberano e a vida nua, mais precisamente sobre o conceito de “*pólis*”, o filósofo italiano não se esquece do uso do termo “suplemente da politização ligado à linguagem”. (AGAMBEN, 2004).

Essa suplementação é a inserção do homem na linguagem quando inserido numa “*pólis*”, numa comunidade. Ou seja, para ser político é necessário estar na “*pólis*”, na “*bíos*”; e, para que isso ocorra, a linguagem, o “*logos*”, permite a diferenciação do que é justo ou injusto; político, não político; certo e o errado.

Neste sentido, Agamben (2004, p. 10) pondera que:

Político não é um atributo do vivente como tal, mas é uma diferença específica que determina o gênero “*zôon*” (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela dos outros viventes porque fundada, através de um suplemento de politização ligado a linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, do justo e do injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso).

No trecho em destaque, o suplemento linguístico faz com que o homem se diferencia dos demais animais, por a linguagem, “*logos*”, o faz discernir do aspecto dual que envolve a relação do homem em sociedade. E de que modo, então, se pode pensar na configuração do estado de exceção, dessa condição de estar inserido num ordenamento jurídico e, na mesma medida, fora dele, sem seu resguardo, sem a preservação de direitos constantemente ameaçados de grupos minoritários? Porque se afirma que a problemática agambena não se limita ao mundo positivado que cria o Estado de exceção, mas a uma interpretação da política, do direito, pela linguagem?

Linguagem e exceção

A resposta pode ser encontrada em um importante trecho da obra *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Giorgio Agamben (2004, p. 28-29) diz o seguinte:

Hegel foi o primeiro a compreender em profundidade desta estrutura pressuponente da linguagem, graças a qual ela está, ao mesmo tempo, fora e dentro de si mesma, e o imediato (o não linguístico) se revela como nada além de um pressuposto da linguagem. “O elemento perfeito” – ele escreveu na “Fenomenologia do espírito” – “em que a interioridade é tão exterior quanto a exterioridade é interna, é a linguagem” (Hegel, 1971, v. III, p. 527-529). Como somente a decisão soberana sobre o estado de exceção abre o espaço no qual pode se traçar os confins entre interno e externo, e determinadas normas podem ser atribuídas a determinados territórios, assim somente a língua como pura

potência de significar, retirando-se de toda concreta instância de discurso, divide o linguístico do não linguístico e permite a abertura de âmbitos de discursos significantes, nos quais a certos termos correspondem certos denotados. A linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção, declara que não existe um fora da língua, que ela está sempre além de si mesma. A estrutura particular do direito tem seu fundamento nesta estrutura pressupponente da linguagem humana. Ela exprime o vínculo de exclusão inclusiva ao qual está sujeita uma coisa pelo fato de encontrar-se na linguagem, de ser nominada. Dizer, neste sentido, é sempre *"ius dicere"*.

Ou seja, a estrutura que se observa na linguagem, segundo a concepção de Hegel e levada em conta por Agamben (2004), caracteriza-se como estar dentro e fora de si mesma, da divisão entre linguístico e o "não linguístico". A estrutura linguística que sustenta o soberano possui, então, as mesmas características as quais apoiam o ordenamento jurídico, de determinar os que participam e não participam de sua jurisdição.

É por isso que, ao afirmar que "a linguagem é o soberano que, em permanente estado de exceção, declara que não existe um fora da língua, que está sempre além de si mesma", Agamben (2004, p. 28) observa essa condição de dentro e fora. Pois o soberano, estando fora, decide pela existência de uma exceção que inclui, ao determinar que ninguém poderá transpor as barreiras que formam a linguagem. Assim o direito qual a exceção realiza a captura normativo-linguística dos excluídos, ao passo que serão levados ao campo "não linguístico" da linguagem soberana. Assim, o direito, enquanto linguagem soberana, figura como uma ordem que exclui e inclui o cidadão, passando a considerá-lo como um "não linguístico". É por meio dessa característica de linguagem que o soberano, em estado de exceção, cria os limites entre o externo e o interno.

Neste ponto, o filósofo traça uma linha entre a estrutura de dois mundos que, até então, não eram investigados pelos teóricos do estado de exceção. Na linguagem, em seu constante exercício de considerar, de dentro do discurso, aquilo que é linguístico do que não é (não linguístico). Ou seja, busca-se, no campo da linguagem, uma explicação acerca desta dicotomia que perfaz o paradoxo do soberano. Neste sentido, Silva (2016, p. 18) explica que:

Ele (o soberano) o faz como um fora da lei, colocando todo e qualquer indivíduo sujeito à aplicação desta lei. A exceção da lei, nestes termos, alcança seu viés paradoxal, no sentido de deixar à margem quem a proclama e redefinir os limites de sua atuação frente aos outros, que se encontram no seu limiar. Ainda assim, o que está à disposição do soberano, na exceção, é a possibilidade de salvaguardar sua condição de soberano e de se colocar acima do ordenamento jurídico por ele próprio instaurado.

É assim que, no direito, o soberano não toma — ao que parece — a forma de um ente materialmente considerado, capaz de suspender a eficácia de um artigo com sua decisão. O soberano é a própria linguagem, a própria lei em seu estado puro, em norma. Neste sentido, da mesma forma que a norma é em abstrato, e o ente excluído encontra-se incluído por fazer parte de um ordenamento onde a norma vigora, a linguagem age com sua potência de significar antes de ser usada para nomear ou expressar o justo ou injusto.

Explicando a analogia constante na obra do filósofo, Jacopo D'Alonzo (2013), artigo intitulado *"El origen de la nuda vida: política y lenguaje em el pensamiento de Giorgio Agamben"*, induz que:

Similarmente, em *"Homo sacer"* se afirma que a vida superada (e que é por si mesma impolítica) e conservada como vida nua (pois é objeto da biopolítica) na dimensão política. Precisamente, como a voz do vivente, do animal, está superada (pois é não linguístico), mas ao mesmo tempo conservada (a qual é base para qualquer emissão fônica) na linguagem. A vida é o que foi tirado do corpo político, tanto quanto a voz do vivente foi tirada do falante, embora ambas sejam supostas como o que elas precisam ser o que realmente são. (D'ALONZO, 2013, p. 105)

"Portanto, no caso do direito, a existência da lei prescinde sua aplicação. De forma análoga, a palavra prescinde sua significação ou sua denotação para existir". (BRUM NETO, 2019, p. 110). A exceção se apresenta qual uma linguagem da soberania. E segundo Agamben (2004), o ser soberano não pode ser considerado como um conceito exclusivamente político, nem exclusivamente jurídico, não podendo ser, também, uma potência externa ao direito, e nem uma norma suprema do ordenamento jurídico. Ela, a exceção, "é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão". (AGAMBEN, 2004, p. 35). Como visto, a interpretação do direito pelo filósofo percorre um viés linguístico. Ao que parece, e que se defende, é que a análise da política Ocidental agambeana apresenta uma símile clara entre o direito, sua teoria do direito público, e a linguística, o comportamento da linguagem entre o homem e o mundo.

Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- BRUM NETO, Benjamim. Sobre a linguagem como fio condutor das reflexões de Giorgio Agamben. *Cadernos De Ética E Filosofia Política*, v. 1, nº 34, p. 101-116, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/154868>. Acesso em: 12 out. 2019.

D'ALONZO, Jacopo. El origen de la nuda vida: política y lenguaje en el pensamiento de Giorgio Agamben. *Revista Pléyade - Università di Roma La Sapienza*, nº 12, 2013.

SILVA, Tiago Ítalo Ferreira da. O paradoxo da soberania nos limites da exceção a partir da visão de Giorgio Agamben. *Revista Dialogando: revista interdisciplinar de Filosofia e Teologia, Quixadá*, v. 1, nº 2, jul./dez., 2016.

Direito e imaginário social no Brasil contemporâneo

Francisco J. M. Bedê*

Gabriel S. Cerqueira**

Resumo

O artigo discute a centralidade do conceito de imaginário para a compreensão do funcionamento do direito no Brasil contemporâneo. Após descrever brevemente a relação entre o imaginário social e a natureza abstrata do direito moderno, o texto aborda os impasses que essa relação apresenta para o corpo político em se tratando da fundação dessa Lei e sua imposição na vida social concreta. Por fim, o texto encerra com alguns apontamentos teórico-metodológicos para uma pesquisa do fenômeno do direito a partir da presente abordagem.

Abstract

The article discusses the centrality of the concept of the imaginary for an understanding of the functioning of law in contemporary Brazil. After briefly describing the relation between the social imaginary and the abstract nature of modern law, the text addresses the impasses that this relation presents to the political body when it comes to the foundation of this Law and its imposition on concrete social life. Finally, the text ends with some theoretical-methodological notes for a research on the phenomenon of law from the present approach.

Palavras-chave: Direito. Imaginário social. Cidadania. Lei moderna.

Keywords: Law. Social imaginary. Citizenship. Modern law.

O presente artigo visa estabelecer alguns apontamentos gerais a respeito da centralidade teórico-metodológica do conceito de imaginário para uma compreensão do funcionamento do direito no Brasil contemporâneo. Realiza-se tal reflexão tendo como alvo a interação entre o sistema social do direito brasileiro e os demais aspectos da dinâmica social e política nacional, almejando uma metodologia que possa vir a elucidar o modo como o funcionamento do direito no Brasil incide decisivamente nas possibilidades de efetivação dos valores e aspirações centrais para a vida social moderna,

* Doutorando em Teoria Social (IESP-UERJ). Mestre em Teoria Social (IESP-UERJ). Integrante do Núcleo de Estudos em Teoria Social e América Latina (NETSAL) do IESP-UERJ. Sociólogo.

** Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Mestre em História Social pela UNIRIO. Integrante do Laboratório Cidade e Poder (LCP-UFF). Sociólogo.

tais como: 1) uma vida política verdadeiramente democrática, que não esteja subordinada ao mandonismo de oligarquias, mas sim ao envolvimento ativo dos cidadãos através de seus representantes; 2) um desenvolvimento nacional economicamente autônomo e eficiente, capaz de garantir aumento continuado da produtividade do trabalho e ampla prosperidade para o conjunto da população; 3) uma vida social assentada na ampla liberdade individual, na qual o funcionamento efetivo do Estado opera tendo como régua a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos como segurança, saúde, educação, livre circulação, livre expressão, livre associação etc.

O conceito de imaginário aqui aludido refere-se à visão de mundo presente nas representações e nas práticas dos sujeitos, sobretudo na medida em que essas visões de mundo adquirem um alcance ampliado e passam a ser mobilizadas como referência comum na articulação de dinâmicas coletivas e no funcionamento das instituições, tornando-se parte do que Castoriadis denominou de *imaginário social*¹. Nesse sentido, o conceito de imaginário é muito próximo do conceito de ideologia, contanto que não se entenda ideologia como uma falsa consciência (uma representação errônea da realidade), mas sim como uma concepção de mundo, algo que provê as coordenadas de sentido e os direcionamentos presentes em nossas ações concretas².

Não obstante, mobiliza-se especificamente a ideia de imaginário como forma de chamar atenção para o fato de que toda visão de mundo está sempre profundamente vinculada a aspectos do sentido que *não* são de natureza imediatamente lógica (não são redutíveis a constructos do pensamento e motivações meramente racionais), sendo mais diretamente vinculadas a sentimentos e sentidos metafóricos que são em alguma medida de natureza inconsciente. Ou seja, o imaginário social em grande medida opera nas entrelinhas, evocando sentidos implícitos (conotativos) e emoções que constroem nosso discurso e nossa ação sem que tenhamos acesso direto a essa visão de mundo com a qual estamos comprometidos³.

A razão pela qual o imaginário demonstra-se tão central para o direito moderno encontra-se no carácter *abstrato* no cerne dessa Lei. O direito moderno ancora-se no instituto da cidadania⁴, que define cada indivíduo como igual e livre, como sujeito

¹ CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

² O afastamento do conceito de ideologia da ideia de “falsa consciência” e sua aproximação da ideia de concepção de mundo é tributária, sobretudo, do pensamento de Antonio Gramsci (GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, Volume 1 e 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999). De forma mais complexa, mobilizando a psicanálise lacaniana, essa elaboração da ideia de ideologia como algo que articula nossas práticas e nossas representações está presente na obra de Slavoj Žižek (Žižek, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem*. Rio de Janeiro: Zahar Editor Ltda, 1992).

³ A reflexão em torno desse carácter afetivo e metafórico do imaginário, que provê sua capacidade de ser mobilizado ao nível tácito (de forma subjacente, nas entrelinhas do discurso e da ação), foi elaborada sobretudo por Žižek (Idem, p. 149-180), embora esteja também presente em Castoriadis (CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 315-418). Em torno desse tema, ver também as obras de Gisálcio Cerqueira (CERQUEIRA, Gisálcio. *Édipo e Excesso- Reflexões sobre Lei e Política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002).

⁴ A ideia de que o direito e o Estado moderno assentam-se nessa cisão do indivíduo em duas esferas separadas, uma divisão entre cidadão abstrato e agente privado, foi originalmente elaborada por Marx (MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010). Para uma teorização sistemática do direito moderno a partir do pensamento de Marx, ver a obra de Pasukanis (PASUKANIS, Eugeniy. *La Théorie generale du droit et le marxisme*. Paris: EDI, 1969).

autônomo e portador de direitos fundamentais. Portanto, esse ordenamento pressupõe um sujeito de direito altamente abstrato – o que define um cidadão é somente o fato dele ser livre e possuir os mesmos direitos inalienáveis que os outros cidadãos – de modo que todos os aspectos da realidade e da vida concreta dos indivíduos para além dessa igualdade são abstraídos pela lei, sendo entendidos como parte da dimensão da vida privada e não como objeto do direito⁵. Para que algo torne-se objeto do direito moderno e entre no ordenamento jurídico, é preciso que tenha uma forma abstrata, é preciso que se defina a partir dessa igualdade fundamental que ordena a relação entre os indivíduos independentemente de qualquer outro aspecto (mesmo os direitos específicos e os assim chamados direitos das minorias precisam estar construídos como sendo uma expressão dessa liberdade e igualdade fundamentais entre os cidadãos, como sendo uma forma de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos).

É justamente essa forma abstrata da lei moderna, o fato de que o ordenamento jurídico moderno está sempre assentado em relações universalmente válidas – e, portanto, altamente abstratas – a respeito da conduta dos indivíduos, que torna o imaginário social tão central na definição do funcionamento concreto do direito em suas mais diversas expressões. Não é que o sistema do direito seja subordinado a alguma outra coisa (à política ou aos interesses particulares de atores específicos), embora isso possa ocorrer. O fato muito mais decisivo é que, embora a validade desse arcabouço jurídico abstrato e universal proscreva qualquer aplicação arbitrária e particularista – visto que o direito é expressão dos direitos fundamentais e da vontade soberana dos cidadãos (a lei moderna *não* é expressão da vontade e da interpretação de seus operadores) – esse mesmo ordenamento legal também obriga os seus operadores a transformar códigos abstratos em decisões concretas sobre questões concretas. É através dessa passagem da lei abstrata à decisão concreta que o imaginário reina ao prover as coordenadas e os direcionamentos que a lei abstrata é incapaz de prover.

Um aspecto frequentemente negligenciado é que a passagem à modernidade que encaminha a introdução na noção de cidadão (abstrato) no paradigma jurídico do direito moderno é marcada também pela produção de um espaço não simbolizado de não cidadania. A transição da autoridade soberana do monarca para a noção de soberania popular, ao mesmo tempo que redistribui o conteúdo político do monarca para o “cidadão”, deixa, paradoxalmente, uma parte do corpo social desprovido da autoridade política do cidadão moderno abstratamente constituído desde o Iluminismo. É como se as revoluções burguesas, ao encaminharem a transição da soberania monárquica (centrada na doutrina dos dois corpos do Rei)⁶ para a soberania popular, construísse também uma fissura simbólica no corpo social, dois corpos do povo⁷. Se essa fissura não se consolida explicitamente no ordenamento jurídico

⁵ DOMINGUES, José. *Critical Theory and Political Modernity*. London: Palgrave Macmillan, 2019.

⁶ Um físico e um simbólico, etéreo, que carrega de fato a autoridade. Ver KANTOROWICZ, Ernst. *Os dois corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

⁷ SANTNER, Eric L. *The royal remains: the peoples two bodies and the endgames of sovereignty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

positivo, no cotidiano da vida social ela é absolutamente presente e suas contradições são frequentemente impostas aos operadores do direito.

Toda uma linha interpretativa que busca as interconexões entre o direito e o imaginário (sob diversas manifestações) buscou inspiração no texto seminal de Walter Benjamin⁸ e em sua leitura posterior feita por Jacques Derrida⁹. Segundo essa interpretação, a lei e o direito seriam instituições constitutivamente partidas entre sua externalidade social (terreno da lei abstrata) e uma espécie de *superego obscuro*¹⁰, ou seja, a violência irracional da arbitrariedade fundadora da Lei (terreno em que, argumentamos, se desloca o imaginário social em suas relações com o campo do direito). Nesse sentido, a Lei é simultaneamente (e sincronicamente) uma enunciação de um conteúdo “razoável” e uma junção arbitrária “irracional”. Como a narrativa do momento constituinte da Lei é sempre construída *a posteriori*, esse elemento da cisão é ocultado retroativamente pelas interpretações dogmáticas do direito, por aquilo que o jurista Pierre Legendre chama de “ordem dogmática”¹¹.

Embora carreguem um forte conteúdo filosófico e psicanalítico, essa interpretação nos parece muito útil quando pensada pela ótica de uma sociologia política do direito. Por essa via, abre-se uma porta de investigação do campo jurídico, em sua ordem (interna e externa), não mais por uma heterorreferência autopoietica, pela dinâmica de abertura relativa do campo a influências externas (da política, por exemplo) ou pela relação entre os aspectos racionais, práticos e a “*Lebenswelt*” (embora, parte de sua legitimidade o seja), mas sim a partir de um imaginário social internalizado que provê uma elaboração (uma visão de mundo) em torno da ordem social fissurada da modernidade – o que podemos chamar de ancoragem imaginária. Mais do que um campo do saber fechado, é uma determinada forma de subjetividade – que é (re) produzida na dinâmica da formação jurídica e nas relações sociais que a prática do direito ensina – marcada pelas formações históricas nacionais, que vai estabelecer uma ordem interna no sistema do direito. Não é por acaso que o direito brasileiro maneja as (i)legalidades das classes populares e das classes dominantes de forma amplamente seletiva, a luz do dia, sem qualquer constrangimento! Há uma ordem imaginária, que atua para substituir a parte inerentemente contraditória, conflituosa e fragmentária da Lei (entre a lei abstrata moderna e seu substrato superegógico arbitrário e violento) que sustenta, no direito, esse comportamento e dá a ele sua legitimidade.

O que autoriza e legitima uma decisão judicial a estabelecer que, “em razão de sua raça”¹², um indivíduo esteja ligado a um grupo criminoso? O que eleva à

⁸ BENJAMIN, Walter. Crítica da violência - Crítica do poder [Zur Kritik der Gewalt]. In: BOLLE, WILLI (Org.). *Documentos de cultura, documento de barbárie: textos escolhidos*. São Paulo: Cultrix/EdUSP, 1986. p. 160-175.

⁹ DERRIDA, Jacques. Force of law: the “mystical foundation of authority”. In: CORNELL, DRUCILLA; ROSENFELD, MICHEL; CARLSON, DAVID GRAY (Org.). *Deconstruction and the possibility of justice*. New York; London: Routledge, 1992. p. 3-67.

¹⁰ Ver ŽIŽEK, Slavoj. *O sujeito incômodo: o centro ausente da ontologia política*. São Paulo: Boitempo, 2008.

¹¹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

¹² Uma expressão eivada de ideologia. Primeiro porque, desde a sequenciação genética da espécie humana, a noção de “raça” deixou de existir na biologia. Segundo porque, mesmo que o sujeito seja criminoso, do ponto de vista do imaginário, relacionar a “raça” como naturalmente correlata ao crime é em si falso.

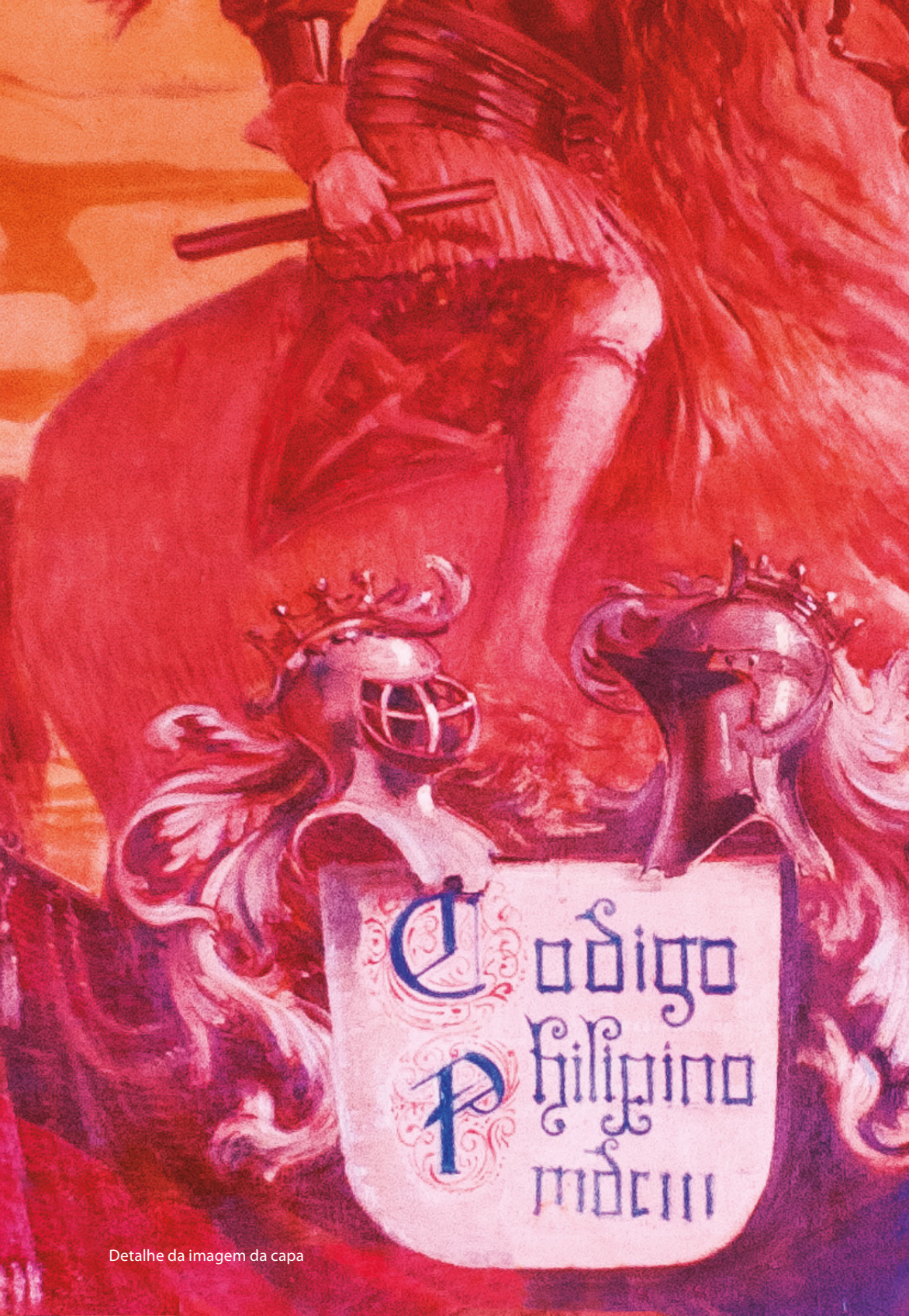
posição de legitimidade, mesmo que só aceita nas entrelinhas do discurso jurídico, a ação frequentemente ilegal das polícias nas favelas, contra a população negra e pobre? Ou o decisionismo casuístico que estampa as páginas dos jornais diariamente (num momento delicado de perda de legitimidade da autoridade judicial no seu aspecto contramajoritário)? Por que não provoca tremores internos ao ordenamento jurídico? Um engajamento teórico-metodológico interdisciplinar é fundamental para compreender as complexidades e contradições do direito brasileiro. Conjugando não apenas as lições da sociologia do direito, mas da filosofia, da psicanálise e da história, sem as quais não se pode enxergar devidamente a centralidade da noção de imaginário no campo do direito.

Aqui, gostaríamos de propor ao menos dois pontos importantes para um programa de pesquisas que almeje refletir sobre essas correlações. O primeiro é “pensar com a história”¹³, ou seja, fazer do objeto da análise um objeto histórico. Por um lado, isso pode ser feito em sentido sincrônico, buscando na historicidade do direito brasileiro os seus elementos formadores. Não no sentido apologético que lhe dá comumente a História do Direito, mas buscando as fissuras, contradições e crises no processo de formação histórica do Brasil e a maneira como interagem com o campo jurídico. Por outro lado, pode ser feito no sentido diacrônico, buscando conexões pouco óbvias, que se apresentem nas margens, nas ausências, nos indícios, sem um componente de sincronia óbvia. Uma das áreas importantes para este estudo é, por exemplo, a história da formação jurídica no Brasil e as disputas epistemológicas dentro do campo do direito, que frequentemente envolvem apropriações seletivas e tentativas de resposta a uma determinada crise ou momento histórico que ajudam a elucidar as tradições jurídicas no Brasil e o processo de introjeção do imaginário social pelo campo do direito.

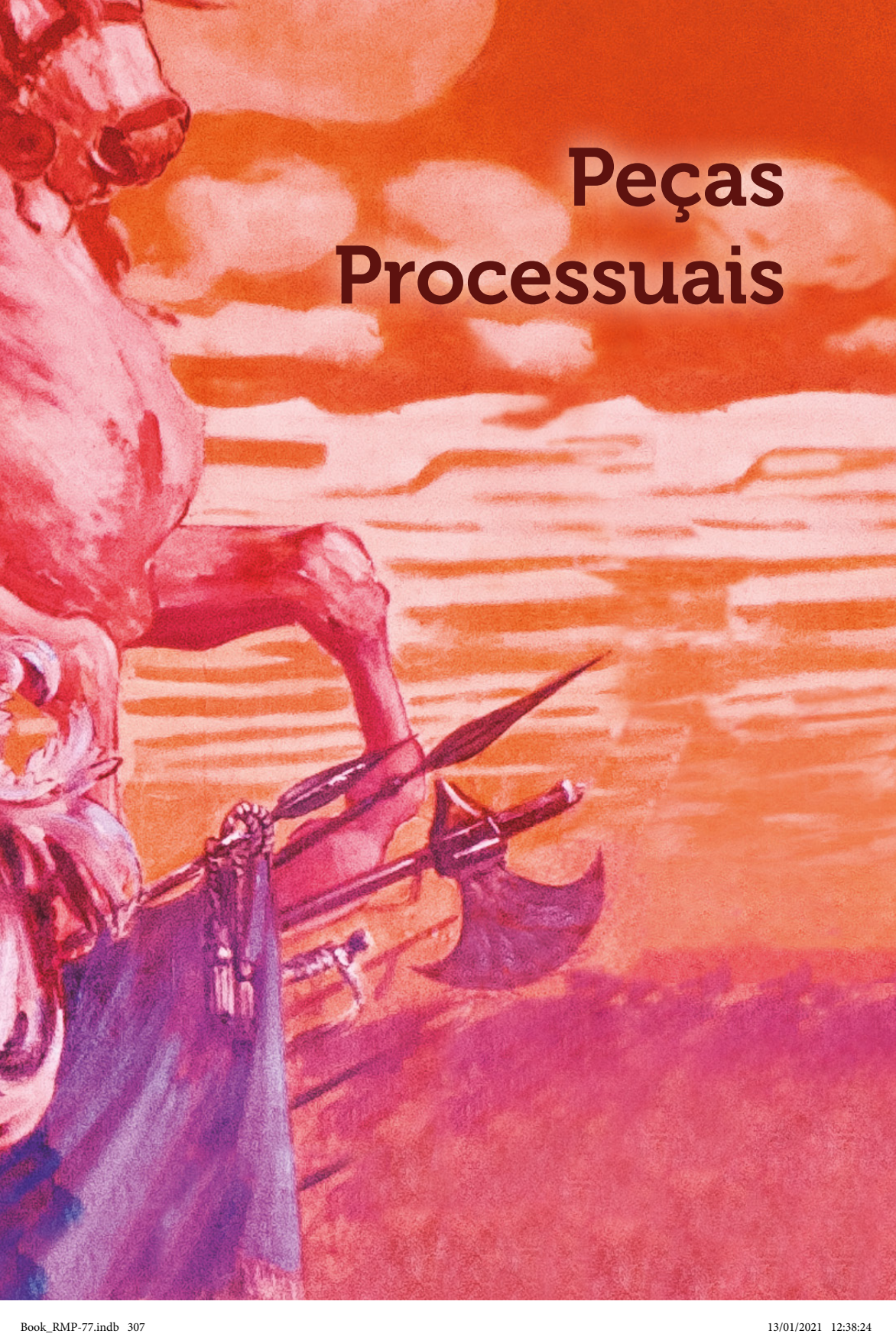
O segundo ponto implica ressaltar o que Pierre Legendre chama de “função do intérprete”¹⁴, algo negligenciado mesmo entre sociólogos. Os operadores do direito, tanto quanto os juristas (ou mesmo o campo acadêmico em menor intensidade), cumprem um papel de intérpretes em relação à Lei. Nesse sentido, o conhecimento do direito se aproxima de uma ciência do comentário e a lei aparece como um espaço lógico através do qual as interpretações têm que passar. Como já afirmamos no início, é por esse caminho que opera a reflexividade do operador do direito que, como efeito, retira do centro da lei essa sua existência puramente simbólica (ou seja, seu enunciado como lei abstrata) e confirma sua ação num casuismo hiperindividualizado. Esse é um dos mais notórios efeitos da hiperespecialização dentro do campo jurídico e da hegemonia intelectual da ideia de que o direito é uma área fundamentalmente técnica. No cotidiano da prática do intérprete da lei, não é incomum que esse caráter técnico seja apenas um disfarce para dar voz ao imaginário.

¹³ As pesquisas realizadas no Laboratório Cidade e Poder, dirigido por Gizlene Neder, tem reforçado esse aspecto. Ver, por exemplo, a coletânea NEDER, Gizlene; SILVA, Ana Paula Barcelos Ribeiro da (org.). *Direito, religião e cultura política: variações*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2019.

¹⁴ LEGENDRE, 1983.



Detalhe da imagem da capa



Peças Processuais

Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ nº 2020.00315512

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício OMP nº 104/2020, da Ouvidora-Geral do Ministério Público, no qual solicita orientação acerca de como proceder quanto ao compartilhamento de dados dos usuários da Ouvidoria, por meio da rede de Ouvidorias Públicas, tendo em vista que *“não existe, no formulário de acesso ao sistema da Ouvidoria do Ministério Público, nenhum alerta ou opção de consentimento quanto ao compartilhamento de dados do titular quando este é identificado”*.

Segundo a solicitante, o fluxo regular do trabalho em rede com outras Ouvidorias, em que os dados dos comunicantes transitam livremente entre os órgãos que integram a rede, requer um posicionamento acerca da possibilidade de disponibilizar a identidade e os dados dos comunicantes, de modo que não haja ofensa ao dever de sigilo. Esclarece, ainda, que, diante do cuidado no trato desses dados junto à Ouvidoria, só tem compartilhado em rede as comunicações anônimas e aquelas em que é possível omitir os dados pessoais do comunicante. Para a douta requerente, tanto a identificação como a proteção dos dados devem ser motivo de preocupação institucional, tendo em vista a confiança do sigilo depositado na Ouvidoria no momento da comunicação.

Considerando a natureza do objeto a ser analisado, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica.

II

A questão posta à Chefia Institucional é relevante na medida em que a boa-fé e a confiança devem reger as relações entre o cidadão e as Ouvidorias, especialmente em se tratando de uma Ouvidoria do Ministério Público. A confiança depositada pelo usuário

na Ouvidoria não comporta relativização, sendo imprescindível que a coletividade tenha conhecimento da forma como as informações ofertadas serão trabalhadas.

Especificamente quanto à questão apresentada pela douta Ouvidora, *“como preservar a identidade e o sigilo de dados do denunciante, num contexto de Ouvidorias em rede”*, a questão será analisada a partir de duas vertentes, (i) a boa-fé e a confiança como princípios básicos que regem a relação da Ouvidoria com a sociedade e (ii) o contexto legal que estabeleceu inovações em relação às Ouvidorias e delineou, no âmbito nacional, a Rede de Ouvidorias Públicas.

Permeando essas duas vertentes, é importante fixar a distinção entre a “informação sigilosa” e “informação pessoal”, o que não exigirá maiores esforços, considerando terem sido devidamente distinguidas e conceituadas pela Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação. Esse diploma normativo, contudo, estatuiu que, quer estejamos perante informação pessoal, quer perante informação sigilosa, o acesso a ambas é restrito.

De acordo com a Lei de Acesso à Informação, são consideradas informações sigilosas aquelas submetidas temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado. A proteção das informações sigilosas é tratada no art. 25 da Lei nº 12.527/2011, segundo o qual *é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando sua proteção*. O acesso às informações sigilosas é restrito àqueles que tenham a necessidade de conhecer o seu teor. O Decreto nº 7.845/2012 regulamentou procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento da informação classificada em qualquer grau de sigilo.

Dados pessoais, por sua vez, são as informações relacionadas à pessoa natural, identificada ou identificável. O seu tratamento deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. As informações pessoais não são públicas e estão sujeitas a acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo.

Assim, devidamente diferenciadas as espécies, deve-se observar que a Ouvidoria direciona suas atenções à proteção dos dados pessoais do usuário do serviço, já que questões relacionadas à avaliação do sigilo das respectivas informações serão da alçada do órgão destinatário.

Portanto, quando nos referimos à sistemática objeto do presente expediente, estamos diante de informações afetas às pessoas que utilizam o sistema. A proteção das informações pessoais está prevista no art. 31 da Lei nº 12.527/2011. De acordo com este diploma normativo, as informações pessoais podem ser divulgadas ou acessadas por terceiros somente nos casos de previsão legal ou quando houver o consentimento expresso da pessoa do noticiante.

In casu, especificamente em relação à pessoa do usuário da Ouvidoria, dois aspectos de ordem jurídica envolvem a restrição de acesso.

O primeiro aspecto está assentado nos princípios da boa-fé e da confiança. Afinal, quando a pessoa busca a Ouvidoria Pública, o faz com a expectativa de que sua identidade estará preservada e protegida contra o noticiado. Esse aspecto, aliás, influi diretamente na esfera jurídica alheia, sendo, portanto, a nosso ver, direito subjetivo a ser protegido. Não é por outra razão que o princípio da proteção ao noticiante tem sido previsto em atos de direito internacional, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.¹

De acordo com o princípio da proteção ao noticiante, o dever de sigilo deve estar tão intrinsecamente enraizado no trabalho desenvolvido pelas Ouvidorias que, tratando-se de notícia tida como sigilosa em relação à identificação do denunciante, não é possível que a Ouvidoria informe tais dados nem mesmo ao membro do Ministério Público, sem o consentimento expresso do denunciante. A esse respeito, a própria Ouvidoria Nacional do Ministério Público, analisando solicitação realizada por Promotores de Justiça do Estado do Maranhão, que buscavam identificar os noticiantes em determinado caso, sendo invocada a supremacia do interesse público sobre o privado e a relatividade dos direitos ligados à privacidade e à intimidade, decidiu pelo seu indeferimento.²

Portanto, sob o ponto de vista dos princípios que regem a atuação das Ouvidorias, sem a anuência do comunicante, não se deve compartilhar, em rede, informações e dados pessoais ali tratados. Primeiro, porque não se pode admitir que o cidadão, na confiança de que sua identidade não será revelada, posteriormente veja seus dados manipulados e sua identidade revelada por Ouvidorias outras. Segundo, porque, sob o ponto de vista dos princípios, caso haja quebra da confiança na relação entre usuário e Ouvidoria, a exemplo do que pode ocorrer com a transferência e a divulgação em rede dos dados sigilosos tratados no âmbito de uma Ouvidoria específica, estar-se-á desvirtuando a própria *ratio essendi* do órgão. Terceiro, porque a Ouvidoria Nacional entendeu pela completa impossibilidade de quebra administrativa do sigilo conferido aos dados pessoais, sem a anuência do comunicante.

¹ O art. 33 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção expressamente dispõe sobre a proteção aos denunciantes: “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

² Ofício nº 30/2016/OUVIDORIA/LC-CNMP: “*Esclareço que a Ouvidoria Nacional não é órgão correicional, tampouco punitivo e, aqueles que aportam à Ouvidoria, assim o fazem, na certeza de que aqui é uma instância de solução concertada e pacífica de eventuais conflitos. O cidadão, quando requer o sigilo de sua identidade, tem esse pedido deferido de pronto, se o contrário ocorresse, correríamos o risco de macular a relação de confiança depositada na Ouvidoria Nacional. Assim, o direito de recorrer a nós não pode ser convertido em um ônus, por isso, esse direito deve ser preservado. Se eventuais ações futuras de quem se socorre à Ouvidoria Nacional venham a causar danos, essa sim deve ser sancionada e corrigida, mas nunca o seu contato com esse setor, que nada mais é do que um canal aberto de comunicação da sociedade com o Conselho Nacional do Ministério Público e com o próprio Ministério Público brasileiro. Por tais razões, a Ouvidoria Nacional mantém o sigilo pleiteado e espera que sua atuação tenha sido satisfatória, a ponto de não ter que agir de forma a causar danos a ninguém.*”

A partir dessas considerações, ao abordar o segundo aspecto citado, o da legislação, veremos, também, que a restrição de compartilhamento é a regra, como bem já adiantou a douta Ouvidora em seu pedido inicial.

No caso de informações pessoais, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), em seu art. 31, impõe o tratamento de modo transparente e com respeito à intimidade e à vida privada. Devem, ainda, ser protegidas por no máximo 100 anos, a contar da data de produção, independentemente de serem informações classificadas, ou não, como sigilosas. O acesso por terceiros, por sua vez, dependerá de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem (art. 31, § 1º, II).

A Lei nº 13.608/2018 dispôs sobre a figura do *whistleblower* (soprador de apito)³. De acordo com o seu art. 4º, *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos"*. Também aqui foi encampado o princípio da proteção ao noticiante, assegurando ao usuário uma margem de proteção contra ações ou omissões passíveis de serem praticadas em retaliação ao exercício do seu direito de relatar (art. 4º-C). A mesma sistemática foi introduzida no art. 4º, VI e VII, da Lei nº 10.201/2001, sendo prevista, além da garantia de sigilo, a premiação em dinheiro para a resolução de crimes. Este último diploma legal foi revogado pela MP nº 841/2018, que dispôs sobre o Fundo Nacional de Segurança e encampou o mecanismo no art. 5º, IX e X, mas teve a sua vigência encerrada no prazo constitucional. Vale lembrar que há uma nítida inversão de valores no ambiente social, que vê de modo negativo aquele que fornece informações, às autoridades competentes, sobre os autores de ilícitos, o que reforça sobremaneira a necessidade de seus dados pessoais não serem fornecidos a terceiros.

A Lei nº 13.460/2017, que trata da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, dispõe que a proteção das informações pessoais é um direito básico do usuário de serviços públicos e deve ser protegido com restrição de acesso, nos termos da Lei nº 12.527/2011.

O Decreto nº 9.492/2018, que regulamentou a Lei nº 13.460/2017 no plano federal, além de estabelecer os mecanismos de proteção e defesa do usuário de serviços públicos, criou a Rede Nacional de Ouvidorias, que tem por finalidade integrar

³ No direito norte-americano, o *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) de 2002 exigiu das corporações públicas com ações em bolsa a adoção de um programa de *compliance*, também impondo, em sua seção 406, que fosse divulgado se os oficiais financeiros seniores tinham adotado um Código de Ética. A seção 806 dispõe sobre medidas de proteção para os *whistleblowers* (noticiantes do bem) e a seção 1.107 cominou sanções criminais para aqueles que adotassem medidas de retaliação contra esses noticiantes. O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, que também reformou o *Securities Exchange Act* de 1934, estimulou as corporações a estabelecerem uma autorregulação, desenvolvendo canais formais para a comunicação de ilícitos, e estatuiu que as recompensas para os *whistleblowers* elegíveis seriam fixadas entre 10% e 30% das penalidades financeiras pagas em processos conduzidos pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão que já exigira, em momento anterior, por meio do *Investment Advisers Act* [Rule 206(4)-7], que as corporações implementassem o programa de *compliance* e contassem com um *chief compliance officer*. Nitish Sing e Thomas J. Bussen (2015: 5) observam que a SEC recebeu 6.573 comunicações de *whistleblowers* entre 2011 e 2013, pagando 14,8 milhões de dólares em recompensas apenas em 2013.

as ações de simplificação desenvolvidas pelas unidades de ouvidoria da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob a coordenação da Ouvidoria-Geral da União (art. 24).

A adesão à Rede é voluntária e garante aos órgãos e entidades participantes o uso gratuito do Sistema Nacional Informatizado de Ouvidorias (e-Ouv), bem como a promoção de ações de capacitação para agentes públicos em matéria de ouvidoria e simplificação de serviços.

Em linhas gerais, a Rede Nacional de Ouvidorias, da qual o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é participante, é um fórum que integra as unidades de ouvidoria, com o objetivo de buscar a consolidação de uma agenda nacional de ouvidoria pública, com a devida participação social, visando à garantia dos direitos dos usuários dos serviços públicos.

As medidas de salvaguarda da identidade de noticiantes, no âmbito da Rede Nacional de Ouvidorias, são estabelecidas pela Resolução nº 03/2019. Esse ato normativo, em seu art. 5º, tratou especificamente da proteção dos dados pessoais, *verbis*:

Resolução nº 03/2019 – Rede Nacional de Ouvidorias

Art. 5º Nos termos do art. 10, § 7º da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, desde o recebimento da denúncia, todo denunciante terá sua identidade preservada, que deverá ser mantida com restrição de acesso pelo prazo de que trata o art. 31, §1º, I, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

§1º A preservação da identidade dar-se-á com a proteção do nome, endereço e quaisquer elementos de identificação do denunciante, que ficarão com acesso restrito e sob a guarda exclusiva da unidade de ouvidoria responsável pelo tratamento.

(...)

§3º Observado o disposto no § 1º, a unidade de ouvidoria responsável pelo tratamento deverá providenciar a pseudonimização da denúncia recebida para envio às unidades de apuração competentes para realizar a análise.

§4º Os elementos de identificação do denunciante poderão ser solicitados pelo agente público responsável pela apuração da denúncia, demonstrada a necessidade de conhecê-la.

§5º O encaminhamento de denúncias com elementos de identificação entre unidades de ouvidoria deverá ser precedido do consentimento do denunciante.

§6º O compartilhamento da informação com outros órgãos não implica a perda de sua natureza restrita, sobretudo com relação à identidade do denunciante, nos termos da legislação em vigor.

Como se constata do ato normativo acima, é dever da Ouvidoria que aderiu à Rede zelar e resguardar o sigilo da identidade e dos dados pessoais do denunciante no seu âmbito interno, praticando ações como a pseudonimização⁴ e a anonimização⁵.

Como o trabalho em Rede possibilita que uma Ouvidoria encaminhe, para outra, fato noticiado em sua esfera de atuação, o encaminhamento da notícia com os elementos de identificação do noticiante, para outra Ouvidoria ou para a Rede, somente poderá ser feito com o consentimento expresso do respectivo noticiante. Esse consentimento, aliás, caso se entenda conveniente, pode ser objeto de questionamento imediato ao usuário no momento do próprio registro de sua manifestação.

Nessa linha, o posicionamento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro não pode caminhar em sentido contrário ao que preconiza o princípio da proteção integral dos dados do noticiante. Desta forma, o entendimento não pode ser outro senão o de que a identidade e os dados pessoais dos usuários da Ouvidoria do Ministério Público só podem ser compartilhados com expressa autorização desses interessados, independentemente da existência, ou não, de pedido de sigilo.

III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica se manifesta no sentido de que a identidade e os dados dos noticiantes da Ouvidoria do Ministério Público devem ser protegidos, somente sendo acessíveis a terceiros, incluindo no âmbito de outras redes de ouvidorias, com a expressa autorização do referido noticiante.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 2020.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

⁴ Pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

⁵ Anonimização é a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

PARECER

LGBTFOBIA: A LÓGICA QUE OPERA A VIOLÊNCIA

RESUMO

O presente parecer traz exposição arrazoada sobre a LGBTfobia enquanto fenômeno tipificado como racismo, nos termos do julgamento da ADO nº 26 e do MI 4733, do STF. Agregando as terminologias afetas à temática, necessárias à compreensão do contexto LGBT+, apresenta tese jurídica, a partir do Direito Antidiscriminatório, sobre como operam as diversas violências contra as pessoas LGBT+, além de enfrentar, ao final, argumentos falaciosos sobre a questão.

EMENTA

LGBTFOBIA. ADO nº 26 e do MI 4733, STF. CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA COMO RACISMO. TERMINOLOGIAS DE COMPREENSÃO SOBRE A COMUNIDADE LGBT+. GÊNERO. IDENTIDADE DE GÊNERO. ORIENTAÇÃO SEXUAL. TERMINOLOGIAS SOBRE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A COMUNIDADE LGBT+. DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO. PADRÃO HETEROCISNORMATIVO. ARRAZOADO CONTRA ARGUMENTOS FALACIOSOS. ARGUMENTO MORAL PATOLOGIZADOR. ARGUMENTO MORAL DE MÁS INTENÇÕES.

Trata-se de parecer referente ao enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), nos termos da Decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), ocorrido em 13 de junho de 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin¹. A decisão também firmou o entendimento que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize os atos mencionados.

A decisão referida traz contextualização histórica ampla e sensível acerca dos processos de violências atravessados pelos corpos LGBT+, bem como arrazoados importantes para o convencimento da importância de o Estado enfrentar tal realidade como um problema público. No entanto, o desconhecimento sobre algumas terminologias, realidades e possibilidades existentes na comunidade LGBT+ pode ser um obstáculo à visualização da ocorrência do crime de racismo.

¹ Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>.

Por esse motivo, o presente parecer justifica-se pela necessidade de se construir uma compreensão, a partir de balizas normativas legais e de estudos comprometidos e sérios com a temática, para se atinar (i) quais são os atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQ+, (ii) como eles se configuram e são falaciosamente justificados.

Busca-se, assim, que os atores jurídicos possam atuar de forma a respeitar a decisão da Suprema Corte brasileira e também concretizar os dispositivos constitucionais de mínimo existencial da população protegida em comento. Pretende-se, por fim, fornecer balizas argumentativas para a contenção e a eliminação de toda forma de discriminação contra a comunidade LGBTQ+, a qual é submetida, historicamente, em razão de sua diversidade.

1. EMBASAMENTOS E DIRETRIZES INSTITUCIONAIS E LEGAIS

A diversidade é condição humana que é protegida por diversos instrumentos internacionais e brasileiros. Aqui são trazidos, então, alguns embasamentos e diretrizes de referência na temática LGBTQ+.

Os Princípios de Yogyakarta², estabelecidos por especialistas em direitos humanos em reunião realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, referem-se a balizas sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, trazem a consciência de que “historicamente pessoas experimentaram essas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero”. Diante disso, faz-se imprescindível a pontuação de que “a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência”.

Pelo Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, em 22 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral das Nações Unidas firmou a “Declaração sobre Direitos

² Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf.

Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, sustentando o “princípio da não discriminação”, que exige que “os direitos humanos sejam aplicados igualmente a todos os seres humanos, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero”³.

No ano de 2011, tem-se a apresentação ao Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas a “Declaração conjunta para deter os atos de violência e as violações de Direitos Humanos relacionadas, dirigidos contra as pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero”. No mesmo ano, ainda, o Conselho aprovou uma resolução sobre “direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, na qual expressou a séria preocupação com atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, praticados contra pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero⁴.

Ademais, como legislação internacional de direitos humanos, tem-se, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º); à vida (art. 4º); à integridade pessoal (art. 5º); ao direito ao nome (art. 18); à liberdade pessoal (art. 7º.1); à honra e à dignidade (art. 11.2); à liberdade de pensamento e expressão (art. 13), este, no item 2, em que se leva a consideração de que o seu exercício está sujeito a “responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”.

No contexto americano, tem-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵, da qual a República Federativa do Brasil é signatária e cujos dispositivos devem ser observados sob pena de responsabilidade internacional, de modo que o comprometimento inclui o respeito a “direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Ainda, cita-se a Opinião Consultiva nº 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da identidade de gênero, igualdade e não discriminação e define as obrigações dos Estados-Parte no que se refere à alteração do nome e à identidade de gênero⁶, na qual, no ponto 83, assevera que “é importante lembrar que a falta de consenso no interior de alguns Estados sobre o pleno respeito pelos direitos de certos grupos ou pessoas que se distinguem por sua orientação sexual, identidade de gênero ou sua expressão de gênero, reais ou percebidas, não pode ser considerada um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou

³ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 22 de dezembro de 2008, A/63/635, par.

⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração conjunta para prevenir atos de violência e violações de direitos humanos relacionadas, dirigidas contra as pessoas baseados na sua orientação sexual e identidade de gênero*, apresentada pela Colômbia no 16º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 22 de março de 2011.

⁵ Texto disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

⁶ Texto disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que esses grupos ou pessoas sofreram”.

No texto, ainda se pontua que tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero são direitos constitutivos “das pessoas, que possuem valor instrumental para o exercício de outros direitos e está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida, com o princípio da autonomia da pessoa e com direito à liberdade de expressão, sendo o seu reconhecimento pelo Estado de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos pelas pessoas trans”.

No contexto pátrio, invocam-se o direito constitucional à dignidade (art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, bem com o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT⁷, com projeto de ações visando educação pública que promova a equidade de gênero e o respeito à diversidade sexual.

2. TERMINOLOGIAS SOBRE A COMUNIDADE LGBT+

Para o presente parecer, faz-se salutar sedimentar algumas definições relativas à comunidade LGBT+, relativas ao sentido conferido às formas de existências e afetividades aqui tratadas. Assim, trazem-se propostas de definição da sigla LGBT+; de Gênero; de Identidade de Gênero e de Orientação Sexual, as quais serão articuladas posteriormente no arrazoado sobre a lógica da violência.

a) LGBT+

No Brasil, até meados da década de 90, a denominação da comunidade LGBT+ era um termo que hoje se considera pejorativo e excludente, visto que expressava as letras G e L (Gays e Lésbicas) somado do S (Simpatizante) na sigla GLS.

Com vistas à inclusão e ao respeito às vivências de orientações sexuais e identidades de gênero não contempladas expressamente nessa sigla, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) conferiu atualização à denominação com a sigla LGBT, a partir de sua fundação em 31 de janeiro de 1995. Assim, a sigla em referência passou a expressar lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. A sigla é atualmente utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

A ABGLT, nos dias de hoje, incluiu a letra I à nomenclatura, para contemplar as pessoas *intersexo*⁸, ficando a sigla LGBTI. Ainda, há outras formas de designação da

⁷ Texto disponível em: <http://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/handle/123456789/1006?show=full>.

⁸ Pessoa intersexo é a que possui características físicas, reprodutivas ou sexuais, que não se encaixam nas definições de masculino ou feminino de sexo, desde o formato do sexo anatômico (com a existência de partes das duas anatomias referidas, masculina e feminina), a distribuição da gordura no corpo, a disposição dos órgãos reprodutivos internos, produção hormonal etc.

comunidade, que incluem as pessoas *queer*⁹ e *assexuais*¹⁰, de modo que a sigla resta LGBTIQA. Destaca-se que, diante da diversidade da comunidade, há outras propostas de inclusão de letras, na proposta de conferir expressão a outras formas de existência não transcritas nas siglas anteriores.

Para este parecer, adota-se o símbolo “+” na sigla LGBT, na referência de integração das vivências mencionadas e de outras, que devem ser visibilizadas.

b) Gênero

Enquanto um documento de seu tempo, a Constituição Federal (1988), na literalidade de seu texto, não emprega o termo gênero. Ressalta-se que, na década de 80, os Estudos de Gênero estavam ainda iniciando no Brasil¹¹. Assim, consta somente o termo sexo no texto constitucional, em espelho à visão hoje considerada reducionista de que sexo e gênero eram sinônimos.

Em virtude da conscientização sobre o campo LGBT+ e da inserção, no rol legislativo nacional e internacional, dos direitos humanos relativos a gênero (bem como sobre identidade e orientação sexual), a leitura do texto constitucional deve observar o sentido a ser conferido pela expressão sexo, bem como aos institutos correlatos, a fim de que sejam respeitadas as normativas internacionais mencionadas e os próprios princípios constitucionais adotados, visando à coerência do sistema jurídico.

Essa calibragem dos sentidos dos termos presentes na Constituição é chamada *Mutação Constitucional*, um exercício hermenêutico necessário para atualizar a legislação pátria e as expressões constitucionais a fim de que correspondam ao dinamismo social.

Em tal espectro, ainda, considera-se o critério hermenêutico inclusivo¹²: tratando-se de direitos fundamentais, eventuais atos ou relações devem ser albergados pela norma constitucional, por interpretação extensiva, mesmo que seu texto não lhe traga a menção literal. Nesse sentido, a literalidade não é delimitação para aplicação do termo constitucional, mas, sim, funciona como ponto de partida para conferir o sentido protetivo constitucional necessário às vidas que careçam de tal tutela.

⁹ Na literalidade e no contexto norte-americano, *queer* significa “estranho” e era utilizada de modo pejorativo contra as pessoas LGBT+. Com a ressignificação do termo pela comunidade LGBT+, *queer* ou *kuir* representa pessoas que não correspondem à expectativa do padrão heterocisnormativo, referindo-se à divergência com as normas e identidades de gênero e orientação sexual, em grande amplitude.

¹⁰ Relativo à orientação sexual, as pessoas assexuais são as que não apresentam desejo sexual ou o apresentam em baixa gradação. Difere-se de abstinência sexual ou ausência de práticas sexuais.

¹¹ Cf. HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. Estudos de gênero no Brasil. In: MICELI, Sérgio (Org.) *O que ler na ciência social brasileira* (1970-1995), ANPOCS/CAPES. São Paulo: Editora Sumaré, 1999, p. 183-221. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102_653_EstudiosdeGeneronoBrasil1.pdf.

¹² Critério no que o STF, ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo gênero, vincula-se a sentença de que *o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-48 e 270).

O Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que estabeleceu a obrigatoriedade do uso do nome social das pessoas trans pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, é a primeira disposição legislativa a trazer referência ao gênero, em acordo com as diretrizes de direitos humanos mencionadas. De seu texto:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Com movimentação complexa de diversas frentes – social, científica, legislativa e judicial –, dissociou-se, no campo jurídico, a ideia de sinônimo entre as expressões sexo e gênero; contudo, os termos mantiveram-se associados. Assim, gênero passou a ser entendido como *uma dimensão socialmente construída em relação ao sexo*, o qual é definido quando do nascimento da pessoa¹³.

Do gênero, ainda, pode-se pensar a questão da identidade de gênero e da orientação sexual. A identidade de gênero, a partir da definição colocada, é estabelecida a partir da correspondência ou não com o gênero que lhe foi atribuído, em razão do sexo, ao nascimento. Já a orientação sexual é categorizada a partir do gênero das pessoas com quem se estabelecem relações afetivo-sexuais.

Nesse sentido, gênero está associado à identidade de gênero e à orientação sexual; quaisquer não correspondências às expectativas que se tenha de uma pessoa por conta de seu sexo/gênero¹⁴, pode ser denominada, ainda, de dissidência de gênero.

¹³ Há diversas definições sobre gênero na literatura especializada sobre o tema. A concepção aceita pelo sistema jurídico aproxima-se à ideia trazida por Joan Scott, no artigo *Gênero: uma categoria útil para análise histórica* (disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf). Destaca-se que há críticas sobre tal concepção, especialmente fora do âmbito jurídico, em que estudos científicos e construções teóricas mais recentes trarão que a dimensão biológica das pessoas também são concepções sociais, a partir de sentido compartilhados em momentos históricos diversos. Mas, por ora, devido à coerência epistemológica do Direito brasileiro, atém-se à definição trazida no corpo do texto.

¹⁴ O sistema “sexo-gênero” será melhor explicado adiante.

É importante destacar que se tem como inelutável a observação do gênero em intersecção com outras realidades da pessoa humana, tais como classe, etnia, deficiência, raça etc.

c) Identidade de Gênero

Segundo o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, mencionado, identidade de gênero é “dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

Tal dimensão pessoal relacionar-se-á com as normas de gênero estabelecidas em um determinado contexto (tempo e espaço geopolítico) e é nominadamente produzida, como explicado, a partir do sexo. Assim, a identidade de gênero pode coincidir com o sexo designado no nascimento ou pode divergir do sexo designado; no primeiro caso, há a ocorrência da cisgeneridade (*peessoas cis*); no segundo, verifica-se transgeneridade, travestilidade, transexualidade (*peessoas trans*). Há ainda as pessoas que não se identificam com nenhum gênero do binômio “homem-mulher”: são as pessoas não binárias.

d) Orientação Sexual

Anteriormente cunhada de forma equívoca como “opção sexual”¹⁵, a orientação sexual diz respeito, conforme explicitado, às diferentes formas de relação afetiva e sexual das pessoas.

Como está associada ao gênero, a orientação sexual será categorizada a partir do gênero da pessoa com quem se relaciona. Assim, exemplificadamente, se a relação afetivo-sexual é com pessoa de mesmo gênero, a pessoa poderá ser lésbica, homossexual¹⁶, bissexual; se for com pessoa de gênero diverso, heterossexual.

3. TERMINOLOGIAS AFETAS AO CRIME DE RACISMO: HOMOFOBIA; TRANSFOBIA; HOMOTRANSFOBIA; LGBTFOBIA

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, definiu o enquadramento dos atos reconhecidos como homofobia e os atos lidos como transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989).

¹⁵ É termo considerado equivocado considerando o fato de que as pessoas não escolhem sua dimensão relacional afetiva.

¹⁶ Muitas vezes, o termo homossexual é utilizado para caracterizar relações entre homens e relacionamentos entre mulheres. Contudo, em razão do prefixo homo-, que se estabelece no sentido de homem, prefere-se, aqui, trazer a referência de relações lésbicas para lhes conferir a visibilidade.

Além dos termos homofobia e transfobia, a discussão do julgamento também trouxe o termo homotransfobia. Aqui, então, importa destacar, assim, que os termos *homofobia*, *transfobia* ou *homotransfobia* são categorias guarda-chuva a diversas possibilidades de discriminação.

A homofobia, por exemplo, congrega as discriminações referentes a todas as pessoas que possuem relacionamento afetivo-sexual com pessoas do mesmo gênero. Assim, tem-se, nesse enquadramento, atos discriminatórios contra homens que se relacionam com homens ou mulheres que se relacionam com mulheres. Na especificação da terminologia, há outras referências de termos, como: lesbofobia e bifobia.

A transfobia, por sua vez, diz respeito à discriminação que atinge pessoas *trans*, cuja expressão refere-se à transgeneridade e que também pode ser entendida como pessoas que *transitam*. Esse trânsito refere-se à questão da identidade de gênero. Logo, a transfobia contempla, também, fobia contra as pessoas não binárias.

Há ainda a fobia contra as pessoas intersexo¹⁷, que são pessoas com características biológicas que não se encaixam nas definições de sexo macho e fêmea.

É nessa pluralidade semântica que se traz o termo LGBTfobia.

Na compreensão de Maria Berenice Dias, a expressão LGBTfobia caracteriza-se como um complexo de fenômenos de violência motivada pela discriminação e pelo ódio contra pessoas que fogem do *padrão heterossexual-cisgênero*. Essa concepção abraça a diversidade da comunidade¹⁸ porque “[...] percebeu-se o advento da sigla GLBT, mais ampla, embasada/coerente do ponto de vista científico, que abarca os gays, as lésbicas, os(as) bissexuais e as(os) transgêneras(os) – nessa última expressão, incluindo-se as(os) travestis e as(os) transexuais –, dentro das fronteiras ora claras, ora complexas e, em certos aspectos, flexíveis (ou até comuns) entre elas”¹⁹.

Pelo pesquisador Rogério Junqueira²⁰, a LGBTfobia pode também se caracterizar como um fenômeno que vai além da violência contra LGBT+ e estar unida a modelos mentais hierarquizantes e tramas de poder assimétricas que geram expectativas sobre padrões de gênero.

Para este parecer, adotar-se-á, na sequência, o termo LGBTfobia como fenômeno discriminatório contra à comunidade LGBT+. Para tanto, faz-se necessário vislumbrar a questão da discriminação a partir do Direito Antidiscriminatório.

4. DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL

No Direito Brasileiro, temos dois grandes nomes que tratam de Direito Antidiscriminatório: Adilson José Moreira e Roger Raupp Rios.

¹⁷ Ressalta-se, além das mencionadas, que há mais formas de existência e afetividade da comunidade LGBT+ que também podem ser associadas à homofobia e à transfobia.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.97.

²⁰ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a Disputas. In: *Revista Bagoas* (1), 2007.

Adilson José Moreira, no estudo “Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões”²¹, explana que são necessários diálogos com “teorias complexas de discriminação e de igualdade para demonstrar o potencial emancipatório de decisões judiciais [...] que reconheceram a identidade sexual como uma categoria merecedora de proteção jurídica”. Apresenta uma construção teórica nesse sentido em sua obra intitulada “O que é discriminação”.

Roger Raupp Rios, por sua vez, no seu livro “Direito Antidiscriminatório”, sustenta que o princípio da igualdade é considerado pela dimensão formal, em que todos são iguais perante a lei, e a dimensão material, que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Além disso, vincula o princípio da isonomia à proibição à discriminação: revela as formas pelas quais o fenômeno discriminatório opera com o objetivo de formular medidas positivas para superá-lo (RIOS, 2008).

Assim, o direito da antidiscriminação traz novas perspectivas com a formulação de respostas jurídicas para problemas jurídicos concretos, como a promoção de ações afirmativas, fornecendo ao direito constitucional categorias e instrumentos em favor da força normativa da Constituição.

Há de se reconhecer que a discriminação é dirigida a determinada pessoa pertencente a um grupo social ou, ainda, diretamente a este grupo ou grupos, que geralmente caracterizam-se por serem subrepresentados nos campos políticos e decisórios pelo fato de que as pessoas pertencentes a um centro decisório colocam-se como modelo único de existência e comportamento para as demais pessoas – mesmo não o sendo.

É o caso, por exemplo, do histórico relacional e discriminatório envolvendo o processo de escravização, em que, por diversas justificativas de hierarquização contra os corpos não brancos (como negros e indígenas), foram cometidas as mais cruéis violências contra nós, humanos, por nós mesmos. Por isso, o esforço para superar situações de subordinação, que é cicatriz do processo histórico do Brasil, com a subjugação dos povos indígenas, a escravidão imposta às pessoas negras e a dominação de gênero como cicatrizes do colonialismo e da colonialidade.

Reconhecendo genocídio, epistemicídio e todo um processo histórico de violência contra tais pessoas, o ordenamento jurídico, de abraço constitucional, reconhece tais discriminações como racismo, pela lei mencionada.

No mesmo sentido, é imprescindível entender como a discriminação se opera a fim de que sejam possíveis ações que visam a equiparar grupos discriminados e grupos não discriminados por meio de reconhecimentos de direitos específicos e políticas públicas.

²¹ Artigo disponível em disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20235>.

Por isso, faz-se fundamental compreender como opera a discriminação contra a comunidade LGBT+.

5. A DISCRIMINAÇÃO CONTRA COMUNIDADE LGBT+

A comunidade LGBT+ contempla pessoas que não correspondem às expectativas de um determinado padrão de existência, comportamento, afetividade e convivência que é o *padrão heterossexual-cisgênero*, conforme termo adotado por Maria Berenice Dias. Pode-se ser utilizada, também, a expressão *padrão heterocisnormativo*, a ser explicitado adiante.

De plano, destaca-se que não se critica a forma de vida e afeto heterossexual²². São legítimas e devem ser respeitadas, com a observância de todos os seus direitos constitucionalmente direcionados. Aspira-se, sim, (a) ao reconhecimento de formas de vida que não estejam necessariamente enquadradas neste formato; com esse reconhecimento enquanto possibilidade legítima de vida; (b) a contenção e eliminação das violências contra pessoas LGBT+.

Dito isto, insta ressaltar que todas e todos somos diversos. Na medida em que nos identificamos de maneira relacional, nossas referências de identidade são pautadas exatamente pela diferença. Esta é nossa condição humana, que nos sedia na pluralidade e na diversidade de existências. Contudo, a problemática reside na hierarquização das diferenças, como se determinadas existências fossem modelos ou referências para outras – as quais, sim, por conta de tal hierarquização, acabam sofrendo discriminação.

Nesse sentido, importa destacar que as pessoas interagem entre si a partir de determinados modos de convivência trabalhados pela ética, articulando diversos critérios para qualificar a forma de interação. Um desses critérios é o poder, que estabelecerá a estruturação de diversas relações humanas e, por conseguinte, a construção de relações hierárquicas.

Muitas relações hierárquicas estão estruturadas de modo a manter a organização de um dado grupo social e, ainda, com o objetivo finalístico de proporcionar bens diversos a todas as pessoas envolvidas e/ou às metas de determinadas instituições. Assim, são compreendidas as hierarquias existentes entre empregador e empregado, entre docentes e discentes. Essas hierarquias não são ilimitadas: restringem-se à finalidade da relação humana e devem respeitar os direitos fundamentais de cada sujeito envolvido. Além disso, podem se dividir em competências e atribuições de um determinado local de trabalho, por exemplo. Assim, tem-se que determinadas relações hierarquizadas são justificadas – e que não se pautam em violências.

No entanto, há relações humanas, também, hierarquizadas, que não se justificam por colocarem determinadas pessoas em tratamento ou situação de desvantagem. Muitas vezes, tais comportamentos que consolidam essa forma de relacionamento

²² Inclusive, pessoas trans podem ser heterossexuais.

humano pretendem apresentar justificativas, mas estas não se firmam sólidas, visto que se pautam em elementos de hierarquia que conduzem a um malefício a uma das partes da interação.

Muitas dessas justificativas de discriminação são com base das diversas formas da pessoa humana existir, conviver e interagir, tais como em razão da raça, etnia, gênero, dissidência de gênero, classe, orientação sexual. Tais critérios não possuem o condão essencial de ditar a hierarquização entre as pessoas – fazem parte da nossa condição humana, como mencionado. No entanto, são utilizados como fundamentos injustamente para a discriminação, refletem construções sociais que, por conseguintes, traduzem tratamentos injustificados.

Nos tratamentos injustificados, observa-se uma conduta de tratamento em que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso, sob determinado prisma e a partir de um julgamento moral negativo²³ e que geralmente envolve diversas formas de violência, tais como físicas (lesão corporal), psicológicas (desconsideração de sua autonomia ou dignidade humanas) ou morais (tratamentos injuriosos ou contra a honra). Em tal configuração, essa forma de tratamento é denominada discriminação que, expressada pela manipulação da condição da diferença existente entre os sujeitos ou pela negação ou dissimulação em se questionar tais tratamentos discriminatórios, é caracterizada como uma expressão da violência.

5.1. PADRÃO HETEROCISNORMATIVO

A discriminação contra a comunidade LGBTQ+ ocorre em razão de sua divergência ao padrão heterocisnortativo de existência e, por isso, é historicamente vulnerabilizada e atacada por um discurso violento e, muitas vezes, patologizador.

Falar, assim, sobre comunidade LGBTQ+ é falar sobre o padrão heterocisnortativo, o qual se trata de uma forma hegemônica de referência de existência, comportamento e afetividade. No entanto, não é a única forma e as pessoas que se enquadram nesse modelo não têm o direito de praticar violências contra as pessoas que não lhes correspondam as expectativas. Quando assim o é, tem-se como um modelo excludente e criminoso.

A heterocisnortatividade, ou o padrão heterocisnortativo, é pautado na perspectiva binária, ou seja, a adoção inexorável do sistema sexo-gênero “homem” ou “mulher”. Nesse termo, há a conjunção de que as pessoas são pressupostas cis e heterossexuais – mais do que isso: não somente pressupostas, mas, muitas vezes, como única possibilidade de existência.

Na dicotomia “homem-mulher”, as pessoas são classificadas e categorizadas. Disso, criam-se expectativas quanto a todo o seu comportamento e liberdades, de pensamento, de ir e vir, de associação etc. – havendo repressão a qualquer forma de

²³ MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017. p. 27.

diversidade deste sistema²⁴. Cria-se, por exemplo, que o “ideal” de homem, que não existe, deve ser ativo, forte e firme e da mulher, que deve ser pura, passiva e honesta.

A lógica da heterocisnormatividade como uma lógica de única existência humana é um modelo mental que fundamenta toda uma estrutura de violência e falas ideológicas negativas e castradoras, desabilitando a possibilidade de igualdade de gênero²⁵ e fomentando a violência nas famílias, nas escolas, no trabalho, na sociedade como um todo.

Em tal padrão, a preocupação, então, fica adstrita à vinculação do sexo (atributo da anatomia humana) ao gênero (concepção de identidade pautada em construção social que alia relações assimétricas, atravessadas por tramas de poder, conforme mencionado) – o que ainda é determinado quando do nascimento.

Assim, o padrão heterocisnormativo, como padrão excludente, determina que as pessoas não podem se identificar com uma forma de existência além do binômio “homem-mulher”.

Nesse ponto, passa-se a seguir a explicar como se opera o padrão heterocisnormativo nas questões de identidade de gênero e orientação sexual.

5.2. IDENTIDADE DE GÊNERO

As pessoas que se identificam com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento (por conta da significação de sua genitália) são chamadas de pessoas cisgênero (ou, flexionada, cisgêneras). Já as pessoas que não se identificam com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento, são chamadas de pessoas transgênero (transgêneras) – que realizam o trânsito de gênero, conforme mencionado. É o que é chamado de identidade de gênero.

Para conferir o direito de retificação de nome e de gênero às pessoas trans, o STF reconheceu a Identidade de Gênero, em decisão no Plenário da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275²⁶, em 1º de março de 2018. A decisão conferiu ao art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme a Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais.

No ponto 1 da ementa da decisão, traz-se que “o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero”. Assim, há a legitimação do Estado de que “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de

²⁴ GUIMARÃES, Jamile. A Sexualidade como direito de cidadania: participação e juventude. In: Congresso português de sociologia, ANAIS... Porto: Universidade do Porto, 2012, p. 6.

²⁵ GUIMARÃES, Jamile. A Sexualidade como direito de cidadania: participação e juventude. In: Congresso português de sociologia, ANAIS... Porto: Universidade do Porto, 2012, p. 6.

²⁶ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>.

constituí-la”. Por isso, estabelece-se como “direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade” (ponto 3 da Decisão).

Em seguida, em 28 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73 do CNJ, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, visando a viabilizar a concretização do direito das pessoas trans, conforme reconhecido pelo STF.

Como direito reconhecido, a negativa de efetivação de retificação de nome e de gênero, por motivos alheios às exigências provimentais, caracteriza-se como discriminação e pode ser enquadrada como racismo.

Na identidade de gênero, ainda, há as pessoas que não se identificam com nenhum dos dois gêneros reconhecidos pela legislação brasileira (feminino ou masculino): são as pessoas não binárias, que também estão na comunidade LGBT+²⁷.

As pessoas não binárias são pessoas que não se enquadram nas expectativas criadas a partir de um padrão excludente de gênero. Por isso, sofrem discriminação em virtude de se firmarem em respeito a si mesmas; mas praticam, com muito mais efeito, a própria dignidade humana frente à toda a violência que sofrem pelas pessoas restritas e violentas do padrão heteronormativo.

Nesse sentido, também se pode falar de pessoas intersexo²⁸, que englobam as pessoas que possuem características físicas, reprodutivas ou sexuais, que não se encaixam nas definições de masculino ou feminino de sexo, desde o formato do sexo anatômico (com a existência de partes das duas anatomias referidas, masculina e feminina), a distribuição da gordura no corpo, a disposição dos órgãos reprodutivos internos, produção hormonal etc.

Segundo a ONU sobre o tema, entre 0,05% a 1,7% da população humana é intersexual. Pela própria ONU, não é recomendado que sejam feitas intervenções, considerando a “natureza irreversível e impacto sobre a integridade física e autonomia”²⁹.

Apesar da não recomendação, o Conselho Federal de Medicina trata da intersexualidade como anomalia, nos termos da Resolução nº 1.664, de 12 de maio de 2003, que é produto da lógica de sexo-gênero heterocisnormativo – isso porque a lógica é de que a pessoa não possa ser intersexo. Todo esse procedimento é realizado mesmo com a chance da pessoa não corresponder ao sexo que lhe foi definido por intervenção médica.

²⁷ Outros gêneros.

²⁸ <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf>.

²⁹ <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf>

5.3. ORIENTAÇÃO SEXUAL

Ainda na lógica heterocisnormativa, pressupõe-se, equivocadamente, integrarão relacionamentos afetivo-sexuais somente entre homem e mulher – o que não encontra lastro na realidade, considerando que essa é somente uma das formas de relacionamento entre pessoas e não a única. Aqui, então, tem-se a questão da orientação sexual.

No intuito de reconhecimento dessa realidade, em 04 de maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo gênero³⁰.

No voto que prevaleceu, no Relator Min. Ayres Britto³¹, pelo princípio da igualdade, entende-se que o reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Isso porque a Constituição traz um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

Ato do CNJ também disciplinou o tema: a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O texto aprovado pelo CNJ proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. A recusa, por conta da orientação sexual, caracterizará discriminação e, por consequência, racismo.

É possível observar o fenômeno discriminatório, referente à orientação sexual, no mesmo sentido, na hipótese de negativa do reconhecimento da existência de casal lésbico pela autoridade policial (para fins de proteção referente à Lei Maria da Penha). Ainda, é violência enquadrada em racismo a negativa de realização de exames ginecológicos (a) pelo fato de a paciente relatar ter relacionamento afetivo-sexual com outra mulher ou (b) pelo fato de o paciente ser homem trans.

6. ARRAZOADO CONTRA ARGUMENTOS FALACIOSOS

Muitas são as tentativas de justificar comportamentos violentos contra determinados grupos, especialmente contra a comunidade LGBTQ+. Dessas tentativas, expõem-se duas falácias que, em aparência, demonstram preocupação com a vida, mas, sob a falsa invocação da liberdade de expressão³², manifestam-se de forma

³⁰ Ainda em confusão entre os termos, a decisão traz a expressão “sexo”. No entanto, pelo sentido adotado em suas razões, a compreensão é pelo termo “gênero”.

³¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>

³² Sobre o tema liberdade de expressão e discurso de ódio, cf. Tese de Samantha Ribeiro Meyer Pflug, denominado *Discurso de Ódio*, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8138>; e Dissertação de

violenta contra a comunidade LGBT+, quais sejam: argumento moral patologizador e argumento moral de má intenção.

6.1. ARGUMENTO MORAL PATOLOGIZADOR

A discriminação por LGBTfobia pode ser observada quando são operados argumentos relacionados à capacidade cognitiva das pessoas, com o objetivo de diminuí-las – hierarquizá-las como a menor – a fim de que suas existências não sejam consideradas.

Esse tipo de discriminação é evidente, também, nos processos violentos de escravização de pessoas, genocídio e epistemicídio, em que se justifica nefastamente a violência contra determinadas pessoas em uma lógica que não as considera humanos: as considera animais ou bárbaros ou “incivilizados”³³.

O argumento patologizador, nesse compasso, é uma tentativa nefasta de hierarquização e classificação entre as pessoas, havendo as “saúáveis” ou “racionais” (as comprometidas com o padrão heterocisnormativo) e as pessoas que apresentam desordens mentais ou comportamentais.

Nesse ponto, é uma tentativa de afastar, ainda mais, as pessoas atacadas dos centros decisórios e da participação política: questionando sua racionalidade, em uma consideração violenta de que sua diversidade promovesse a diminuição de sua capacidade cognitiva. Tal discriminação é operada de modo similar contra as mulheres, na hipótese em que se atribui, inexoravelmente, às mulheres cis características mais sensíveis ou emotivas ou frágeis, como se os homens também não fossem frágeis³⁴, sensíveis ou emotivos e como se as mulheres não tivessem capacidade racional adequada.

Insta destacar que, até 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS), sem qualquer lastro de evidência científica, considerava a homossexualidade uma doença³⁵. Depois desse ano, saiu do rol de CID, em que se reconhece que jamais deveria ter

Thiago Dias Oliva, intitulado *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*, disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/publico/Dissertacao_INTEGRAL_O_discurso_de_odio_contra_as_minorias_sexuais.pdf.

³³ Em uma lógica falaciosa evolucionista, como se as comunidades pudessem ser hierarquizadas entre rudimentares e civilizadas. Por meio dessa lógica, “as culturas ‘primitivas’ poderiam, no futuro, alcançar o grau no qual se encontravam as culturas ‘civilizadas’”. Com as devidas intervenções coloniais, ou seja, com a ajuda dos europeus auxiliando nesse processo de evolução, todos um dia seriam ‘civilizados’. O sentido desse caminho seria apenas um, do simples ao complexo, do irracional ao racional, do bárbaro ao civilizado”. Assim “[a] configuração destes três elementos, secularização, generalização e universalização do tempo, permitiu aos evolucionistas uma base para o estabelecimento de suas distintas etapas evolutivas: selvageria – barbárie – civilização”, que serviram para o estabelecimento discursivo do civilizado e o outro gerando hierarquização entre as pessoas e grupos e, por consequência, discriminações e justificações para a prática de violências. Cf. COLAÇO, Thais Luzia (Org.); DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (Org.). *Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99625/VD-Novas-Perspectivas-FINAL-02-08-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

³⁴ Cf. Documentário *The Mask You Live In*, disponível no serviço de streaming Netflix.

³⁵ Tanto que o termo utilizado era homossexualismo, pelo sufixo -ismo, relacionado à doença. Hoje, é considerado um termo ultrapassado e pejorativo. Cf. A invenção da homossexualidade, de Paulo Roberto Ceccarelli, disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2268/1701>.

constado. No mesmo sentido, no caso das pessoas trans, a Organização Mundial da Saúde excluiu a transexualidade do capítulo de doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID).

6.2. ARGUMENTO MORAL DE MÁ INTENÇÃO

Outro argumento discriminatório trazido para contrapor a existência LGBT+ é a de que a comunidade tem más intenções e que pretende destruir instituições que são estruturais para a sociedade, atacando, por exemplo, a família e as crianças.

A lógica desse argumento consiste em (a) descontextualizar e desumanizar a pessoas LGBT+ e (b) produzi-la como um inimigo dos valores unânimes sociais, a fim de que haja consenso em sua exclusão social (seja via invisibilidade ou pela morte).

Veja-se que são falas em favor de tais valores que são altamente defensáveis: precisamos lutar a favor das vidas; precisamos proteger nossa família; precisamos proteger crianças etc. Não há quem negue tais discursos, pois se vinculam a necessidades humanas, bem como a valores que nos mantêm em sociedade. Nisso, a criação de um inimigo – um inimigo em comum – também forma um falso mundo ideológico inconsistente, mas condizente com tais necessidades de proteção.

Esse próprio discurso traz, ainda, que a defesa de tais necessidades deve ser feita por meio de luta, de posicionamento, de rigidez perante um inimigo – o outro. O outro, na perspectiva heterocisnormativa, conforme aqui delineado, é a pessoa da comunidade LGBT+.

Esse outro, produzido no meio social, é inimigo e, por isso, ameaçador, ao passo que não pode ser integrado ou dialogado. Como se esses “inimigos” estivessem colocando em risco necessidades humanas (materiais e morais) que estruturam a “nossa” sobrevivência. Discursivamente, então, a vida, em sua pluralidade, é desconsiderada e o mal se entranha na superficialidade do discurso falacioso entre bem e mal³⁶.

Nessa sequência, aquele que lutará em prol de tais necessidades será um idealista. Seu objetivo é o ideal de libertação ou de salvação dos seus, em uma fé inabalável. Ele restará disposto a dar a sua vida por este ideal, assim como estará apto a tirar vidas para isso. É uma lógica que opera no sentido de desumanizar e legitimar violências contra as pessoas LGBT+. Como se a pessoa da comunidade não estivesse localizada em família, com crianças, comprometida com a vida.

Nesse panorama, tal argumento manifesta-se, em subsunção, adequadamente no art. 20, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.716/89, que tipifica, como racismo, o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

³⁶ Cf. Artigo *Em Nome Nome*, que traz o fenômeno da banalidade do mal a partir do Documentário *Vida Activa*, que conta a história de Hannah Arendt, disponível em <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/em-nosso-nome/>.

7. PONTOS FINAIS

No intento de confrontar juridicamente a discriminação contra a comunidade LGBT+, o STF, reconhecendo a desídia do congresso por não reconhecer a urgência da temática, promoveu a interpretação de aplicabilidade de atos contra a comunidade LGBT+, que aqui se denomina como LGBTfobia e de enquadramento na Lei de Racismo.

Do julgamento, destaca-se o voto do Ministro Relator Celso de Mello, que trouxe elementos históricos que reforçam a existência em nosso país de uma estrutura sistematicamente violenta e preconceituosa contra a comunidade LGBT+, tolhendo-os de vários direitos fundamentais:

A questão da homossexualidade, surgida em um momento no qual ainda não se debatia o tema pertinente à “ideologia de gênero”, tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual (ou, mesmo, de sua identidade de gênero), marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.

Conclamando o sistema jurídico, nacional e internacional, protetivo aos direitos humanos, em respeito à vida em toda a sua pluriversalidade e em sua condição diversa, e em observância ao princípio da igualdade, na conformação do Direito Antidiscriminatório, finaliza-se este parecer sedimentando que: (a) o descumprimento de direitos sob a justificativa de que as pessoas não apresentam correspondência ao padrão heterocisnormativo caracteriza-se como Racismo; e, na mesma razão, (b) o desrespeito aos direitos específicos da comunidade LGBT+, que visam a equiparar a efetividade de seus direitos aos direitos das pessoas que correspondem ao padrão heterocisnormativo, também configura-se como Racismo.

É o parecer.

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

Professora Adjunta do Curso de Graduação e dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Advogada Membro da Comissão Estadual de Direito Homoafetivo e de Gênero da OAB/SC.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: nº 2017.01075233

Assunto: Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: 2ª Procuradoria de Justiça junto à 16ª Câmara Cível

Suscitado: 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva

PARECER DA ASSESSORIA

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela 2ª Procuradoria de Justiça junto à 16ª Câmara Cível em face da 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar em *habeas corpus* manejado contra decisão proferida em medida coercitiva determinada no curso de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que se encontra em fase de cumprimento de sentença. HC impetrado como sucedâneo do recurso de Agravo de Instrumento. Providência com reflexo direto na ACP em sua fase de cumprimento de sentença. Efetivação do julgado promovida pelo Ministério Público de primeira instância na condição de órgão agente e com atribuição para tutela coletiva. Atuação do órgão do Ministério Público de segundo grau que deve ser determinada pela forma como ela ocorreu em primeiro grau, observando-se a simetria e a coerência institucional. Prevalência do princípio da especialidade da atribuição. Atribuição do órgão suscitado. *Ex vi* do art. 2º, *caput*, e inciso VI da Resolução GPGJ nº 2.038/2016. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, seja declarada a atribuição da 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva para prosseguir oficiando no feito.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de conflito negativo de atribuição, onde figura como órgão suscitante a 2ª Procuradoria de Justiça junto à 16ª Câmara Cível e como órgão suscitado a 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar em *habeas corpus* manejado contra decisão proferida em medida coercitiva determinada no curso de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que se encontra em fase de cumprimento de sentença.

O órgão suscitado declinou da sua atribuição – de ordem –, sem que tivesse indicado as razões de seu entendimento (fl. 09). Devidamente instado a fazê-lo (fls. 59-61), trouxe os motivos expostos às fls. 62-70.

Sustenta a Procuradora de Justiça, Exma. Dr.^a DENISE FREITAS MUNIZ, que o art. 2º da Resolução GPGJ Nº 2038/2016 rege as hipóteses de intervenção do suscitado e que o *habeas corpus* não se amolda a nenhuma das figuras ali elencadas.

Esclarece que (sic): “o *Habeas Corpus* não tem natureza jurídica de incidente processual, pois não se trata de questão secundária desenvolvida em procedimento acessório e incidental em relação ao processo principal e, também, não se trata de medida cautelar, já que o mérito não objetiva assegurar a satisfação e efetividade da tutela jurisdicional, mas, sim, fazer cessar a lesão ou ameaça de lesão do direito de ir e vir da pessoa humana.”

Segue dizendo que o *writ*, quando impetrado contra eventual abuso de poder proveniente de decisão judicial, assume natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, instaurando uma nova relação jurídica processual diversa daquela em que foi proferida a decisão judicial atacada, não se confundindo com recursos porque estes são interpostos dentro do mesmo processo onde repousa a decisão impugnada.

Argumenta, ainda, que não se enxerga no HC causa de pedir, remota ou próxima, dirigida à tutela de direito coletivo *lato sensu* ou de direito individual de relevante interesse público ou social, destacando que o manejo do remédio heroico em hipóteses com a versada nos autos não se dá de forma exclusiva no âmbito da tutela coletiva, sendo mais comum sua ocorrência na seara das atribuições do suscitante.

Conclui asseverando que as atribuições devem ser fixadas de forma taxativa mediante critérios prévios e objetivos que assegurem a independência funcional e o respeito ao princípio do promotor natural, não comportando interpretação teleológica e manifestamente extensiva.

Contrapondo-se, pela pena da Procuradora de Justiça, Exma. Dr.^a DENISE SOARES LOPES, o órgão suscitante responde às fls. 02-07 afirmando que o *writ* impetrado tem natureza jurídica de recurso porque, tal como ocorreria com o agravo de instrumento, visa atacar decisão interlocutória proferida em Ação Civil Pública de improbidade administrativa que se encontra em fase de cumprimento de sentença.

Raciocina que, caso tivesse o impetrante optado pelo agravo de instrumento, certamente a discussão seria estéril porque os Procuradores de Justiça de Tutela Coletiva atuam regularmente nesses recursos quando interpostos em sede de ACP.

Prossegue dizendo que nessas condições o HC pode ser visto, ao menos, como “um ‘incidente conexo’ porquanto é evidente o sentido amplo conferido pelo referido termo no ato normativo do e. Procurador Geral de Justiça, de modo a albergar, inclusive, os feitos com natureza de ação”.

Formula questionamento no sentido de que, no caso de Embargos à Execução de um TAC firmado por uma Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva, como poderia

o suscitado sustentar a sua não intervenção ao argumento de que não se trataria de um recurso ou incidente processual?

Concluiu asseverando que a resolução que confere atribuições para o suscitado deve ser interpretada teleologicamente para que se proporcione uma atuação uniforme nessa sensível área.

Instruindo, vieram as cópias de fls. 08-56.

Esse é o breve relatório.

I – DA ADMISSIBILIDADE

Conforme a lição de Emerson Garcia, configura-se o conflito negativo de atribuições quando *“dois ou mais órgãos de execução do Ministério Público entendem não possuir atribuição para a prática de determinado ato”*, indicando-se reciprocamente, um e outro, como sendo aquele que deverá atuar¹.

A questão levantada observou a forma e o prazo previstos no art. 5º, § Único da Resolução GPGJ nº 1769/2012², sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse consoante disposto nos arts. 10, X da Lei nº 8625/1993³ e 11, XVI da Lei complementar nº 106/2003 do ERJ⁴.

Nessa esteira de ideias, a suscitação é tempestiva e encontra-se corretamente endereçada, restando caracterizado o conflito negativo de atribuições que deve, portanto, ser conhecido.

II – DO MÉRITO

Assim como ocorre com o processo jurisdicional, no qual a identificação do órgão judicial competente é extraída dos próprios elementos da ação, também a identificação do órgão ministerial com atribuições para certo caso deve partir da hipótese concretamente considerada, ou seja, dos dados do caso concreto que constitui seu objeto. Nesse sentido ensina a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵ e Athos Gusmão Carneiro⁶.

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196.

² Art. 5º –Parágrafo único – Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será suscitado, de modo fundamentado, nos próprios autos ou em petição dirigida ao Procurador-Geral de Justiça, que decidirá a questão no prazo de 30 (trinta) dias.

³ Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....
X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

⁴ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....
XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250-252.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

O impasse instaurado neste procedimento reside em que se identifique qual órgão de execução de segunda instância deve officiar em *habeas corpus* manejado contra decisão proferida em medida coercitiva determinada no curso de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que se encontra em fase de cumprimento de sentença.

Cumpra esclarecer, por primeiro, que não se trata de cumprimento de sentença referente à execução de direito individual homogêneo, hipótese em que, reconhecidamente, as Procuradorias de Tutela Coletiva não atuam, conforme já assentado pela Assessoria de Assuntos Institucionais nos procedimentos MPRJ nº 2015.00299462 e 2015.00321773⁷. Do parecer ali lançado colhem-se os seguintes trechos:

(...) Exatamente por isso, não possui o Ministério Público legitimidade para executar reparações individualizadas. Afinal, “após a expedição da condenação genérica, cessa o ‘acidente’ da coletivização do direito individual homogêneo, incumbindo a cada indivíduo liquidar os danos sofridos em sua esfera patrimonial”.

(...) Em razão de as situações individuais não serem discutidas na fase de conhecimento é que se legitima o uso de ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos.

(...) Em síntese, a demanda que se instaura após o encerramento do processo coletivo é individual e se vincula à uma outra relação processual, inclusive com competência jurisdicional diversa, conforme se extrai, inclusive, da própria petição do “cumprimento individual de sentença em ação civil pública”.

(...) Em conclusão, verificando-se que a execução individual de sentença coletiva não se insere nas atribuições das Procuradorias de Justiça de Tutela Coletiva, manifesta-se esta Assessoria no sentido de não se acolher o presente conflito, declarando-se a atribuição do Órgão Suscitante.

É que, nesses casos, os direitos individuais homogêneos são essencialmente individuais, sendo coletivos apenas na forma como são tutelados, motivo pelo qual podem ser designados como acidentalmente coletivos. Para Teori Zavascki⁸, a distinção fundamental está no fato de que, nos direitos individuais homogêneos,

⁷ Parecer exarado em 27 de abril de 2015 pelo Promotor de Justiça Robson Renault Godinho e aprovado pelo Exmo. Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Judiciais e Institucionais, Dr. Ertulei Laureano Matos, em sede de conflito negativo de atribuição suscitado pela 2ª Procuradoria de Justiça em face da 10ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, originado no recurso de Agravo de Instrumento nº 0060390-43.2014.8.19.0000 que tramitou na 3ª Câmara Cível do TJRJ, interposto em ação de execução individual decorrente de título judicial extraído de ação coletiva.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *PROCESSO COLETIVO: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 43, acrescentando o autor que “os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus

embora também haja uma pluralidade de titulares, os sujeitos são determinados e o objeto material é divisível, podendo ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria.

Por esta mesma razão, também no âmbito do Poder Judiciário, o Juízo da Ação Coletiva não previne a competência para a execução do julgado⁹.

Ocorre, todavia, que *a situação deste caso concreto é diversa*, pois se trata de *cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa que condenou o réu ao pagamento de quantia certa (multa civil), destacando-se que o “exequente” é o Ministério Público de primeira instância, qual seja, a Promotoria de Justiça da Tutela Coletiva, Núcleo Barra do Pirai* (fls. 38-46v. e 26-28v.).

Sob essa moldura, e pedindo-se vênia para, num primeiro momento, focar-se apenas na atribuição ministerial quanto à sua atuação na fase de cumprimento de sentença, faz-se necessário firmar que, via de regra, cumpre ao autor da ACP promover a efetividade e a utilidade do julgado.

Discorrendo sobre o tema, Teori Zavascki¹⁰ adverte que, “tratando-se de satisfazer direito sem titular determinado, o cumprimento da sentença será invariavelmente requerido em regime de substituição processual, sendo seus legitimados ativos os mesmos entes e instituições habilitados para a fase cognitiva arrolados no art. 5º da Lei nº 7347/85”, no que é secundado por Hugo Mazzili¹¹.

Afinado com esse entendimento, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania disponibiliza em seu sítio eletrônico um MANUAL PRÁTICO DE ATUAÇÃO DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir suma mais efetiva tutela em juízo”.

⁹ PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. TELEOLOGIA DOS ARTS. 98, §2º, II E 101, I, DO CDC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. Desse modo, o ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva tem como foro o domicílio do exequente, em conformidade com os artigos 98, § 2º, I, 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Não se conhece do Recurso Especial quanto a matéria (arts. 600, II, e 17, II, do CPC), que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incide, por analogia, a Súmula 282/STF.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1495354/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 06/04/2015)

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino, Op. Cit., p. 83.

¹¹ “Tem o Ministério Público legitimidade para executar a condenação: a) na ação civil pública por ele proposta (...) Se detém o Ministério Público legitimidade ativa concorrente e disjuntiva, não se lhe pode vedar a iniciativa da execução (...). MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.162-163.

DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO onde dedica uma seção ao Processo de Execução¹² com o intuito de orientar seus membros.

Com vistas à divisão interna de atribuições, importa considerar o fato de que, *se em sede de primeira instância o MP atua como órgão agente e, portanto, na qualidade de parte, por uma questão de simetria e coerência institucional, o órgão de execução que atuar em segunda instância no mesmo processo também deverá ter idêntico status.*

Com muita propriedade, Marcelo Zenckner¹³ pontua que, *verbis*:

Se por um lado não pode haver vinculação dos pronunciamentos jurídicos adotados entre os vários órgãos do Ministério Público que atuam em um mesmo processo, por outro é fundamental asseverar que *a natureza do modo de atuação não se altera em razão de ser o processo remetido de uma instância para a outra em razão da interposição de um recurso qualquer.*

Se os órgãos do Ministério Público – “presentando” a instituição – ora se apresentam como agentes, atuando como autores na relação jurídica processual, ora se apresentam como intervenientes, *a atuação do órgão do Ministério Público de segundo grau – como agente ou interveniente – será sempre determinada pela forma como ela ocorreu em primeiro grau.* (grifou-se)

Por este motivo, se afigura razoável que em segunda instância atue o suscitado porque tem atribuição especializada na matéria, tal como ocorre na primeira instância, onde o processo se desenvolve sob batuta de outro órgão, também com atribuição para a tutela coletiva, e não de uma Procuradoria de Justiça com atribuição residual genérica que oficiará necessariamente na condição de *custos legis*.

Em reforço ao fundamento cujos contornos começam a ser traçados, é importante lembrar que a execução de sentença civil adotou, como regra, o processo sincrético, visto que foram reunidas na mesma relação processual os atos cognitivos e os

¹² PROCESSO DE EXECUÇÃO: “Acaso já exista valor líquido, a primeira providência será verificar se houve o decreto de indisponibilidade dos bens e se há bens efetivamente assegurados para garantia da execução, sem prejuízo de oportunizar ao devedor o pagamento mediante a forma desejada, desde que atenda ao interesse público. O segundo passo é promover a atualização dos valores líquidos, mediante os índices de correção estabelecidos na decisão definitiva.”

Dessa maneira, cumpre requerer sua intimação para que pague o débito, nos termos do art. 475-J e seguintes do CPC, já indicando os bens eventualmente bloqueados para eventual penhora, na hipótese de inércia do devedor.

Vale a pena lembrar que a multa prevista no art. 475-J do CPC não incide nas hipóteses de execução provisória, conforme entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça.

A partir daí a execução segue naturalmente.

¹³ ZENCKNER, Marcelo. *Reflexos Processuais dos Princípios Institucionais da Unidade e da Indivisibilidade - Revisitando as Atribuições dos Órgãos de Execução do Ministério Público Brasileiro*. In: TEMAS ATUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111.

executivos, pois o juiz, ao decidir a causa, realizará, sem a necessidade da interposição de um novo processo, os atos executivos¹⁴.

Com efeito, após a nova sistemática processual, o princípio da autonomia foi substituído pelo princípio do sincretismo da execução, pois passou a vigorar como regra o sistema das ações executivas *lato sensu*, que não é, nem exclusivamente de conhecimento, nem exclusivamente de execução, mas trazem plena satisfação do direito material, sem a necessidade de um novo processo. *O que houve, então, foi uma unificação procedimental do processo de conhecimento e do processo de execução, tornando agora um processo só com duas fases*¹⁵.

Nesse contexto, não há nenhum equívoco em se afirmar que, *apresentando-se o cumprimento de sentença como a segunda fase do juízo de cognição, tem-se a rigor, neste novo momento processual, a continuidade da Ação Civil Pública*, o que atrai a atuação do suscitado porque sua atribuição encontra-se em consonância com o que prevê no art. 2º, *caput*, e inciso VI da Resolução GPGJ Nº 2.038/2016¹⁶.

¹⁴ CPC: CAPÍTULO X DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA -

Art. 475 - I - *O cumprimento da sentença far-se-á consoante os artigos 461 e 461-A desta Lei, ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução nos termos dos demais artigos deste Capítulo.*

§1º - É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

Art. 475 - J - Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§1º - Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, ao seu representante legal ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Art. 475 - N - São títulos executivos judiciais:

I - a sentença condenatória proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

¹⁵ SiCA, Heitor Vitor Mendonça. *Visão Geral do sistema executivo de execução civil do CPC de 2015*. In: Comentários ao Novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (Coord.) 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.783-794.

¹⁶ Art. 2º - *Incumbe às Procuradorias de Justiça de Tutela Coletiva, na qualidade de órgão agente ou interveniente, oficial nos recursos interpostos em ações civis públicas e de improbidade administrativa, nos respectivos incidentes e procedimentos cautelares conexos, bem como tomar ciência de decisões, interpor recursos e participar de julgamentos dos processos correspondentes, com exclusão de matéria infanto-juvenil coletiva, observada a seguinte repartição de atribuições:*

.....
VI - a 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva oficiará nos processos e sessões das 1ª e 7ª Câmaras Cíveis;

Cumpra registrar que, na prática, as Procuradorias de Justiça de Tutela Coletiva já oficiam regularmente nas execuções, provisórias e definitivas, relativas às astreintes ou multa civil.¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰

¹⁷ 11ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COLEDA 20ª CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0047976-08.2017.8.19.0000 AGRAVANTE: CONSÓRCIO SANTA CRUZ DE TRANSPORTES AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO INTERESSADO: EXPRESSO PÉGASO LTDA. RELATORA JDS. DES. ISABELA PESSANHA CHAGAS PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO Agravo de Instrumento. Taxatividade das hipóteses de cabimento. Ação civil pública. Descumprimento renitente da decisão judicial. Astreintes. Caráter coercitivo. *Execução provisória de multa diária*. Possibilidade. Efetividade da tutela jurisdicional. Entendimento consolidado do STJ. Inaplicabilidade do art. 12, §2º da LACP. Multa fixada na sentença. Inexistência de semelhante limitação à exigibilidade da multa no art. 84 do CDC, que lhe é posterior e aplica-se à ação civil pública, nos termos do art. 21 da LACP. Honorários advocatícios em favor do Ministério Público. Possibilidade. Inaplicabilidade do princípio da simetria. Isonomia material. Transindividualidade do direito. Precedentes do TJRJ e STJ. Parecer pelo não conhecimento e desprovimento do recurso. 20 de outubro 2017 – ADRIANA CAMPOS BASTOS Procuradora de Justiça.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0047976-08.2017.8.19.0000 – AGRAVANTE: CONSÓRCIO SANTA CRUZ DE TRANSPORTES – AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ORIGEM: Juízo de Direito da 4ª Vara Empresarial – Comarca da Capital – RJ – Relator: JDS. Des. Isabela Pessanha Chagas – AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA.

1. Trata-se de Execução Provisória de Multa fixada em sentença proferida em Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Expresso Pégaso Ltda. e Consórcio Santa Cruz de Transportes, em que foi proferido despacho determinando a intimação dos Executados para pagamento da obrigação pecuniária, referente à multa aplicada pelo descumprimento da sentença, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, sob pena de multa de 10% e honorários advocatícios sobre o total do débito, além de penhora na modalidade *online*.

3. Revendo os autos da Ação Civil Pública nº 0390048-07.2012.8.19.0001, verifico que a sentença que aplicou a multa diária objeto da execução provisória, ainda não transitou em julgado, estando com recurso especial pendente de julgamento.

4. Multa fixada em sentença, que tem por objetivo justamente impedir que a decisão judicial seja descumprida, possuindo caráter coercitivo punitivo, para o fim de dar efetividade à decisão judicial.

5. Astreinte fixada que só será exequível após a confirmação da sentença ou acórdão, sendo, contudo, devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento do julgado, nos termos do artigo 12, §2º, da Lei nº 7.347/1985.

6. Honorários advocatícios que não são devidos, vez que quando vencido em Ação Civil Pública o Ministério Público não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios. Assim, em virtude do princípio da simetria, da mesma forma, não cabe receber honorários se vencedor na ação.

7. Precedentes: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp nº 1200856/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 01/07/2014. 0060076-63.2015.8.19.0000 – AGRAVO – CÍVEL – Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO – Julgamento: 11/09/2017 – OE – SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL. 0013694-95.2015.8.19.0037 – APELAÇÃO – Des(a). JAIME DIAS PINHEIRO FILHO – Julgamento: 03/10/2017 – DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. 0037250-09.2016.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Des(a). HELDA LIMA MEIRELES – Julgamento: 16/11/2016 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL (grifou-se).

¹⁸ 8ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva. Agravo de Instrumento nº 0041407-88.2017.8.19.0000- Aggravante: Consórcio Transcarioca de Transporte – Aggravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Relator: JDS Des. Luiz Roberto Ayoub – PARECER DO MP – AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA FIXADA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VEDAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NAS AÇÕES CÍVIS PÚBLICAS. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM O LEVANTAMENTO DA VERBA. MEDIDA DE EFETIVIDADE DO PROVIMENTO JUDICIAL. A FINALIDADE DAS ASTREINTES É COMPELIR O RÉU A DAR CUMPRIMENTO A OBRIGAÇÃO DE FAZER MAJORAÇÃO BEM APLICADA. PARECER PELO CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. – Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2017. – Cláudio Henrique da Cruz Viana – Procurador de Justiça da Tutela Coletiva.

26ª Câmara Cível do Consumidor – Agravo de Instrumento nº 0041407-88.2017.8.19.0000 Aggravante: CONSÓRCIO TRANSCARIOCA DE TRANSPORTE – Aggravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – Relator: DES. LUIZ ROBERTO AYOUB. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. JUÍZO A QUO QUE DEFERIU TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR QUE A RÉ PRESTASSE ADEQUADAMENTE O SERVIÇO DE TRANSPORTE, COLOCANDO EM CIRCULAÇÃO A QUANTIDADE DE ÔNIBUS ACORDADA COM O PODER CONCEDENTE. JUÍZO QUE MAJORA MULTA COERCITIVA PARA R\$ 20.000,00 (VINTE MIL

Estabelecida a premissa de que os *órgãos de tutela coletiva de segunda instância funcionam nos autos de cumprimento de sentença decorrentes de ações coletivas* que não importem em execução individual, resta enfrentar-se o argumento central da peça de declínio, no sentido de que “o *Habeas Corpus* não tem natureza jurídica de incidente processual, nem tampouco se trata de medida cautelar, e que quando impetrado contra eventual abuso de poder proveniente de decisão judicial, assume natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, instaurando uma nova relação jurídica processual diversa daquela em que foi proferida a decisão judicial, não se enxergando nele causa de pedir, remota ou próxima, dirigida à tutela de direito coletivo *lato sensu* ou de direito individual de relevante interesse público ou social”.

REAIS) E DETERMINA SEU PAGAMENTO. RÉU QUE SE INSURGE, PLEITEANDO A REDUÇÃO DA MULTA E A IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS ASTREINTES. 1- MULTA COMINATÓRIA QUE FOI ARBITRADA EM MONTANTE COMPATÍVEL COM O CARÁTER COERCITIVO DO INSTITUTO, SE CONSIDERADO O BEM JURÍDICO TUTELADO. TUTELA QUE VISA A PRESERVAÇÃO DO DIREITO À LOCOMOÇÃO DE GRANDE PARTE DA SOCIEDADE. SERVIÇO PÚBLICO QUE DEVE SER CONTÍNUO. AGRAVANTE QUE DEU ENSEJO À MAJORAÇÃO, TENDO EM VISTA O DESCUMPRIMENTO DA TUTELA, APESAR DO LARGO LAPSO TEMPORAL CONCEDIDO PELO JUÍZO A QUO. 2- POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS ASTREITES DESDE QUE CONDICIONADA À CONCESSÃO DE CAUÇÃO OU A SUA CONFIRMAÇÃO EM SENTENÇA. TEMA 743 DO STJ. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PAGAMENTO IMEDIATO, MAS SIM EM DEPÓSITO DO MONTANTE. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (grifou-se)

¹⁹ 13ª Câmara Cível – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0055570-73.2017.8.19.0000 – AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BELFORD ROXO – AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – RELATOR: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes – AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVIMENTO JUDICIAL QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. DESPACHO IRRECORRÍVEL QUE TEM O ESCOPO DE IMPULSIONAR O ANDAMENTO DO PROCESSO, SEM SOLUCIONAR CONTROVERSIA. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 1.001 DO CPC. RECURSO QUE NÃO SE CONHECE, NA FORMA DO ART. 932, III, DO CPC.

4ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0055570-73.2017.8.19.0000 – Colenda Câmara, Exmo. Sr. Dr. Desembargador Relator, Ciente o Ministério Público do teor da Decisão de fls. 44-49, que, nos termos do art. 932, III, do CPC, não conheceu do recurso interposto. Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2017. Sandra Maria Duclos Torres de Melo procuradora de Justiça. (grifou-se)

²⁰ DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL – Agravo de Instrumento nº 0050546-98.2016.8.19.0000 – Aggravante: Amarildo Pereira Alves e outros – Aggravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Relator: Des. Elton M. C. Leme – AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REGULAR INTIMAÇÃO DOS DEVEDORES NA PESSOA DOS ADVOGADOS. ART. 475-I DO CPC DE 1973 INTRODUZIDO PELA LEI Nº 11.232/05 VIGENTE À ÉPOCA DOS ATOS PROCESSUAIS DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO EXEQUENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Interposição de recurso contra decisão singular que, em sede de cumprimento de sentença transitada em julgado em ação civil pública julgada procedente, rejeitou os segundos embargos de declaração opostos em face da decisão singular que deixou de acolher a arguição de nulidade da execução e afastou a alegação de prescrição em sede de pré-executividade, condenando os agravantes por litigância de má-fé, com aplicação de multa de R\$ 1.000,00, bem como determinou o imediato cumprimento da decisão recorrida. (...) 5. À natureza da obrigação advinda da declaração de nulidade dos contratos elencados nos autos originários, no caso concreto, tendo em vista o pedido e a causa de pedir detalhados na petição inicial da ação civil pública em questão, considerando ainda a antecipação dos efeitos da tutela deferida, resulta no reconhecimento de que a nulidade dos contratos celebrados com os agravantes sem concurso público reconhecida na sentença consubstancia-se em obrigação de fazer cuja exectoriedade é imediata, sendo certo que não mais se exige a execução autônoma, da qual é própria a citação do réu, como pretendem os agravantes, uma vez que a legislação processual também se aplica, de forma complementar, às normas da ação civil pública. (...) 7. Para cumprimento de obrigação de fazer confirmada na sentença não se mostra necessária a intimação pessoal do devedor, conforme entendimento jurisprudencial assente, operando-se por meio da intimação na pessoa do advogado do devedor, nos termos do art. 475-I, do CPC de 1973, com

O raciocínio a seguir desenvolvido, consigne-se, não tem a pretensão de refutar a assertiva efetuada pelo suscitado, entretanto, essa visão estritamente conceitual deve ser contextualizada.

Como bem salientado pelo suscitante, o *writ impetrado tem nítido caráter de substitutivo do recurso próprio* que, na espécie, seria o *Agravo de Instrumento*²¹.

Embora *formalmente* se trate de *verdadeira ação autônoma de impugnação*, instaurando uma nova relação jurídica processual diversa daquela em que foi proferida a decisão judicial, como apontado pelo suscitado, sob o ponto de vista *material* se apresenta como um *sucedâneo recursal* - do Agravo e Instrumento²².

Veja-se que em situações semelhantes lançou-se mão do recurso próprio, qual seja, o Agravo de Instrumento²³.

Essa prática se encontrava tão disseminada nos corredores forenses que seu efeito deletério em relação ao remédio heroico mereceu das cortes superiores o devido temperamento no sentido de só se admitir a substituição quando flagrante a ilegalidade operada, como fazem ver os arestos abaixo transcritos:

as alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/05, vigente à época dos atos processuais em questão. (...) 10. Recurso desprovido.

10ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA DA TUTELA COLETIVA – AGRAVO DE INSTRUMENTO: 0050546-98.2016.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO DE CONTRATAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRETENSÃO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO. REPETIÇÃO DE RECURSOS COM NÍTIDO CARÁTER PROTETATÓRIO. EXECUÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO SEM QUALQUER VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL; AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. Parecer no sentido do conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do Agravo de Instrumento. Rio de Janeiro, 01 de fevereiro de 2017. MARLON OBERST CORDOVIL, Procurador de Justiça.

²¹ CPC- Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

.....
Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

²² Como bem observado pelo suscitante: “tivesse o impetrante optado pelo agravo de instrumento, certamente a discussão seria estéril porque os Procuradores de Justiça de Tutela Coletiva atuam regularmente nesses recursos quando interpostos em sede de ACP”.

²³ 0015045-49.2017.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Des(a). FERNALDO DO NASCIMENTO – Julgamento: 17/10/2017 – DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL – AGRAVO. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. DECISÃO QUE DEFERIU MEDIDAS RESTRITIVAS DE SUSPENSÃO DE CNH, APREENSÃO DE PASSAPORTE E CANCELAMENTO DE CARTÕES DE CRÉDITO DO DEVEDOR. INADMISSIBILIDADE. AS MEDIDAS COERCITIVAS PREVISTAS NO ART. 139, IV DO CPC NÃO SE SOBREPÕEM ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Os princípios norteadores da aplicação do direito processual estão definidos na Constituição da República e devem ser observados na prestação jurisdicional de forma a evitar lesões a direitos fundamentais e danos irreparáveis. Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV do CPC/2015, as medidas ali autorizadas não podem deixar de observar os preceitos de ordem constitucional. Dentre os Direitos e Garantias Fundamentais elencados no art. 5º da Carta Magna, está o direito de ir e vir, assegurado em seu inciso, XV que dispõe: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens”, que ora se vislumbra violado pela decisão agravada ao determinar a suspensão da CNH do agravante e apreensão de seu passaporte. Sopesando os bens jurídicos em confronto, é forçoso concluir que descabe sacrificar o direito fundamental de ir e vir do executado em favor do direito ao crédito da exequente. De outro lado, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade insculpidos no art. 8º do CPC, que impõe à autoridade judicial, na aplicação do ordenamento jurídico, a proteção da dignidade da pessoa humana, não restaram observados no que toca ao cancelamento dos cartões de crédito do executado/agravante, notadamente ante a existência de outras medidas específicas previstas no mesmo diploma, tais como as referidas em seus arts. 517, 529 §3º e 782 §3º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO – SUBSTITUTIVO. Em jogo a liberdade de ir e vir, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo de recurso. HABEAS CORPUS – JURISDIÇÃO – ESGOTAMENTO NA ORIGEM. O requisito alusivo ao esgotamento da jurisdição na origem é próprio à recorribilidade extraordinária, sendo inadequado em se tratando de impetração. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DESEMBARGADOR CONVOCADO. Válida é a atuação de desembargador convocado, em substituição a titular, no Superior Tribunal de Justiça.

(HC 116826, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em: 12/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-216 DIVULG 22-09-2017 PUBLIC 25-09-2017)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresse, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

[...]

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

(HC 144341 AgR, Relator(a): Min.^a ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em: 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017)

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

I - A aplicação do princípio da fungibilidade recursal permite o recebimento do pedido de reconsideração, deduzido tempestivamente, como agravo regimental. Precedentes.

II - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 109.956,

de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça *passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei nº 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.*

III - O entendimento desta Corte evoluiu para *não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal.* Precedentes.

IV - A despeito da impossibilidade de conhecimento do *writ*, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício, o que restou inviabilizado, na espécie, em razão da instrução deficiente da impetração.

[...]

VII - A decisão impugnada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

VIII - Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(AgRg no HC 289.580/SP, Rel.^a Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em: 07/08/2014, DJe 15/08/2014) (grifou-se)

Esse também tem sido o entendimento professado pela Corte Fluminense:

0019756-97.2017.8.19.0000 – *HABEAS CORPUS* – Des(a). LÚCIO DURANTE – Julgamento: 29/05/2017 – DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL – *HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.* Verifica-se que o juízo *a quo*, na fase de cumprimento de sentença, determinou que se procedesse nos moldes do capítulo IV, do título II, do antigo Código de Processo Civil, isto é, seguindo os procedimentos da execução por quantia certa. Dessa feita, não há decretação de prisão por dívida de pensão alimentícia e, portanto, não ocorrendo qualquer medida de restrição à liberdade do paciente que justifique a impetração do presente habeas corpus. Tal ação constitucional não se presta para declarar a nulidade do ato decisório que reconheceu o paciente como genitor do menor, ora autor, daquela presente ação ordinária, que possui recurso próprio para rever a questão nos seus aspectos fáticos e jurídicos. Diante dessa premissa, a presente ação não se enquadra nos requisitos descritivos pelo constituinte originário disposto

no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição da República, isto é, ausente o interesse processual. **EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NA FORMA DO INCISO VI, DO ARTIGO 485, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** (grifou-se)

Sob esse prisma, não se pode, *in casu*, adotar um tratamento dicotômico em relação à ação de *habeas corpus*, reconhecendo-lhe autonomia – como seria usual ocorrer –, pelo simples fato de que *fora flagrantemente intentada contra medida coercitiva determinada em sede de cumprimento de sentença, sob o signo de substituição ao recurso de Agravo de Instrumento, e não em cumprimento à sua vocação natural de, com exclusividade, tutelar a violação do direito de ir e vir.*

Note-se que, mesmo que o HC tivesse como objetivo tutelar apenas o direito à liberdade, a sua impetração *influenciou diretamente na ACP em sua fase de cumprimento de sentença*, na medida em que *reduziu as possibilidades de coerção para a satisfação do débito exequendo*, frustrando – ainda que legitimamente – a expectativa do exequente (repise-se, MP de tutela coletiva) de imprimir efetividade e utilidade à ação coletiva.

Desse modo, o seu feito reflexo na ACP se afigura suficiente para atrair a atuação do suscitado em homenagem ao princípio da especialidade da atribuição.

Tivesse o *writ* sido empregado em sua forma natural, sem tangenciar a ação coletiva, assistiria razão ao suscitado.

Apreciando o procedimento MPRJ nº 2015.00732298²⁴ onde conflitaram a 47ª Procuradoria de Justiça da Região Especial de Procuradores de Justiça e a 3ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a Assessoria de Assuntos Institucionais decidiu que a atribuição para atuar em Mandado de Segurança interposto contra ato de membro do Ministério Público que indeferiu vista e extração de peças de inquérito civil, seria da Procuradoria de Justiça genérica.

Após discorrer sobre as razões pelas quais a Resolução GPGJ nº 1718/2012 não contemplava o IC, a parecerista forneceu o seguinte esclarecimento, ao qual se acede:

(...) não há similitude entre um recurso interposto em mandado de segurança desvinculado de ação civil pública, com recursos interpostos em ação civil pública, incidente ou ação cautelar conexa com ação civil pública. Nestes últimos casos, *o objeto do recurso produzirá efeitos para o próprio interesse tutelado, qual seja, um interesse metaindividual, consubstanciado ou não na persecução de ato de improbidade administrativa.*

²⁴ Parecer emitido pela Promotora de Justiça assistente, Dra. Carla Carrubba, devidamente aprovado em 14 de julho de 2015 pelo Exmo. Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Judiciais e Institucionais, Dr. Ertulei Laureano Matos.

A tutela cautelar demandada em ação conexa à ação civil pública não tem um fim em si mesma, mas se presta à garantia da efetividade da tutela satisfativa, cognitiva ou executiva. Neste aspecto, ela é instrumental, pois busca garantir o resultado útil e eficaz da tutela definitiva pretendida na ação civil pública. E, por tal razão, é razoável que as Procuradorias de Tutela Coletiva atuem nos processos. (grifou-se)

Ora, *mutatis mutandi*, valendo-se do raciocínio de que, no caso vertente, o HC foi manejado como *substitutivo do recurso próprio* que, na espécie, seria o *Agravo de Instrumento*, as considerações tecidas no referido parecer com relação à tutela cautelar têm plena aplicabilidade no presente procedimento.

Adverte-se, contudo, que o entendimento ora externado se restringe à exata medida da hipótese retratada nestes autos, não vinculando situações futuras, as quais deverão ser analisadas caso a caso.

Em linhas conclusivas:

Considerando-se que o HC foi impetrado como sucedâneo do recurso de Agravo de Instrumento e não em cumprimento à sua vocação natural de, com exclusividade, tutelar a violação do direito de ir e vir;

Considerando que fora dirigido contra medida coercitiva determinada em sede de cumprimento de sentença, tendo influenciado direta e decisivamente na ACP em sua fase de cumprimento de sentença, na medida em que reduziu as possibilidades de coerção para a satisfação do débito exequendo, frustrando a expectativa do exequente de imprimir efetividade e utilidade à ação coletiva;

Considerando-se que o *writ* alcançou uma das fases do processo coletivo e, portanto, da própria ACP;

Considerando-se que o exequente é o Ministério Público de primeira instância que, atuando na condição de órgão agente, tem atribuição para tutela coletiva;

Considerando-se que a atuação do órgão do Ministério Público de segundo grau será sempre determinada pela forma como ela ocorreu em primeiro grau; e

Considerando-se o princípio da especialidade da atribuição;

A solução que melhor se apresenta é a de conferir atribuição para o suscitado, a 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva.

De concluir-se, portanto, que razão assiste ao suscitante.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de, *conhecido o conflito negativo de atribuições, seja julgado procedente, com vistas à declaração da atribuição da 7ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva*, para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2017.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref.: MPRJ 2017.01075233

Órgão de origem: 2ª Procuradoria de Justiça junto à 16ª Câmara Cível

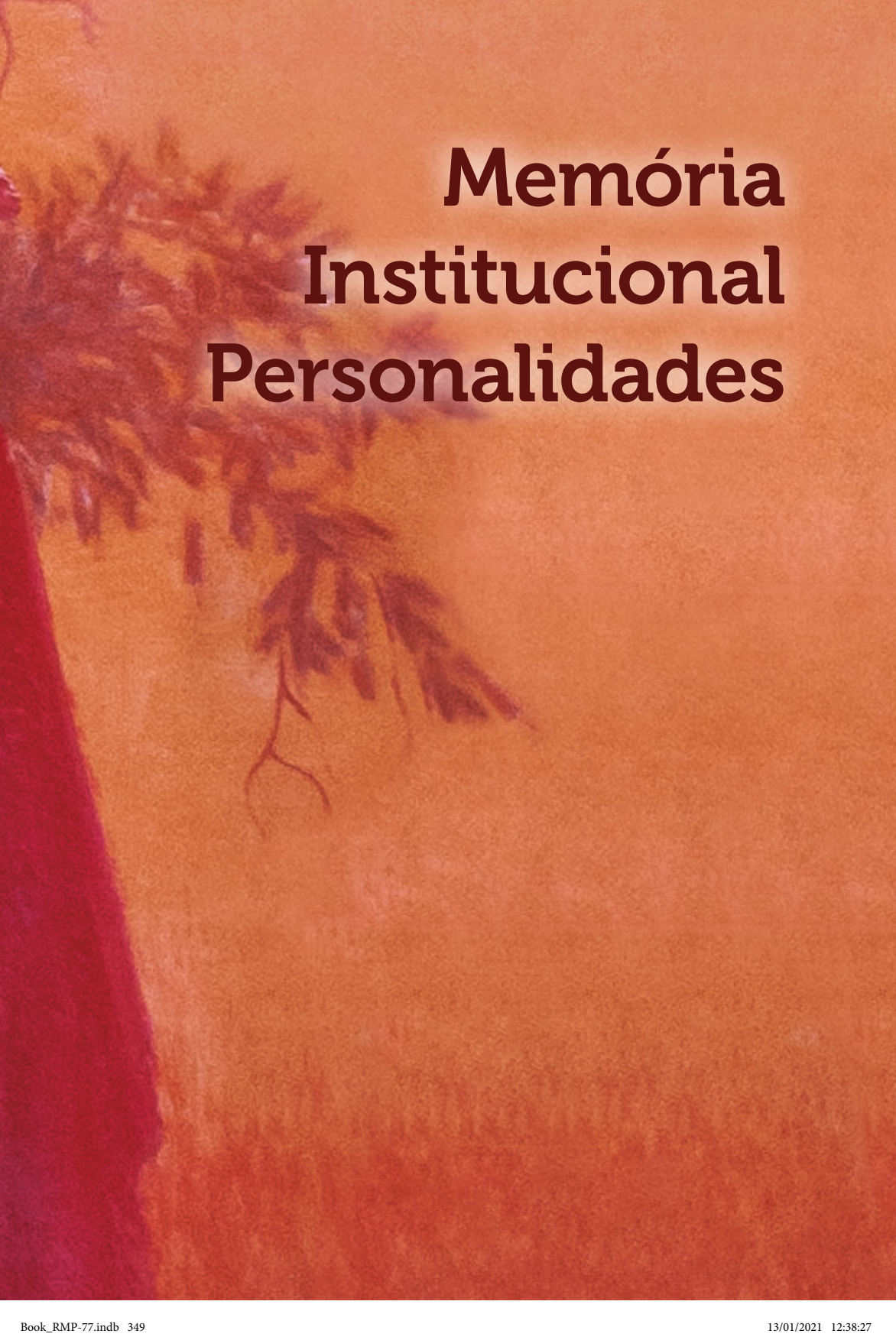
Aprovo o parecer para declarar a atribuição da 7ª *Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva*. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais



Detalhe da imagem da capa



Memória Institucional Personalidades

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Dr. Gastão Lobão da Costa Araújo
(02/12/1937 – 30/03/2020)



Texto e entrevista: Márcio Klang – Coordenador

Isaura Guimarães Neta – Museóloga

Transcrição: Nayara Cristina dos Santos

Entrevistados: Cláudio Ramos, Procurador de Justiça aposentado
Ronaldo Medeiros Albuquerque, Procurador de Justiça aposentado

Leonardo de Souza Chaves, Procurador de Justiça

Maria Cristina Palhares do Anjos Tellechea, Procuradora de Justiça

Revisão: Maristela Santana

Márcio Klang: Na sua opinião, Cláudio, quem foi Gastão Lobão?

Cláudio Ramos: Bem, Márcio, é um prazer participar desse projeto e uma honra falar de Gastão Lobão. Eu conheci Gastão no meu ingresso no Ministério Público do antigo Estado da Guanabara. Fizemos logo uma amizade muito forte que foi se intensificando cada vez mais, com uma convivência praticamente diária, ao longo de 46 anos. Então, posso dizer que além de amigo eu era um profundo admirador do Gastão.

Gastão foi um homem privilegiado, com talentos multifacetados. Era muito inteligente, perceptivo e sensível. Além de muito culto, gostava de transmitir seus conhecimentos e eu fui um dos felizardos em recebê-los, porque, ao longo desses 46 anos, aprendi muito com Gastão. Ele era um leitor voraz, um apreciador da música clássica, da música popular. Um homem do mundo, viajou pelo mundo inteiro. Tinha uma cultura realmente humanística, fora do comum.

MK: Ronaldo, você poderia citar um fato institucional em que Gastão Lobão tenha tido uma atuação de destaque, seja no Ministério Público, na AMPERJ, como examinador de concurso, na advocacia, como professor? Algum fato profissional, ligado ao Ministério Público, em que ele tenha tido algum tipo de destaque, tenha feito alguma interferência importante?

Ronaldo Medeiros Albuquerque: Eu trabalhei com ele em um determinado momento, e é a esse momento que quero fazer referência. Por volta de 1987, 1988, o Procurador-Geral de Justiça, Carlos Antônio da Silva Navega, convidou-me para trabalhar na Assessoria Cível, e o Assessor-Chefe era Gastão Lobão. Os meus colegas de Assessoria nessa ocasião formavam um grupo, com uma exceção – eu, muito qualificado, começando pelas mulheres: Maria Teresa Moreira Lima, Regina Celi Silva Machado, Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo, Hécio Alves de Assumpção, que já nos deixou, e Mauro José Ferraz Lopes. Foi uma época extremamente agradável da minha vida porque a Assessoria era um lugar espetacular para se trabalhar, não só pelos colegas, muito agradável, mas pela chefia que Gastão exercia de uma forma absolutamente suave. Tinha a mais absoluta confiança do Procurador-Geral de Justiça, que não acredito que ficasse lendo os pareceres cíveis, para discutir uma questão de recurso extraordinário. Nos davam os pareceres, e Gastão não tinha nenhuma interferência neles. Nós fazíamos com a maior liberdade.

MK: Gastão Lobão não ocupou somente posições de destaque na Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), como também na Administração Superior do Ministério Público. Você tem algum fato institucional, alguma história para contar que lhe tenha contado a respeito da passagem pela instituição, pela AMPERJ ou pela Procuradoria-Geral de Justiça?

Leonardo de Souza Chaves: Gastão não era um homem de bravatas, de dizer o que tinha feito ou o que fazia. Ele era um homem mais de

se guardar, de ser uma pessoa reservada nas suas atividades, na sua vida. Mas nós conversávamos bastante. E eu acompanhei isso com certa proximidade, na medida em que Gastão foi vice-presidente da Associação (AMPERJ), quando Carlos Antônio da Silva Navega era o presidente. O fato marcante é que essa dupla, cada um com suas características, se deu muito bem no sentido de defender as prerrogativas do Ministério Público na Constituinte. Esse também é outro aspecto importante, que parece um pouco esquecido pelas novas gerações. Não foi uma luta fácil a Constituinte, para fazermos a Constituição de 1988 e celebrar esse capítulo do Ministério Público que, na verdade, representou um grande avanço para o MP. As histórias do Gastão se referem sempre a essa luta pelas prerrogativas e pela independência funcional da instituição. Nessa luta, pela atuação cada vez mais independente do Ministério Público, está inserido o nome de Gastão Lobão.

MK: Você pode citar, seja na AMPERJ, na Administração Superior do MP, na Advocacia, no Magistério, na Chefia de uma Assessoria ou mesmo em uma banca examinadora algum fato institucional em que Gastão Lobão tenha tido uma atuação de destaque? Que tenha marcado algum episódio, alguma coisa curiosa ou alguma coisa importante na *Vigília Institucional*, enfim, algum fato que você ache que mereça registro?

Maria Cristina Palhares do Anjos Tellechea: Márcio, vou voltar bem atrás, exatamente nesse momento em que ele chefiou a Assessoria Criminal, até porque não era o que nós diríamos “a praia” do Gastão. Ele sempre se dedicou mais à parte de Direito Privado, Cível, Processo Civil. Foi nessa área, inclusive, que ele integrou bancas de concurso. Tenho na memória um episódio que me marcou, porque eu era recém-ingressa na instituição. Foi um episódio de repercussão. Gastão, à época, como Assessor-Chefe da Assessoria Criminal, foi quem preparou todo o material para esse julgamento específico, julgamento que aconteceu nos idos de 1979, no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Salvo engano, foi a primeira vez que o nosso Tribunal de Justiça julgou um caso semelhante, onde um juiz, vou me permitir dizer o nome, o julgamento foi público, Dr. Jacy Nunes de Miranda, foi acusado pelo homicídio doloso do advogado Luiz Mendes de Moraes Neto. O Dr. Jacy e o Dr. Luiz eram desafetos conhecidos, com histórico de registros policiais diversos, e o fato acabou ocorrendo no interior da garagem do condomínio onde ambos residiam. À época, Gastão, como Assessor-Chefe, foi quem preparou a sustentação oral que o Procurador-Geral, Hermano

Odilon dos Anjos, meu pai, fez no plenário acusatório, na sessão de julgamento. Era, mal comparando ou bem comparando, um júri no Tribunal de Justiça, porque era um juiz sendo julgado por homicídio, e julgado por um Tribunal Pleno. O emblemático dessa situação, porque todo material e treinamento foi preparado pelo Gastão, é que ele providenciou, como um exímio conhecedor do Direito que era, um didata, simulações do julgamento. Nós participamos dessas simulações e ele acabou entregando, digamos assim, ao Procurador-Geral, um material rico, muito bem preparado e eu diria que uma performance estruturada e treinada. Porque esse julgamento tinha figuras importantes, não só porque envolvia um juiz e um advogado bastante conhecido, como, além do Procurador-Geral, com a sua atribuição originária, figuravam: o advogado Técio Lins e Silva, como Assistente da Acusação; e os advogados Antônio Evaristo de Moraes Filho e George Francisco Tavares, na defesa do Dr. Jacy. Então, foi um fato extremamente interessante.

MK: “Duelo de Titãs”.

MCPAT: “Duelo de Titãs”. E Gastão, com toda aquela dedicação, ele era uma figura discreta, você deve se lembrar.

MK: Perfeitamente.

MCPAT: Eu diria que ele parecia, muitas vezes, quase tímido. O julgamento foi muito bem, mas, no final, prevaleceu a tese defensiva de “legítima defesa putativa”, interessantíssima como tese. O juiz foi absolvido com base na tese de “legítima defesa putativa”, mas o que realmente nos marcou foi o inconformismo de Gastão Lobão com o chamado *esprit de corps*. Esse foi um julgamento corporativo. Ele não se conformava porque era a antítese da personalidade dele. Ele era alguém que buscava o âmago da verdade, da justiça.

MK: Como deve ser.

MCPAT: Como deve ser. Então, um julgamento, onde prevaleceu o que seria um corporativismo, arrasou com Gastão. Ele disse: “foi minha última intervenção na área criminal. Eu nunca mais quero tratar de nenhum assunto e muito menos participar de julgamentos onde a gente não tenha a garantia absoluta de que será isento”.

Eram outros tempos, felizmente nossos tempos são outros. Mas eu acho que, ali, Gastão marcou uma presença. Sobretudo, ele nos

deu uma lição de como as coisas têm que acontecer. Por melhor que seja a tese, não era a acusação pela acusação.

MK: Não, era a verdade. A verdade real, né?

MCPAT: Até o último momento, na certeza, a verdade real teria que vir à tona. Então esse é um episódio que eu destacaria.

MK: Realmente um episódio bastante marcante. Você pode relatar agora, no lado pessoal, alguma característica curiosa dele? Algum fato ou episódio da vida pessoal, se ele gostava de viajar, se gostava de vinhos, se gostava de uma boa mesa ou se gostava de esportes, enfim, alguma característica pessoal?

MCPAT: Bom, Márcio, eu diria que Gastão adorava viagens. Ele gostava imensamente de viajar. Paris era uma grande paixão e estava sempre no roteiro dele. Ele tinha um hotel específico, onde se hospedava todas as vezes que ia à Paris. Chamava *Hôtel du Levant*, que ficava na *Rue de la Harpe*. Gastão era um entusiasta da boa mesa, dos melhores vinhos, de música, com preferência por *jazz*. Ele inclusive participava de um grupo que estudava e se reunia em torno do *jazz*. Quem participou desse grupo também foi nossa colega Elizabeth Cassar [Elizabeth de Moraes Cassar Junqueira Schmidt], falecida.

MK: Não era o grupo do Nilo Batista, do Luiz Fernando de Freitas Santos?

MCPAT: Não era o grupo do Nilo Batista, era outro. Gastão fazia parte desse grupo, ele tinha um encantamento por *jazz*. Frequentava a sala Cecília Meirelles, concertos. Por várias vezes encontrei com Gastão na Sala Cecília Meirelles. E, assim como eu, Gastão adorava fotografia e poesia. Inclusive, a última mensagem que recebi dele foi em dezembro último, na oportunidade em que agradecia uma lembrança natalina que eu havia deixado para ele e Claudia [Claudia Marisa de Azevedo Araújo (esposa)]. Ele agradecia, citando a escritora Alice Ruiz Scherone, quando ela afirmava que a poesia e a fotografia têm algo em comum: eternizar o momento que passa. Então, Márcio, sem querer trair pela emoção, eu gostaria de dizer que Gastão Lobão eternizou a sua passagem por nossa instituição, abrindo caminhos para as novas gerações e se abrindo em afeto para os seus contemporâneos. Saudades amigas, saudades antigas!



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 114.164 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): CHARLEY ANTÔNIO RODRIGUES DIAS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. O objetivo da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (contrária à prova dos autos) não é permitir “uma terceira instância” de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor.

2. Nesse juízo, entretanto, é importante ter presente que o decreto condenatório impugnado em ação revisional, para se revelar minimamente idôneo, deve estar lastreado em provas colhidas no curso do devido processo legal.

3. No caso, a condenação está alicerçada somente em elementos de informação obtidos na fase investigatória, que não encontraram respaldo com as provas colhidas sob o crivo do contraditório. Assim, à luz das hipóteses de cabimento da ação de

revisão criminal, revela-se idônea a absolvição implementada pela Corte estadual, máxime diante da regra processual que proíbe responsabilização penal calcada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase do inquérito (CPP, art. 155).

4. *Habeas corpus* concedido para, confirmando a liminar, determinar o restabelecimento do acórdão nos autos da revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder a ordem para, confirmando a liminar, determinar o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Revisão Criminal 993.06.083432-0, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 3 de novembro de 2015.

MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Relator

03/11/2015
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 114.164 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): CHARLEY ANTÔNIO RODRIGUES DIAS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do Recurso Especial 1.173.329/SP, Rel. Min. Gilson Dipp. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado a pena de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de latrocínio, previsto no art. 157, § 3º, parte final, em concurso de pessoas e emprego de arma de fogo; (b) a condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; (c) inconformado, o impetrante

ingressou com ação de revisão criminal, ao argumento de que a condenação havia contrariado as provas dos autos, tendo sido o pedido deferido pela Corte Paulista; (d) o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, que foi julgado procedente ao Superior Tribunal de Justiça, em acórdão assim ementado:

CRIMINAL. RESP. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DAS PROVAS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que foi deferido o pleito de revisão criminal, para absolver o peticionário, sob o fundamento de precariedade de provas da autoria.

II. Fere o sistema processual penal brasileiro a decisão que, não obstante ter se fulcrado no art. 621, I, do CPP, embasou toda a sua fundamentação na fragilidade e precariedade das provas produzidas, transformando o pedido revisional em recurso de apelação criminal.

III. A expressão “contra a evidência dos autos” não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova.

IV. Recurso provido.

Neste *habeas corpus*, o impetrante alega, em suma, que (a) a decisão do STJ incorreu em frontal afronta aos postulados constitucionais da não culpabilidade, da amplitude de defesa e da liberdade; (b) se pretende estabelecer a correta interpretação do art. 621, I, do Código de Processo Penal, em face da Constituição Federal, porque considerado único remédio a evitar erro na prestação jurisdicional no caso de condenações transitadas em julgado; (c) o cerne da controvérsia reside na correta definição daquilo que se reputa sentença condenatória contrária à evidência dos autos; (d) a apreciação do pedido revisional demanda análise e confronto dos elementos probatórios a evidenciar a decisão foi arbitrária.

Requer, ao final, a concessão da ordem para o fim de cassar o acórdão hostilizado, “*mantendo-se a absolvição do paciente, conforme decretada pelo Tribunal local*”.

A liminar foi deferida em 29-06-2012, em decisão da lavra do Ministro Cezar Peluso.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 20-08-2012, formulou pedido de intimação para realização de sustentação oral. Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

03/11/2015
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 114.164 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Em sentença datada de 1998, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal. O ato judicial, em essência, é do seguinte teor:

(...) Quando do seu depoimento judicial, o réu Charley alegou inocência, esclarecendo que prestou o referido depoimento na fase inquisitorial, mas que teria inventado toda a história ante a ameaça que teria sofrido por parte dos policiais (...).

Verificou-se que a investigação foi iniciada a partir da comunicação do assalto que vitimou Marcos Garcia. A polícia obteve informes sobre os assaltantes, em especial que um deles foi baleado no tiroteio que causou a morte de Marcos. Diligenciados os nosocômios das redondezas, lograram localizar Charley, havendo informes dos seguranças de que o indivíduo que o socorreu conduzia o veículo VW gol, branco, placas BIG 5826/SP (...).

Restou claro, que as testemunhas de acusação deixaram de reconhecer expressamente os réus na fase judicial por temor ou eventualmente pelo decurso de tempo da data dos fatos e eventual nervosismo.

Entretanto, tal fato não invalida de forma alguma o reconhecimento feito na fase inquisitorial ou vicia a prova de autoria, em especial porque os depoimentos judiciais não excluíram o reconhecimento inicial, apenas não foram explícitos (...).

A certeza absoluta não é exigível das vítimas, em especial porque os reconhecimentos são avaliados no contexto e neste se enquadra a confissão extrajudicial, prestada na presença de curador e familiares, confirmada por Bernardete Maria Lima. Bernardete informa como foi dominada e ratifica o número de agentes, revelando as circunstâncias da subtração e o fato de um dos agentes ter sido baleado na troca de tiros que causou a morte do policial Marcos.

A questão dos olhos azuis e dos cabelos alourados não é suficiente para afastar a contundente prova de autoria, a uma porque não é impossível que o assaltante estivesse usando lentes de contato ou tivesse o cabelo mais claro que sua cor natural, a duas porque as

vítimas podem ter se confundido na descrição. Ficou claro que o réu Charley chamava atenção perto dos demais, porque era o único branco e claro. E mais, Bernardete o referiu como indivíduo de idade aparente 18 anos, o que não foge à identificação de Charley e mais, justamente Charley foi baleado durante o tiroteio que vitimou Marcos.

Tais declarações somente confirmam a idoneidade da testemunha ao declarar de fato somente o que presenciou. Não há contradição alguma. O fato de a testemunha ter visto o réu Lelinho na frente do mercado não torna obrigatório que este presenciasse a fuga empreendida pelos réus, até porque, relata a testemunha a dinâmica dos fatos e, assim, que não presenciou o momento da fuga, justificando sua conduta.

Transitada em julgado a condenação, a defesa ingressou com ação de revisão criminal, a que o Tribunal local deu provimento para absolver o acusado por falta de provas. O Ministério Público interpôs recurso especial, alegando que a absolvição por falta de provas não é hipótese contemplada no dispositivo autorizador da revisão criminal. O recurso foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto, na parte que importa, assim fundamentado:

Não obstante a decisão ter se fulcrado no art. 621, I, do CPP, o Tribunal a quo embasou toda a sua fundamentação na fragilidade e precariedade das provas produzidas, transformando o pedido revisional em recurso de apelação criminal, em desconformidade com o que determina o Código Processual Penal.

Com efeito, a revisão criminal, com base da segunda parte do inciso I do art. 621, somente se justifica quando a condenação encontra-se totalmente divorciada do contexto fático-probatório dos autos, não encontrando suporte nos elementos do caderno processual.

2. Cinge-se a controvérsia, portanto, sobre o alcance do art. 621, I, do Código de Processo Penal, ou seja, os pressupostos de admissibilidade da ação de revisão criminal fundamentada na cláusula “quando a sentença for contrária à evidência dos autos”.

3. Realmente, o objetivo da revisão criminal não é permitir uma “terceira instância” de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, não cabe ao Tribunal, em sede revisional, reverter a condenação mediante o simples afastamento do suporte probatório que apresenta interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor. Nesse juízo, entretanto, é importante ter presente que o édito condenatório, para se revelar minimamente idôneo, deve estar lastreado em provas colhidas no curso do devido processo legal.

4. À luz dessas premissas fáticas e jurídicas, cumpre verificar a motivação apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para desconstituir a sentença condenatória transitada em julgado e, conseqüentemente, absolver o paciente:

Charley Antônio Rodrigues Dias foi condenado a vinte anos de reclusão, em regime prisional integral fechado, e ao pagamento de vinte dias-multa, no unitário mínimo legal, como incurso nas penas do artigo 157, parágrafo 3º, na forma do parágrafo 1º, do Código Penal. A decisão foi confirmada em grau de recurso, certificando-se o trânsito em julgado do v. acórdão a fls. 313 dos autos apensados. Ajuizou, agora, a presente revisão, visando desconstituir aquele julgado, alegando, para tanto, que os reconhecimentos efetuados por Marinaldo, proprietário do mercadinho, e pela funcionária Bernadete, não foram seguros, chegando esta a afirmar que o agente possuía olhos azuis; a confissão foi obtida mediante torturas e, diante da precariedade de provas, deve ser absolvido. (...)

Contra a pretensão absolutória deduzida em juízo, pesam fortemente dois fatores: a confissão do peticionário na fase administrativa; e a qualidade da confissão, rica em pormenores, como ressaltado pelo eminente Relator sorteado.

(...) E aqui começa o enfraquecimento da prova que, de início, parecia robusta e inatacável.

Acresce que, em juízo, Charley se retratou, dizendo que iria ao mercado, de onde saiu correndo em face dos tiros, sendo, aliás, atingido e socorrido pelo corréu Lelinho. O dono do estabelecimento atacado, Sr. Marinaldo José da Silva, não teve segurança, em juízo, para reconhecê-lo. Seu empregado, Sr. Marinaldo José da Silva, não teve segurança, em juízo, para reconhecê-lo. Sua empregada, Sra. Bernadete Maria Lima, declarou em juízo que o peticionário se parecia com o loiro de olhos azuis que ingressara no estabelecimento, mas não estava certa de que fosse o peticionário.

E, para retirar, de vez, a certeza de que o peticionário fosse o assaltante loiro e de olhos azuis, está o certificado de alistamento militar de fl. 146, pelo qual se observa que Charley tinha cabelos escuros lisos e olhos castanhos.

Finalmente, e a isso tudo, some-se a circunstância de não registrar o peticionário nenhum outro apontamento criminal, a mostrar que não se trata de pessoa envolvida com crimes.

Em face do exposto, deferem o pedido revisional, para absolver Charley Antonio Rodrigues Dias, com fundamento no artigo 386,

inciso VI, do Código de Processo Penal, com extensão ao corrêu Lelinho Crispim Passos (...).

5. Pelo que se depreende do voto condutor, a procedência da ação revisional, ao contrário do que registrou o Superior Tribunal de Justiça, não decorreu de “mera reavaliação de prova”, assim entendida como exclusão de razoável interpretação da prova emitida pelo juízo condenatório. Para além da fragilidade da prova, o que o Tribunal local demonstrou e concluiu foi a inexistência de lastro probatório judicializado. Ressaltou-se, com efeito, que a sentença condenatória alicerçou-se somente em elementos de informação obtidas na fase investigatória, que não encontraram respaldo com as provas colhidas sob o crivo do contraditório, pressuposto inafastável de decisão tão drástica que é a condenação criminal. Essa específica hipótese dos autos, aliás, vem a ser exemplo do que a doutrina descreve como um dos casos raros em que julga viável o cabimento de revisão criminal com fundamento na cláusula “contra a evidência da prova dos autos”:

Entenda-se por evidência dos autos o conjunto probatório colhido. Para ser admissível a revisão, torna-se indispensável que a decisão condenatória proferida ofenda frontalmente as provas constantes dos autos (...). Seria o equivalente a dizer que todas as testemunhas idôneas e imparciais ouvidas afirmaram não ter sido o réu o autor do crime, mas o juiz, somente porque o acusado confessou na fase policial, resolveu condená-lo. É o caso de revisão criminal. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*, 14ª edição, p. 1239)

Nessa linha de consideração, cite-se, ainda, o seguinte julgado desta Segunda Turma:

(...) 1. Paciente condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes; absolvido, em revisão criminal, por precariedade das provas. Recurso especial provido com fundamento em ofensa do disposto no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, restabelecendo-se a condenação. 2. A revisão criminal, apesar de não ter a amplitude da apelação, quando ajuizada com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, requer se proceda à reavaliação, e não ao reexame, do contexto fático-probatório. Não fosse assim, seria impossível chegar-se à conclusão de que a condenação fora, ou não, proferida contrariamente “à evidência dos autos”. 3. O Tribunal de Justiça de São Paulo não reexaminou o conjunto fático-probatório; apenas o reavaliou para concluir pela

inexistência de provas aptas a embasar a sentença condenatória.
Ordem concedida. (HC 92341, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 22/2/2008)

Desse modo, revela-se factível a compreensão da Corte Estadual, à luz das hipóteses de cabimento da ação de revisão criminal, máxime diante da relevante regra processual prevista no 155 do Código de Processo Penal, segundo a qual “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

6. Pelo exposto, concedo a ordem para, confirmando a liminar, determinar o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Revisão Criminal 993.06.083432-0. É o voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 114.164

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): CHARLEY ANTÔNIO RODRIGUES DIAS

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para, confirmando a liminar, determinar o restabelecimento do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Revisão Criminal 993.06.083432-0, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 3.11.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Compareceu a Senhora Ministra Rosa Weber, Presidente da Primeira Turma, a fim de julgar processos vinculados à Segunda Turma. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira

Secretária

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.114.038 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMBE.(S): RICARDO COUTO LUIZ

ADV.(A/S): WASHINGTON LUIS DA CONCEIÇÃO CARVALHO

ADV.(A/S): MARCIA LOPES MUNIZ CASTELLO BRANCO

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ARTIGO 337, § 1º, DO RISTF. INTEMPESTIVIDADE. TERMO INICIAL DO RECURSO. ARTIGO 370, § 1º, DO CPP. CONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

1. São intempestivos os embargos de declaração, em matéria criminal, que não observam o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 337, § 1º, do RISTF, contado na forma do art. 798 do CPP.

2. Deflagra-se o prazo recursal com a publicação do ato decisório na imprensa oficial, sendo desnecessária a intimação pessoal do advogado constituído pela parte, nos termos do art. 370, § 1º, do CPP, cuja constitucionalidade já foi declarada por este Tribunal. Precedentes.

2. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, *em sessão virtual de 3 a 14 de abril de 2020*, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer dos embargos de declaração, com a determinação do envio de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal e Seccional Rio de Janeiro, com cópia integral dos presentes

autos, para apuração da possível prática, pelo subscritor do recurso, da infração disciplinar prevista no art. 34, XIV, da Lei nº 8.906/94, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de abril de 2020.

MINISTRO EDSON FACHIN

Relator

**15/04/2020
SEGUNDA TURMA**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.114.038 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMBTE.(S): RICARDO COUTO LUIZ

ADV.(A/S): WASHINGTON LUIS DA CONCEIÇÃO CARVALHO

ADV.(A/S): MARCIA LOPES MUNIZ CASTELLO BRANCO

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração (eDOC 38) opostos de acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, assim ementado (eDOC 32, p. 1):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, cabe à parte recorrente demonstrar fundamentadamente a existência de repercussão geral da matéria constitucional em debate no recurso extraordinário, mediante o desenvolvimento de argumentação que, de maneira explícita e clara, revele o ponto em que a matéria veiculada no recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

A ausência de demonstração de repercussão geral impede o conhecimento do recurso extraordinário.

2. Agravo regimental desprovido.

Nas razões recursais, alega-se, de início, vício decorrente da ausência de intimação do patrono do embargante, porquanto, *“em que pese publicação feita no DJE, violando frontalmente o princípio da paridade de armas, o patrono da parte Autora não fora intimado do acórdão”*. No mais, sustenta-se, em suma, que o acórdão embargado padece de omissão e erro material decorrentes da equivocada apreciação da admissibilidade do recurso extraordinário.

É o relatório.

15/04/2020

SEGUNDA TURMA

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.114.038 / RIO DE JANEIRO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O recurso é intempestivo.

Os embargos de declaração, em matéria criminal, devem observar o prazo de interposição de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 337, § 1º, do RISTF e contado na forma do art. 798 do CPP.

No caso, o acórdão embargado foi divulgado no DJe de 7.6.2019, sendo considerado publicado em 10.6.2019, ao passo que os embargos de declaração foram opostos somente em 3.7.2019, ou seja, após o término do prazo de cinco dias disposto no referido dispositivo do regimento interno.

No caso dos autos, ressalte-se, o termo inicial do prazo recursal é a publicação do acórdão recorrido, sendo desnecessária a intimação pessoal do patrono do embargante, nos termos do art. 370, § 1º, do CPP, uma vez que o advogado foi constituído pela parte (eDOC 3, p. 76). Tal compreensão converge com a jurisprudência da Segunda Turma deste Tribunal, consoante se depreende do seguinte julgado:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Agravo. Prazo recursal iniciado com a publicação da decisão recorrida na imprensa oficial. Precedentes. Não observância. Prazo legal de 5 (cinco) dias (art. 28 da Lei nº 8.038/90) transcorrido *in albis*. Incidência da Súmula nº 699/STF. Regimental não provido.
1. O agravo interposto em face da decisão de inadmissibilidade

de recurso extraordinário é intempestivo, já que a agravante não observou o prazo de 5 (cinco) dias para sua interposição, conforme estabelece o art. 28 da Lei nº 8.038/90, o qual não foi revogado, em matéria penal, pela Lei nº 8.950/94, de âmbito normativo restrito ao Código de Processo Civil. Incidência na espécie do enunciado da Súmula nº 699/STF. 2. *O termo inicial do prazo é a publicação da decisão recorrida na imprensa oficial e não a intimação pessoal do seu procurador, prerrogativa conferida apenas aos advogados da União e procuradores da Fazenda Nacional (RE nº 308.282/PB-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 26/4/02).* 3. Agravo regimental não provido. (ARE 896066 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015)

Cumpra-se enfatizar que o art. 370, § 1º, do CPP já teve sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. A tese, suscitada pelo embargante, de que o fato de se garantir a determinados atores processuais dotados de capacidade postulatória, em detrimento dos demais, a prerrogativa da intimação pessoal dos atos processuais consistiria em violação à isonomia e à paridade de armas já foi enfrentada e rechaçada por esta Corte. A esse respeito, confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 9.271/96. ALTERAÇÃO DO § 1º DO ART. 370 DO CPP. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO POR MEIO DE PUBLICAÇÃO OFICIAL. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO MP E AOS ADVOGADOS NOMEADOS, INTIMADOS PESSOALMENTE. ATENDIMENTO ÀS PECULIARIDADES. NÃO VIOLAÇÃO À ISONOMIA, À AMPLA DEFESA OU AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. 1. É constitucional o tratamento diferenciado dado às intimações do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente, realizadas por meio de publicação oficial, em contraposição às do Ministério Público e do defensor nomeado, feitas pessoalmente (CPP, art. 370, §§ 1º e 4º). 2. “Não há na intimação por órgão oficial de publicidade dos atos judiciais qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que não caracteriza ela obstáculo ao desenvolvimento das atividades dos advogados no cumprimento de suas funções.” (ADI 2144-MC, Rel. Min. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 14-11-2003) 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2144, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2016)

Feitas essas considerações, observo, por fim, que o advogado subscritor dos embargos de declaração, buscando convencer o julgador de que a tese por ele defendida era dotada de amparo legal, citou o § 1º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006, que trata de intimações promovidas por meio eletrônico, como se integrasse o artigo anterior, o qual disciplina as publicações de atos judiciais e administrativos oriundos de Tribunais quando na hipótese de estes se valerem da faculdade de fazê-lo por meio de Diário da Justiça Eletrônico.

Como o causídico citou de maneira descontextualizada o referido parágrafo de lei, recombinao dispositivos legais, concluo ser possível que tenha praticado, em tese, a infração disciplinar prevista no art. 34, XIV, da Lei nº 8.906/94, de modo que se faz necessário comunicar o fato à Ordem dos Advogados do Brasil, pra apuração e demais providências.

Ante o exposto, não conheço dos embargos de declaração, em decorrência de sua intempestividade. Oficie-se à Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal e Seccional Rio de Janeiro, com cópia integral dos presentes autos, para apuração da possível prática, pelo subscritor do recurso, da infração disciplinar prevista no art. 34, XIV, da Lei nº 8.906/94.

É como voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.114.038**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

EMBTE.(S): RICARDO COUTO LUIZ

ADV.(A/S): WASHINGTON LUIS DA CONCEIÇÃO CARVALHO (55059/DF, 182038/RJ)

ADV.(A/S): MARCIA LOPES MUNIZ CASTELLO BRANCO (110062/RJ)

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMBDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração, com a determinação do envio de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal e Seccional Rio de Janeiro, com cópia integral dos presentes autos, para apuração da possível prática, pelo subscritor do recurso, da infração disciplinar prevista no art. 34, XIV, da Lei nº 8.906/94, nos termos do voto do Relator.

Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Resolução 642/2019). Segunda Turma, Sessão Virtual de 3.4.2020 a 14.4.2020.

Composição: Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Ravena Siqueira

Secretária

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.700 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
– AMAERJ**

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL 28/2002, QUE MODIFICOU O ARTIGO 156 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, INSTITUI NORMAS SOBRE FORMA DE VOTAÇÃO NA RECUSA DE PROMOÇÃO DO JUIZ MAIS ANTIGO, PUBLICIDADE DE SESSÕES ADMINISTRATIVAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MOTIVAÇÃO E PUBLICAÇÃO DOS VOTOS – VIOLAÇÃO AO ART. 93, *CAPUT*, E INCISOS II, “d”, E X, AO ART. 96, INCISO I, “a”, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 37/2006: PERDA DO OBJETO INEXISTENTE – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. O Tribunal entende que, nessa hipótese, ocorre violação à própria Constituição (art. 93, *caput*), a qual reserva a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal o tratamento dos temas atinentes ao Estatuto da Magistratura.

2. Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição, o Estatuto da Magistratura continua a ser disciplinado pela Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN).

3. Por sua vez, o art. 96, inciso I, “a”, da Constituição Federal impõe a necessidade de provocação do Tribunal de Justiça, sem a qual haveria interferência do Poder Legislativo na autonomia orgânico-administrativa afeta ao Poder Judiciário, com ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.

4. Feitas essas considerações, é de se concluir que normas, como as questionadas, conforme seu alcance, devem resultar de lei complementar federal (art. 93, *caput*, da Constituição Federal), ou, se for o caso, de lei de organização judiciária, por iniciativa do tribunal competente (art. 93, II, “d”, da Constituição Federal), ou do respectivo Regimento Interno, no que couber (art. 96, I, “a”, da Constituição Federal), inclusive em relação a forma de votação nas decisões administrativas.

5. Em se tratando de Ação Direta de Constitucionalidade, o interesse de agir só existe se a lei está em pleno vigor. Ocorre, todavia, que *a edição da Emenda Constitucional nº 37/2006 não esvaziou o objeto da presente demanda, notadamente porque, de igual modo, disciplina matéria de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (regime jurídico da magistratura), por meio de Lei Complementar.*

6. Ação julgada procedente, confirmando a medida cautelar deferida pelo Plenário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 16 a 22 de agosto de 2019.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

23/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.700 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
– AMAERJ**

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, com vistas à declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 28/2002, de 26 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro. Os dispositivos constitucionais locais impugnados possuem a seguinte redação:

Art. 156 - A magistratura estadual terá seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, observado o seguinte:

d) na apuração de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto nominal, aberto e motivado de dois terços dos membros efetivos de seu Órgão Especial, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação, vedados o escrutínio secreto e o voto não declarado;

e) a recusa de promoção de juízes por antiguidade será tomada pelo voto nominal de dois terços de todos os membros efetivos do Órgão Especial do Tribunal, tal como previsto no artigo 93, II, "d", da Constituição Federal, motivando-se cada voto, e pressupõe a prévia aplicação de penalidade após o regular processo administrativo disciplinar, ou a notícia de fato grave, que dê ensejo a instauração do referido processo, nos termos da legislação própria;

f) concretizada a recusa de promoção, deverá ser instaurado processo administrativo disciplinar no prazo de quinze dias, sob pena de nulidade da deliberação e responsabilidade do órgão coletivo.

(...)

X – todas as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, aquelas sobre a promoção de magistrados serão publicadas mediante votação aberta e as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos dos órgãos competentes, observado o seguinte:

a) a motivação das decisões administrativas pressupõe que cada magistrado que participe de órgão de deliberação coletiva apresente de forma clara, objetiva e fundamentada as razões de seu voto individual;

b) a decisão administrativa final, que represente a vontade do órgão de deliberação coletiva como um todo, também deverá ser apresentada e redigida de forma clara, objetiva, e fundamentada, apresentando as razões da decisão que represente a vontade dos seus membros, conforme o *quorum* exigido para a votação;

c) a decisão administrativa final, bem como os votos individuais dos membros do órgão de deliberação coletiva, serão devidamente publicados no órgão oficial de comunicação, assegurando-se a não identificação do magistrado, que, pessoalmente ou através de seu procurador, será intimado e poderá requerer, previamente, que a decisão seja tomada apenas na presença das partes e seus procuradores, em se tratando de deliberação sobre infração disciplinar.

O requerente sustenta que as referidas alterações constitucionais estaduais não observaram o modelo federal instituído pela Carta Magna, assim, padecem de dupla inconstitucionalidade, quais sejam: deformariam, diretamente, o próprio texto constitucional federal, indo além do que esse contempla nos mencionados incisos II e X do artigo 93; e deformariam o regime da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que é a lei complementar federal a cuja formulação se destinam os princípios definidos naquele artigo 93.

Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro argumenta, em síntese, que as normas impugnadas não divergem do modelo federal estatuído pela Constituição Federal, pois:

A realização de sessões secretas e votos não declarados não se assenta nem na Constituição Federal, nem na Constituição Estadual, nem muito menos na LOMAN, cujas disposições acenam muito mais em direção a uma repulsa a essa conduta. Diante disso, só se pode chegar a uma conclusão possível: a de que o sistema de votação secreta vigente antes da edição de emenda constitucional em tela constituía condenável prática que merecia ser reformada. (fl. 42).

Foram admitidos como *amicus curiae* a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

O Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela constitucionalidade da Emenda 28 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, manifestou-se pela inconstitucionalidade da Emenda 28, pois *"a Emenda à Constituição carioca afronta a separação dos poderes, visto que a iniciativa de emenda, em sendo de parlamentares, caminha por procedimento inconstitucional, pois ignora a natural, senão expressa, competência do Tribunal de Justiça"*.

Por meio de petição apresentada em abril de 2019, a AMB se manifestou (eDOC 34) pela perda do objeto em face da edição da Emenda 37/2006 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que alterou os incisos I, II, alíneas "c", "d" e "e", III, IV, V, VII, VIII, IX e X do art. 156, para adequar o texto constitucional estadual à EC nº 45, nos seguintes termos:

ALTERA A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ADEQUANDO-A ÀS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2004.

Art. 156. (...)

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, promovido pelo Tribunal de Justiça com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II –

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

III – o acesso ao Tribunal de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

V – os subsídios dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento nem inferior a cinco por cento de uma para outra das categorias da carreira, sendo o subsídio da mais elevada categoria equivalente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40 da Constituição da República;

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do Tribunal;

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do órgão especial do Tribunal de Justiça ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

IX – remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso II;

X – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Dessa forma, o art. 156 passou a ter o seguinte texto, após a edição da Emenda Constitucional nº 37/2006:

Art. 156 - A magistratura estadual terá seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, promovido pelo Tribunal de Justiça com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito,

no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, observado o seguinte:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, em listas de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver, com tais requisitos, quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

É o breve relatório.

23/08/2019
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.700 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto os dispositivos da Emenda Constitucional 28/2002, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que modificaram a redação do artigo 156 da Constituição Estadual.

(...)

O Procurador-Geral da República sustenta, na petição inicial, que a nova redação implica violação ao artigo 93, *caput*, e incisos II, “d”, e X, da Constituição

Federal, conflitando, de igual forma, com normas, por esta recebidas, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Nota-se que a Emenda Constitucional 28/02 cuida de regras, por meio de vários incisos e alíneas, que disciplinam a forma pela qual será conduzida a promoção de juízes de primeiro grau, bem como a forma de nomeação de desembargadores, notadamente, as vagas reservadas aos juízes de carreira na composição do Tribunal de Justiça daquele Estado, matéria inerente ao regime jurídico da magistratura.

Pela redação do art. 93, *caput*, da Constituição Federal, é possível verificar que os temas reservados à dinâmica do Poder Judiciário, no que diz respeito à promoção e remoção dos seus membros, bem como ao acesso de juízes de primeiro grau às vagas de carreira nos respectivos tribunais estaduais (art. 93, incisos II e III, da Constituição Federal), apenas podem ser versados por lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Entende-se, pois, que tais assuntos são elementos próprios do Estatuto da Magistratura (conteúdo mínimo de unidade), a merecerem o devido tratamento uniforme e federalizado, suficiente a evitar que modelos diferentes sejam adotados pelos Estados membros.

Mantém, portanto, o Poder Judiciário o caráter de Poder Nacional, com sujeição a princípios e normas que devem ser os mesmos para todos os magistrados, sejam de tribunais estaduais ou federais, da justiça comum ou especializada, com preservação da sua unidade sistêmica determinada pela Constituição Federal, auxiliada pela LOMAN.

O Supremo Tribunal Federal há muito tempo tem sido chamado a examinar a constitucionalidade de modificações legislativas estaduais que molestam os princípios do art. 93 da Constituição Federal e as normas da LOMAN. A propósito: ADI 841, Rel. Min Carlos Veloso; ADI 1.422-6, Rel. Min. Ilmar Galvão. De fato, esta Corte assentou entendimento que o art. 93 da Constituição Federal cunhou princípios e impôs reserva normativa para Lei Complementar Federal acerca de todas as matérias que digam respeito à organização e ao funcionamento da carreira da magistratura, de modo que será inconstitucional qualquer norma estadual que *divirja daqueles princípios e normas ou dê tratamento que possa conferir orientação diversa do que previsto na Constituição Federal ou LOMAN*.

Ora, a Emenda Constitucional 28/02 optou por este caminho, colocando a magistratura do Rio de Janeiro à margem do conjunto normativo mencionado, quando pretendia impor: “voto nominal, aberto e motivado (...) vedados o escrutínio secreto e o voto não declarado”; o pressuposto de prévia aplicação de penalidade ao juiz ou de “notícia de fato grave, que dê ensejo a instauração do referido processo”; a nulidade da recusa e a responsabilização do órgão do tribunal que recusou o juiz, caso não seja instaurado processo disciplinar contra este em quinze dias. Evidente que o teor desses dispositivos não se limitava a apresentar meios para fiel execução da Constituição Federal, ao contrário, acabava por restringi-la (com inclusão de pressupostos não previstos no seu texto), de um lado, e elastecê-la (por exemplo, com necessidade de sessão pública e voto aberto, o que deveria permanecer sob reserva), de outro.

Considerando a análise da forma, portanto, a competência para legislar sobre a matéria – regime jurídico da magistratura – é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por meio de lei complementar. A usurpação de competência normativa se revela pelo art. 93, com a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como pelo art. 96, inciso I, “a”, ambos da Constituição Federal, com a necessidade de provocação do Tribunal de Justiça, sem as quais haveria interferência do Poder Legislativo na autonomia orgânico-administrativa afeta ao Poder Judiciário, com ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.

Urge lembrar que o art. 125, *caput*, da Constituição Federal, por sua vez, observa que compete aos Estados organizarem suas respectivas Justiças, sendo que seu parágrafo primeiro dispõe que a lei de organização judiciária deve ser de iniciativa do Tribunal de Justiça, assim, exige-se a iniciativa dos tribunais competentes, o que não ocorreu neste caso.

Apenas para argumentar, interpretando o direito material, a Constituição Federal, hoje, exige que as sessões administrativas sejam públicas, desde a edição da Emenda Constitucional 45/2004, superando o debate já realizado quanto à possibilidade de uma emenda constitucional estadual impor ao Tribunal de Justiça do Estado, que as aludidas sessões para fins de promoção de magistrados ou de caráter disciplinar devam ser realizadas em caráter público.

Feitas essas considerações, é de se concluir que normas, como as questionadas, conforme seu alcance, devem resultar de lei complementar federal (art. 93, *caput*, da Constituição Federal), ou, se for o caso, de lei de organização judiciária, por iniciativa do tribunal competente (art. 93, II, “d”, da Constituição Federal), ou do respectivo regimento interno, no que couber (art. 96, I, “a”, da Constituição Federal), inclusive em relação à forma de votação nas decisões administrativas.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente, em 18 de abril de 1990, o Plenário, na ADI 189-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, por votação unânime, indeferiu medida cautelar de suspensão de normas da Resolução 3/89, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ficando a ementa do julgado assim expressa (RTJ 132/66):

Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 3/89 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disciplina da promoção de juízes togados. Alegação de ofensa a situações jurídicas definitivamente consolidadas e de usurpação das atribuições do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional. Arguição de desrespeito ao artigo 93, “*caput*”, da Constituição Federal. Estatuto da magistratura. Relevo jurídico do tema. Inocorrência do “*periculum in mora*”. Liminar indeferida.

A norma inscrita no art. 93 da Constituição Federal estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios e regras

que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem critérios objetivos referentes ao ingresso na Magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária, até a aposentadoria.

A natureza estritamente objetiva dessas regras traduz-se na sua eficácia plena e em sua aplicabilidade imediata, e parece tornar dispensável qualquer integração normativa que pudesse vir a consubstanciar-se, instrumentalmente, no Estatuto da Magistratura.

As normas inscritas no artigo 93 da Constituição da República muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo legislador, do que regras dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa.

A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura.

A ausência de hostilidade a quanto preceitua, de forma genérica, o dispositivo constitucional invocado como parâmetro de confronto, ainda que resulte aparente, desautoriza – inobstante o relevo jurídico do tema – a suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado.

Por fim, cumpre aferir a suposta perda do objeto sugerida pela AMB, em face da edição da Emenda 37/2006 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que alterou os incisos I, II, alíneas “c”, “d” e “e”, III, IV, V, VII, VIII, IX e X do art. 156 da Constituição Estadual (legislação impugnada).

De fato, em se tratando de Ação Direta de Constitucionalidade, o interesse de agir só existe se a lei está em pleno vigor. Ocorre, todavia que a edição da Emenda Constitucional nº 37/2006 não esvaziou o objeto da presente demanda, notadamente porque, de igual modo, disciplina matéria de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (regime jurídico da magistratura), por meio de Lei Complementar.

Posto isso, confirmando o entendimento adotado pelo Tribunal no julgamento da medida cautelar, voto no sentido de procedência desta ação direta, com a consequente declaração de inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais Estaduais 28/2002 e 37/2006, do Estado do Rio de Janeiro.

23/08/2019
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.700 / RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
– AMAERJ**

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS

VOTO DIVERGENTE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em 07.08.2002, contra o artigo 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 28/2002, cujo teor é o seguinte:

Art. 156 – A magistratura estadual terá seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

II – Promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, observado o seguinte:

(...)

d) – na apuração da antiguidade, o Tribunal de Justiça somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto nominal, aberto e motivado de dois terços dos membros efetivos de seu órgão Especial, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação, vedados o escrutínio secreto e o voto não declarado;

e) – a recusa de promoção de juízes por antiguidade será tomada pelo voto nominal de dois terços de todos os membros efetivos do órgão Especial do Tribunal, tal como previsto no artigo 93, II, “d”, da Constituição Federal, motivando-se cada voto, e pressupõe a prévia aplicação de penalidade após o regular processo administrativo disciplinar, ou a notícia de fato grave, que dê ensejo a instauração do referido processo, nos termos da legislação própria;

f) – concretizada a recusa de promoção, deverá ser instaurado processo administrativo disciplinar no prazo de quinze dias, sob pena de nulidade da deliberação e responsabilidade do órgão coletivo.

(...)

X – todas as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, aquelas sobre a promoção de magistrados serão públicas mediante votação aberta e as disciplinares serão tomadas pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos dos órgãos competentes, observado o seguinte:

a) – a motivação das decisões administrativas pressupõe que cada magistrado que participe de órgão de deliberação coletiva apresente de forma clara, objetiva e fundamentada a razão de seu voto individual;

b) – a decisão administrativa final, que represente a vontade do órgão de deliberação coletiva como um todo, também deverá ser apresentada e redigida de forma clara, objetiva e fundamentada, apresentando as razões da decisão que represente a vontade dos seus membros, conforme o quórum exigido para a votação;

c) – a decisão administrativa final, bem como os votos individuais dos membros do órgão de deliberação coletiva, serão devidamente publicados no órgão oficial de comunicação, assegurando-se a não identificação do magistrado, que, pessoalmente ou através de seu procurador, será intimado e poderá requerer, previamente, que a decisão seja tomada apenas na presença das partes e seus procuradores, em se tratando de deliberação sobre infração disciplinar.

O argumento principal da Procuradoria-Geral da República é o de que “(...) as alterações inseridas na Constituição estadual, oriundas de proposta que não partiu do Tribunal de Justiça, padeceriam de dupla inconstitucionalidade, no que: a) deformariam, diretamente, o próprio texto constitucional federal, indo além do que esse contempla nos mencionados incisos II e X do artigo 93; b) deformariam o regime da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que é a lei complementar federal a cuja formulação se destinam os princípios definidos naquele art. 93.”

A medida liminar foi concedida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17.10.2002, em decisão assim ementada:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28, DE 25 DE JUNHO DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 156 DA CONSTITUCIONAL ESTADUAL, ESTABELECENDO NORMAS SOBRE FORMA DE VOTAÇÃO NA RECUSA DE PROMOÇÃO DO JUIZ MAIS ANTIGO, PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS, APÓS A RECUSA, PUBLICIDADE DAS SESSÕES ADMINISTRATIVAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MOTIVAÇÃO DOS VOTOS NELES PROFERIDOS, E PUBLICAÇÃO DO INTEIRO TEOR NO ÓRGÃO OFICIAL DE IMPRENSA.

ALEGAÇÃO DE QUE A NOVA REDAÇÃO IMPLICA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 93, *CAPUT*, E INCISOS II, “d”, E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONFLITANDO, AINDA, COM NORMAS, POR ESTA RECEBIDAS, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL.

MEDIDA CAUTELAR.

1. Em face de orientação seguida, pelo S.T.F., na elaboração do Projeto de Estatuto da Magistratura Nacional e em vários precedentes jurisdicionais, quando admitiu que a matéria fosse tratada, conforme o âmbito de incidência, em Lei de Organização Judiciária e em Regime interno de Tribunais, é de se concluir que não aceita, sob o aspecto formal, a interferência da Constituição Estadual em questões como as tratadas nas normas impugnadas.
2. A não ser assim, estará escancarada a possibilidade de o Poder Judiciário não ser considerado como de âmbito nacional, assim como a Magistratura que o integra, em detrimento do que visado pela Constituição Federal. Tudo em face de grande disparidade que poderá resultar de textos aprovados nas muitas unidades da Federação.
3. Se, em alguns Estados e Tribunais, não houverem sido implantadas ou acatadas, em Leis de Organização Judiciária ou em Regimes Internos, normas autoaplicáveis da Constituição Federal, como as que regulam a motivação das decisões administrativas, inclusive disciplinares, e, por isso mesmo, o caráter não secreto de respectiva votação, caberá aos eventuais prejudicados a via própria do controle difuso de constitucionalidade ou de legalidade.
4. E nem se exclui, de pronto, a possibilidade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão.

5. Medida Cautelar deferida, para se suspender a eficácia da Emenda Constitucional nº 28, de 25 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro.

Sucedee que, em 2006, a Emenda Constitucional estadual nº 37, de 31 de maio de 2006, alterou o artigo 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, para adequá-la às modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 à Constituição Federal. Eis o novo teor:

Art. 156

(...)

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, promovido pelo Tribunal de Justiça com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II –

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

III – o acesso ao Tribunal de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

V – os subsídios dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento nem inferior a cinco por cento de uma para outra das categorias da carreira, sendo o subsídio da mais

elevada categoria equivalente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

VI – a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40 da Constituição da República;

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do Tribunal;

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do órgão especial do Tribunal de Justiça ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

IX – remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas *a, b, c e e* do inciso II;

X – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

XI – as decisões administrativas do Tribunal serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XII – no Tribunal, havendo número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

XIII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e no Tribunal, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIV – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XVI – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Conforme se verifica, houve substituição da norma constitucional estadual impugnada por nova redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional estadual nº 37/2006, não tendo havido aditamento da petição inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade, quanto à nova Emenda Constitucional estadual.

Nessas situações, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade, considerando que o ato impugnado já não subsiste no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, as ações objetivas não se destinam predominantemente a solucionar pretensões de índole intersubjetivas, mas a tutelar a higidez do ordenamento normativo. Por tal razão, a superveniência de alteração substancial do objeto de controle configura causa apta, em regra, a acarretar a prejudicialidade da ação. Nesse sentido:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS DA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação. Precedentes. 2. O fato de a norma atacada ter, em algum momento, produzido efeitos concretos não é relevante para o prosseguimento ou não da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. Há impossibilidade lógica e jurídica de o Supremo Tribunal Federal realizar nova modulação dos efeitos da medida cautelar após a perda superveniente do objeto da ação direta de inconstitucionalidade. 4. Agravo regimental não provido. (ADI 4389/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 05.11.2018)

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EXTRADIÇÃO. OBJETOS DE CONTROLE. REVOGAÇÃO EXPRESSA E IMPLÍCITA. PERDA DE OBJETO. 1. A alteração substancial dos atos normativos alvo de controle em sede objetiva conduz, em regra, à extinção da ação por perda de objeto. 2. Hipótese em que as normas que prescreviam a obrigatoriedade de prisão para fins de extradição, previstas no art. 84 da Lei nº 6.815/80 e no art. 208, RISTF, foram, respectivamente, expressa e implicitamente, revogadas pela Lei nº 13.445/17, que, em seu art. 86, passou a admitir, em tese, a imposição de prisão domiciliar ou concessão de liberdade, inclusive com possibilidade de adoção de medidas cautelares diversas da prisão. 3. Ação julgada prejudicada. (ADPF 425, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 10.10.2018)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PREJUÍZO. Uma vez suplantado, mediante novo preceito, o ato atacado na ação direta de inconstitucionalidade, cumpre declarar o prejuízo do pedido formalizado. (ADI 469, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2016)

A jurisprudência dessa Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação ou alteração substancial da norma questionada em sua constitucionalidade. (ADI 4061 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/2015)

Assim sendo, pedindo vênia ao Ministro Relator, *julgo prejudicada* a presente ação direta de inconstitucionalidade, pela sua superveniente perda de objeto.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.700

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
- AMAERJ**

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS (8587/DF)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S): GORDILHO, PAVIE E AGUIAR ADVOGADOS (8587/DF)

Decisão: O Tribunal, por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta, com a consequente declaração de inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais Estaduais 28/2002 e 37/2006, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin, que julgava prejudicada a ação. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 16.8.2019 a 22.8.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

CONFLITO DE COMPETÊNCIA **Nº 172.445 / RIO DE JANEIRO (2020/0118975-7)**

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO - SJ/RJ

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SJ/SP

INTERES.: JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PELO JUÍZO SUSCITANTE. RECUSA DO JUÍZO SUSCITADO QUE AVOCA A EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. ART. 65 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEP. SISTEMA ELETRÔNICO DE EXECUÇÃO UNIFICADA (SEEU) IMPLEMENTADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. DECISÃO LIMINAR NA ADI 6259/2019 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. EFICÁCIA DOS ARTS. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 DA RESOLUÇÃO CNJ 280/2019 SUSPENSAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal – CF.

2. *“A competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento o cumprimento da*

pena determinada, inexistindo deslocamento de competência”. (CC 113.112/SC, Terceira Seção, Rel Ministro Gilson Dipp, DJe 17/11/2011)

3. O novo Sistema Eletrônico de Execuções Unificado – SEEU tem proporcionado facilidade de acesso aos autos e otimizado a prestação jurisdicional, contudo, não tem o condão de alterar a competência para a execução da pena que é fixada na Lei nº 7.210/84.

“Cabe aos Juízes envolvidos no uso desse novo instrumento lançar mão de procedimentos que extraíam os benefícios da nova ferramenta, sem, contudo, desrespeitar as diretrizes estabelecidas na legislação, sob pena de que a tecnologia prevaleça em detrimento da vontade do legislador”. (CC 170.280, DJe 11/2/2020 e CC 170.458, DJe 4/5/2020, ambos de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior)

4. *“Ademais, em 16/12/2019, o Ministro do STF Alexandre de Moraes, Relator da ADI 6259/2019, deferiu liminar, determinando a suspensão da eficácia dos arts. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 da ‘Resolução CNJ nº 280/2019’ que determinavam, a partir de 31/12/2019, que todos os processos de execução penal de tribunais brasileiros tramitassem obrigatoriamente pelo ‘Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU’, sem que, até o momento, tenha sido a causa submetida a julgamento ou referenda pelo plenário”.* (CC 172.411, DJe 2/6/2020, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca)

5. Conflito de competência conhecido para declarar que a execução da pena compete ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e que incumbe ao Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJ/SP, o suscitado, o cumprimento da carta precatória para acompanhamento e fiscalização da execução das penas restritivas de direitos e da pena de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar que a execução da pena compete ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e que incumbe ao Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJ/SP, o suscitado, o cumprimento da carta precatória para acompanhamento e fiscalização da execução das penas restritivas de direitos e da pena de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 24 de junho de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 172.445 / RIO DE JANEIRO (2020/0118975-7)

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO - SJ/RJ

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SJ/SP

INTERES.: JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de conflito positivo de competência instaurado entre o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e o Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJ/SP, o suscitado, no qual se discute a competência para execução da pena imposta a JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ.

O Juízo suscitante alega (fl. 3):

O apenado foi condenado a 3 anos de reclusão e multa. A pena corporal foi convalidada por duas restritivas de direito, as quais foram fixadas, por este Juízo executivo, nas modalidades de prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária (fl. 51 do seq. 1.1).

Verificado que o apenado residia no município de São Bernardo do Campo/SP, foi determinada a expedição de Carta Precatória para aquela Subseção Judiciária, visando ao acompanhamento e à fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direito facultadas e da multa penal.

O apenado deu início ao cumprimento das penas restritivas e o tem feito de forma regular, consoante os documentos constantes no seq. 13.

No sequencial 11, o r. Juízo Federal da 1ª Vara Federal Criminal de São Bernardo do Campo/SP, para onde a Carta Precatória de fiscalização foi distribuída, em decisão da lavra do eminente Juiz Federal, Dr. Carlos Alberto Loverra, tendo em vista a implantação do novo Sistema Eletrônico de Execução Unificado do CNJ (SEEU-CNJ), entendeu por processar e julgar o feito e a avocar a competência determinar remessa dos autos originários do executivo para si.

De outro lado, o Juízo suscitado fundamentou que (fl. 192):

Consta dos autos que o sentenciado reside em São Bernardo do Campo, sendo que na Lei de Execução Penal prepondera a competência do foro do lugar em que o sentenciado está preso ou residindo, o que ocasiona vantagens ao executado por possibilitar a celeridade e a humanização do processo de execução.

Com a publicação da Resolução 287 de 20/07/2019, que instituiu o Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, no âmbito do TRF 3ª Região, bem como conforme disposição do art. 2º da mencionada Resolução em que “o processo eletrônico de execução penal será individual e indivisível e reunirá todas as condenações que forem impostas ao indivíduo, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, sendo responsável pelo processamento do feito o juízo competente no domicílio atual do condenado”, avoco a competência para o processamento e julgamento da Execução Penal nº 5000645-04.2019.402.5101, em desfavor do MM. Juízo da 9ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro/RJ, solicitando, ainda, sua remessa a este Juízo.

Havendo discordância do Juízo de origem, suscito, desde logo, conflito positivo de competência, remetendo-se os autos para deliberação do Tribunal competente.

Nesta Corte Superior, mediante análise não exauriente, própria das medidas cautelares, considerando precedentes de minha relatoria, designei o Juízo Federal suscitante para decidir, em caráter provisório, as medidas urgentes, até o julgamento final do presente incidente (fl. 275).

O Ministério Público Federal emitiu parecer que recebeu o seguinte sumário (fl. 281):

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. LOCAL DA PRISÃO DIVERSO DO LOCAL DA CONDENAÇÃO: PARECER PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 172.445 / RIO DE JANEIRO (2020/0118975-7)

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO - SJ/RJ

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SJ/SP

INTERES.: JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PELO JUÍZO SUSCITANTE. RECUSA DO JUÍZO SUSCITADO QUE AVOCA A EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. ART. 65 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEP. SISTEMA ELETRÔNICO DE EXECUÇÃO UNIFICADA (SEEU) IMPLEMENTADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. DECISÃO LIMINAR NA ADI 6259/2019 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. EFICÁCIA DOS ARTS. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 DA RESOLUÇÃO CNJ 280/2019 SUSPENSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal – CF.

2. *“A competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento o cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência”.* (CC 113.112/SC, Terceira Seção, Rel Ministro Gilson Dipp, DJe 17/11/2011)

3. O novo Sistema Eletrônico de Execuções Unificado – SEEU tem proporcionado facilidade de acesso aos autos e otimizado a prestação jurisdicional, contudo, não tem o condão de alterar a competência para a execução da pena que é fixada na Lei nº 7.210/84.

“Cabe aos Juízes envolvidos no uso desse novo instrumento lançar mão de procedimentos que extraíam os benefícios da nova ferramenta, sem, contudo, desrespeitar as diretrizes estabelecidas na legislação, sob pena de que a tecnologia prevaleça em detrimento da vontade do legislador”. (CC 170.280, DJe 11/2/2020 e CC 170.458, DJe 4/5/2020, ambos de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior)

4. *“Ademais, em 16/12/2019, o Ministro do STF Alexandre de Moraes, Relator da ADI 6259/2019, deferiu liminar, determinando a suspensão da eficácia dos arts. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 da ‘Resolução CNJ nº 280/2019’ que determinavam, a partir de 31/12/2019, que todos os processos de execução penal de tribunais brasileiros tramitassem obrigatoriamente pelo ‘Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU’, sem que, até o momento, tenha sido a causa submetida a julgamento ou referenda pelo plenário”. (CC 172.411, DJe 2/6/2020, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca)*

5. Conflito de competência conhecido para declarar que a execução da pena compete ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e que incumbe ao Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJ/SP, o suscitado, o cumprimento da carta precatória para acompanhamento e fiscalização da execução das penas restritivas de direitos e da pena de multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal – CF.

Inicialmente, consigno que é incontroverso nos autos que a sentença condenatória em desfavor de JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ foi proferida pela 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (fls. 88/201) e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 74/75). Também é certo que a execução penal provisória foi determinada pelo Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, o qual determinou a expedição de carta precatória para o Juízo suscitado fiscalizar o cumprimento das penas restritivas de direitos bem como da pena de multa.

A Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210/84) determina em seu art. 65 que a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença condenatória.

Em se tratando de pena restritiva de direitos, como é o caso dos autos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que *“a competência para*

a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência". (CC 113.112/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/11/2011)

Nesse mesmo sentido, confirmam-se ainda os seguintes julgados:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL. REGIME INICIAL ABERTO. EXECUÇÃO DA PENA EM REGIME ABERTO QUE COMPETE AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA ESTADUAL SOMENTE QUANDO O APENADO ESTIVER PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ESTADUAL. INAPLICABILIDADE AO CASO DA SÚMULA 192 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE PARA A EXECUÇÃO DA PENA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA AO JUÍZO FEDERAL DA COMARCA DE DOMICÍLIO DO CONDENADO APENAS PARA O ACOMPANHAMENTO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. *"Tendo o réu sido condenado pela Justiça Federal a pena a ser inicialmente cumprida no regime aberto, deve a execução ser processada por esta, nos termos do art. 65, da Lei de Execuções Penais." Precedente: AgRg no CC 153.707/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 10/11/2017.*

2. *"A competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento o cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência." Precedente: CC 113.112/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 17/11/2011.*

3. *"Havendo Vara Federal na comarca de domicílio do condenado, o Juízo deprecado deverá ser o Juízo Federal. Caso contrário, o Juízo Estadual." Precedente: CC 120.747/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora Convocada do TJ/PE, Terceira Seção, DJe 17/4/2013.*

4. *Considerando que ambas as penas – uma imposta pela Justiça Estadual e outra imposta pela Justiça Federal – estão sendo cumpridas em regime aberto, não há motivos, por ora, para a unificação das execuções, porquanto a eventual regressão funda-se em mera conjectura. Frise-se que o cumprimento de pena imposta pela Justiça Estadual em regime aberto constitui circunstância não contemplada pela Súmula nº 192/STJ, conforme ponderou o próprio Juízo suscitante, o qual, por via transversa,*

pretende ampliar a incidência do verbete sumular para abarcar situação na qual o sentenciado não se encontra recolhido em estabelecimento prisional estadual.

5. Conflito de competência conhecido para reconhecer que a execução da pena referente ao delito de descaminho fixada pela Justiça Federal compete ao Juízo Federal da 2ª Vara de Ribeirão Preto - SJ/SP, o suscitante, o qual deverá deprecar ao Juízo Federal da comarca de domicílio do condenado tão somente o acompanhamento do cumprimento da pena. (CC 163.091/SP, de minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 25/3/2019)

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. 1. EXECUÇÃO PENAL. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APENADO COM RESIDÊNCIA EM COMARCA DIVERSA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. NÃO MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. 2. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. Conquanto seja possível alterar a competência do juízo para a execução e fiscalização da pena, nas hipóteses em que houver a transferência legal do preso, o simples fato de o apenado ter informado que possui residência em comarca diversa não constitui causa legal de deslocamento da competência do Juízo da Execução Penal. Nada obsta, outrossim, que o Juízo determine a expedição de carta precatória àquela localidade para supervisão do desconto da reprimenda.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal de Cachoeiro de Itapemirim - SJ/ES, o suscitante, determinando, outrossim, ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Guaçuí o cumprimento da carta precatória expedida pelo Juízo competente. (CC 140.754/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 22/6/2015)

Na mesma linha, vejam-se as seguintes decisões monocráticas: CC 160.947, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 6/3/2019; CC 163.008, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 22/2/2019; CC 154.003, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 19/2/2019.

Embora haja remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema, tem-se observado o aumento de conflitos positivos entre magistrados em razão da implantação do novo Sistema Eletrônico de Execução Unificado do CNJ (SEEU-CNJ).

Com efeito, o novo sistema tem proporcionado facilidade de acesso aos autos e otimizado a prestação jurisdicional, contudo, não tem o condão de alterar a competência para a execução da pena que é fixada na Lei nº 7.210/84.

Sobre o tema, trago decisões monocráticas proferidas no CC 170.280 (DJe 11/2/2020) e no CC 170.458 (DJe 4/5/2020) nas quais o Eminentíssimo Ministro Sebastião Reis Júnior abordou a questão com precisão, nos seguintes termos:

(...) o implemento de uma nova solução tecnológica (SEEU) não constitui fundamento idôneo para inobservância do preconizado na Lei de Execução Penal.

De fato, cabe aos Juízes envolvidos no uso desse novo instrumento lançar mão de procedimentos que extraiam os benefícios da nova ferramenta, sem, contudo, desrespeitar as diretrizes estabelecidas na legislação, sob pena de que a tecnologia prevaleça em detrimento da vontade do legislador.

Em situação análoga ao conflito ora em análise, por decisão monocrática proferida nos autos do CC 170.369 (DJe 12/3/2020), o Eminentíssimo Ministro Jorge Mussi entendeu pela competência do Juízo da condenação para a execução da pena, podendo deprecar para o juízo suscitado a implementação e fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direitos. Ressalto que aludido conflito também havia sido suscitado pelo Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da SJ/RJ, por entender que a instituição de um sistema eletrônico de acompanhamento não é motivo suficiente para deslocar a competência para execução de penas restritivas de direitos.

Em recentíssima decisão monocrática proferida no CC 172.411 (DJe 2/6/2020), o Eminentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca também entendeu pela competência do Juízo da condenação conforme estabelecido na LEP e ponderou, ainda, a suspensão da obrigatoriedade de utilização do SEEU por força de medida cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade instaurada no Supremo Tribunal Federal – STF. Vejamos:

Ademais, como bem ponderaram o parecer ministerial e o Juízo suscitante, em 16/12/2019, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator da ADI nº 6259/2019, deferiu liminar, determinando a suspensão da eficácia dos arts. 2º, 3º, 9º, 12 e 13 da “Resolução CNJ nº 280/2019” que determina(ria)m, a partir de 31/12/2019, que todos os processos de execução penal de tribunais brasileiros tramitassem obrigatoriamente pelo “Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU”, sem que, até o momento, tenha sido a causa submetida a julgamento ou referenda pelo plenário.

Em sede cautelar, o Ministro Relator entendeu que, conquanto coubesse ao CNJ definir critérios e procedimentos de observância por tribunais locais visando ao aperfeiçoamento de órgãos judiciários e de políticas públicas próprias – como, por exemplo,

a questão carcerária, tema afeito ao sistema de Justiça –, segundo a Resolução nº 280/2019, há de ater-se aos limites de competência normativa do próprio CNJ, não desbordando e contrastando com competência legislativa (i.e., reserva de lei) da União e Estados para dispor sobre matéria processual penal e penitenciária, o que inclui procedimentos.

Salientou, ainda, que a dita exigência extrapolaria o disposto na Lei Federal nº 12.714/2012, que somente recomendara sistematização, transparência e acessibilidade de informações sobre execuções de penas, prisões cautelares e medidas de segurança em todo o território brasileiro, sem, no entanto, determinar a uniformização de procedimentos.

Diante disso, voto no sentido de conhecer do presente conflito para declarar que a execução da pena imposta a JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ compete ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e que incumbe ao Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJSP, o suscitado, o cumprimento da carta precatória para acompanhamento e fiscalização da execução das penas restritivas de direitos e da pena de multa.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0118975-7

PROCESSO ELETRÔNICO

CC nº 172.445 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00245117320124025101 245117320124025101
5000645042019402510 50006450420194025101**

EM MESA

JULGADO: 24/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO - SJ/RJ

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SJ/SP

INTERES.: JOSE MANUEL NUNEZ LOPEZ

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito para declarar que a execução da pena compete ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal do Rio de Janeiro – SJ/RJ, o suscitante, e que incumbe ao Juízo Federal da 1ª de São Bernardo do Campo – SJ/SP, o suscitado, o cumprimento da carta precatória para acompanhamento e fiscalização da execução das penas restritivas de direitos e da pena de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

HABEAS CORPUS Nº 542.780 / RIO DE JANEIRO (2019/0325221-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA E OUTRO

ADVOGADOS: JAIME ANGELO NONATO FUSCO - RJ109456

GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA - RJ115920

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, DESABAMENTO E LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DESABAMENTO DE PRÉDIOS. COMUNIDADE DE MUZEMA - RJ. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. CAUSA COMPLEXA COM TRÊS RÉUS. ADVOGADOS DIFERENTES. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA PARA A DEMORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 64/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. *MODUS OPERANDI*. TESTEMUNHAS COAGIDAS A MUDAR DEPOIMENTOS. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O TRATAMENTO MÉDICO E O ENCARCERAMENTO. ENTENDIMENTO DIVERSO DO COLEGIADO ESTADUAL. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA ESTREITA VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO, COM RECOMENDAÇÃO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo orientação pacificada nos Tribunais Superiores, a análise do excesso de prazo na instrução criminal será feita à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo

ser consideradas as particularidades do caso concreto, a atuação das partes e a forma de condução do feito pelo Estado-juiz. Dessa forma, a mera extrapolação dos prazos processuais legalmente previstos não acarreta automaticamente o relaxamento da segregação cautelar do acusado. (RHC 58.140/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 30/9/2015; RHC 58.854/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015)

3. Na hipótese, embora o paciente esteja cautelarmente segregado há 10 meses, o processo segue seu trâmite regularmente, uma vez considerada a complexidade dos processos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri. Ademais, consoante delineado no acórdão impugnado, “trata-se de um caso complexo, com amplo acervo probatório e 03 réus denunciados em conjunto, patrocinados por diferentes advogados”, além de a própria defesa do paciente ter contribuído para uma possível delonga ao quedar-se inerte e não apresentar, dentro do prazo legal, resposta à acusação. Somem-se, ainda, os vários pedidos de revogação da prisão cautelar apresentados pela defesa, atraindo, assim, a incidência da Súmula 64 desta Corte Superior: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

4. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*).

5. Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem trouxe fundamentos válidos para a manutenção da prisão cautelar, na medida em que destacou que se apuram os homicídios de 24 pessoas e 3 delitos de lesão corporal gravíssima, decorrentes do desabamento dos edifícios 93-B e 93-C da Comunidade de Muzema no Rio de Janeiro, onde há indícios de elevado grau de envolvimento do paciente com o referido empreendimento imobiliário, na medida em que sua função não se resumia apenas à venda das respectivas unidades, mas também ao controle das obras das edificações, segundo os depoimentos das testemunhas sobreviventes da tragédia.

6. Pontuou-se também que o paciente, juntamente com os corréus, não diligenciaram para verificar se os terrenos nos quais foram construídos os prédios que desmoronaram eram

adequados à construção das edificações, mas ao contrário, há notícias nos autos que foram realizadas notificações dos órgãos de fiscalização informando que a área era imprópria para construção, permanecendo os acusados, entretanto, com suas práticas.

7. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que se mostra válida a segregação provisória imposta com o fim de assegurar a ordem pública, quando constatada a periculosidade concreta do agente, evidenciada no *modus operandi* do delito, como no caso em apreço. Demais disso, o decreto preventivo funda-se na conveniência da instrução criminal, tendo em vista que ao menos duas testemunhas ouvidas em sede policial teriam sido coagidas a alterar seus depoimentos.

8. Tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do paciente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

Precedentes.

9. Esta Corte Superior possui entendimento de que para a substituição da prisão preventiva por domiciliar deve haver comprovação inequívoca de que o tratamento médico imprescindível para a saúde do acusado não pode ser ministrado no estabelecimento prisional de forma adequada e eficiente, o que não se encontra demonstrado *in casu*. Na ausência da efetiva comprovação de tal, não se vislumbra qualquer situação excepcional justificadora da concessão da prisão domiciliar. Ademais, entendimento em contrário demandaria a análise de matéria fático-probatória, inviável na via eleita.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Entretanto, recomenda-se de ofício ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Rio de Janeiro que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei nº 13.964/2019. Recomenda-se, igualmente, celeridade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, com recomendação. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). JAIME ANGELO NONATO FUSCO, pela parte PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA e o MPF.

Brasília (DF), 10 de março de 2020 (data do julgamento).

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

HABEAS CORPUS Nº 542.780 / RIO DE JANEIRO (2019/0325221-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA E OUTRO

ADVOGADOS: JAIME ANGELO NONATO FUSCO - RJ109456

GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA - RJ115920

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL GOMES DA COSTA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente em razão da suposta prática dos delitos tipificados no arts. 121, §2º, inciso I, combinado com o art. 13, §2º, "a", "b", e "c", por 24 vezes, na forma do art. 70; art. 129, §2º, incisos I e II, combinado com o art. 13, §2º, "a", "b", e "c", por 3 vezes, na forma do art. 70; e art. 256, por 2 vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que indeferiu a liminar, nos termos da decisão monocrática de fls. 41-42 (e-STJ).

O Tribunal de Justiça denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DELITOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESABAMENTO E LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. IMPETRANTES QUE SE INSURGEM CONTRA SUPOSTO EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PROCESSO E REQUEREM A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não resta a menor dúvida de que a privação da liberdade não retira do preso diversos direitos fundamentais, como o direito à integridade física, à saúde e, principalmente, à vida, a qual deve ser entendida não apenas como pré-requisito ao exercício dos demais direitos, mas também como o direito de o indivíduo ter dignidade durante toda a sua existência. Logo, o cerne da questão se refere ao real estado de saúde do paciente, bem como se o atendimento médico prestado pelo Estado se apresentaria suficiente a lhe proporcionar um adequado tratamento. No caso em exame, dúvida não há de que a MM. Juíza vem se mostrando atenta ao estado de saúde do paciente, em favor de quem já determinou diversas medidas urgentes para lhe garantir um atendimento médico adequado à sua enfermidade, inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos necessários ao seu bem-estar, além da expedição de ofício ao diretor da unidade prisional onde se encontra acautelado o paciente, bem como ao diretor do nosocômio responsável pelo tratamento. Soma-se a isso a melhora apresentada pelo paciente, que restou atestada por laudo médico e diversos documentos juntados aos autos originários, o que evidencia que a prisão cautelar não configura uma medida que possa privar o paciente de um tratamento médico adequado.

2. Segundo se infere da denúncia, recaem indícios de que o paciente e os dois corréus teriam concorrido eficazmente para a prática de 24 delitos de homicídio qualificado e 03 crimes de lesão corporal gravíssima, decorrentes do desabamento dos edifícios 93-B e 93-C da “Comunidade da Muzema”, então situados na Estrada de Jacarepaguá, nº 370, Comarca da Capital, na manhã do dia 12 de abril de 2019. Aduz o *Parquet* que o paciente e os dois coacusados assumiram o risco e deram causa ao aludido desabamento, “expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de todas as pessoas que lá residiam”.

3. Quando do recebimento da denúncia, a MM. Juíza da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital se convenceu da presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* e decretou a prisão preventiva do paciente e dos coacusados, com base na garantia das ordens pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Irresignada, insurgiu-se a defesa com requerimento de revogação da prisão preventiva, em cuja decisão a douta Julgadora indeferiu o pedido, mas determinou, repita-se, a imediata assistência médica ao paciente, sem prejuízo do fornecimento de medicamentos e insumos necessários ao

seu bem-estar, com a expedição de ofício ao diretor da unidade prisional onde se encontra acautelado o paciente, bem como ao diretor do nosocômio responsável pelo tratamento.

4. Em 26 de agosto de 2019, a defesa não conseguiu êxito em seu requerimento de prisão domiciliar, diante dos documentos que atestaram a melhora do estado de saúde do paciente, a quem vem sendo fornecido tratamento médico regular e medição de controle glicêmico e de pressão. Ao apresentar resposta à acusação, a defesa do paciente formulou novo pedido de revogação da prisão preventiva, ao qual sobreveio novo indeferimento.

5. Não restou configurada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção do paciente, na medida em que o Estado-juiz vem praticando, desde o início do processo, todos os atos pertinentes ao prosseguimento regular do feito, com o recebimento da denúncia, a citação do paciente e dos corréus, a apreciação das defesas preliminares e o exame exaustivo de diversos pedidos de revogação da prisão preventiva, bem como do requerimento de prisão domiciliar. O excesso de prazo apto a configurar constrangimento ilegal exige a inércia do Juiz em dar andamento ao processo, o que não se verifica na hipótese vertente. Não configura constrangimento ilegal a instrução criminal superar a mera soma aritmética dos prazos processuais determinados pelo legislador, principalmente quando não há nenhuma omissão do Magistrado, da qual resultasse eventual morosidade do trâmite regular do feito. Ademais, trata-se de um caso complexo, com amplo acervo probatório e 03 réus denunciados em conjunto, patrocinados por diferentes advogados. Como se não bastasse, a própria defesa do paciente contribuiu para delongas desnecessárias durante o trâmite da ação, ao quedar-se inerte e não apresentar, dentro do prazo legal, resposta à acusação, o que obrigou a MM. Juíza, depois de 02 meses da citação do paciente, a determinar a intimação da Defensoria Pública, na forma do artigo 408 do Código de Processo Penal. A despeito do tempo em que o paciente se encontra custodiado, não existe sequer violação ao princípio da homogeneidade das prisões, diante do *quantum* de pena a que estará sujeito, na hipótese de eventual condenação. Além disso, a prisão a que foi submetido o paciente, de natureza cautelar, constitui uma forma de assegurar a efetividade do processo penal e não se confunde com a prisão proveniente de condenação, cuja finalidade precípua se restringe na repressão e ressocialização do apenado, com vistas a impedi-lo de voltar a delinquir.

6. Com uma simples análise do *decisum* impugnado, observa-se, sem grande esforço intelectual, a presença do *fumus commissi delicti*, decorrente da comprovação da materialidade dos delitos e dos indícios de elevado grau de envolvimento do paciente com o empreendimento imobiliário que desabou, cuja função se resumia não apenas à venda das respectivas unidades, mas também ao controle das obras das edificações, segundo os depoimentos das testemunhas sobreviventes da tragédia.

7. O *periculum libertatis*, por sua vez, deflui da necessidade de se garantir a ordem pública, na medida em que as condutas imputadas ao paciente se revelam graves, capazes de gerar repercussão danosa no meio social, já tão atingido por fatos semelhantes, que causam pavor em toda a sociedade. A indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal, sobretudo quando as circunstâncias descritas na denúncia demonstram a gravidade concreta das condutas e os indícios de elevado envolvimento do paciente com o desabamento dos edifícios. Como bem destacado pelo Ministro Ribeiro Dantas, “o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo *modus operandi* com que o crime fora praticado”. (RHC 72781 / MG. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 22/11/2016) Ademais, as condições subjetivas supostamente favoráveis ao paciente não lhe garantem, por si sós, o direito de responder ao processo em liberdade, sobretudo quando presentes outros elementos necessários à custódia cautelar, como na hipótese dos autos. Precedentes.

8. A custódia provisória mostra-se necessária também para assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que não há comprovação nos autos de que o paciente tenha laços familiares ou possua profissão definida, o que poderia facilitar eventual recusa em atender ao chamamento judicial e, por consequência, evitar a consolidação do direito de punir do Estado.

9. Segundo consta de uma das decisões impugnadas, ao menos duas testemunhas teriam sido coagidas a alterar os seus depoimentos, o que evidencia que a liberdade do paciente colocaria em risco o desenvolvimento da instrução criminal, em especial os depoimentos das vítimas sobreviventes e de outras

testemunhas a serem ouvidas em Juízo, daí porque a segregação cautelar se torna imperiosa à conveniência da instrução criminal.

10. Não se afigura razoável a imposição de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, cuja aplicação somente se justifica na hipótese da segregação cautelar não se mostrar extremamente necessária, o que não se verifica no caso em exame.

ORDEM DENEGADA (e-STJ, fl. 127).

Neste *writ*, os impetrantes alegam, em suma, a ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa, na medida em que o paciente encontra-se preso desde 16/7/2019.

Ponderam ausência de requisitos para decretação da prisão preventiva, ao argumento de que o paciente apenas vendeu as unidades imobiliárias que pertenciam a seu pai (e-STJ, fl. 23), não sendo o construtor dos edifícios que caíram. Alegam que a gravidade do crime não justifica por si só a prisão cautelar.

Informam que o paciente é primário, tem domicílio fixo e não possui maus antecedentes, não havendo se falar em risco para a instrução criminal.

Sustentam que o paciente se apresentou espontaneamente à autoridade policial para o cumprimento da prisão temporária, demonstrando interesse nos esclarecimentos dos fatos.

Aduzem que o paciente de apenas 27 anos é portador de diabetes tipo 1 e que o sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro não possui condições de prover o tratamento que ele precisa (dieta específica, medição diuturna do nível de glicose, aplicação de insulina injetável e ingestão de remédios).

Requerem a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja relaxada a prisão, com a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP. Subsidiariamente, pleiteiam a concessão da prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida às fls. 81-83 (e-STJ).

Prestadas as informações (e-STJ, 91-107 e 123-129), foi negado pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar (e-STJ, fls. 118-121).

O Ministério Público Federal opina pela declaração de prejudicialidade do *mandamus*, em razão do julgamento do mérito do *habeas corpus* originário (e-STJ, fls. 133-141).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 542.780 / RIO DE JANEIRO (2019/0325221-3)

RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE: GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA E OUTRO

ADVOGADOS: JAIME ANGELO NONATO FUSCO - RJ109456

GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA - RJ115920

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA (PRESO)

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, DESABAMENTO E LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DESABAMENTO DE PRÉDIOS. COMUNIDADE DE MUZEMA - RJ. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. CAUSA COMPLEXA COM TRÊS REÚS. ADVOGADOS DIFERENTES. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA PARA A DEMORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 64/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. *MODUS OPERANDI*. TESTEMUNHAS COAGIDAS A MUDAR DEPOIMENTOS. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O TRATAMENTO MÉDICO E O ENCARCERAMENTO. ENTENDIMENTO DIVERSO DO COLEGIADO ESTADUAL. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA ESTREITA VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO, COM RECOMENDAÇÃO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Segundo orientação pacificada nos Tribunais Superiores, a análise do excesso de prazo na instrução criminal será feita à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser consideradas as particularidades do caso concreto, a atuação das partes e a forma de condução do feito pelo Estado-juiz. Dessa forma, a mera extrapolação dos prazos processuais legalmente previstos não acarreta automaticamente o relaxamento da segregação cautelar do acusado. (RHC 58.140/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe

30/9/2015; RHC 58.854/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015)

3. Na hipótese, embora o paciente esteja cautelarmente segregado há 10 meses, o processo segue seu trâmite regularmente, uma vez considerada a complexidade dos processos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri. Ademais, consoante delineado no acórdão impugnado, “trata-se de um caso complexo, com amplo acervo probatório e 03 réus denunciados em conjunto, patrocinados por diferentes advogados”, além de a própria defesa do paciente ter contribuído para uma possível delonga ao quedar-se inerte e não apresentar, dentro do prazo legal, resposta à acusação. Somem-se, ainda, os vários pedidos de revogação da prisão cautelar apresentados pela defesa, atraindo, assim, a incidência da Súmula 64 desta Corte Superior: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

4. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*).

5. Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem trouxe fundamentos válidos para a manutenção da prisão cautelar, na medida em que destacou que se apuram os homicídios de 24 pessoas e 3 delitos de lesão corporal gravíssima, decorrentes do desabamento dos edifícios 93-B e 93-C da Comunidade de Muzema no Rio de Janeiro, onde há indícios de elevado grau de envolvimento do paciente com o referido empreendimento imobiliário, na medida em que sua função não se resumia apenas à venda das respectivas unidades, mas também ao controle das obras das edificações, segundo os depoimentos das testemunhas sobreviventes da tragédia.

6. Pontuou-se também que o paciente, juntamente com os corréus, não diligenciaram para verificar se os terrenos nos quais foram construídos os prédios que desmoronaram eram adequados à construção das edificações, mas ao contrário, há notícias nos autos que foram realizadas notificações dos órgãos de fiscalização informando que a área era imprópria para construção, permanecendo os acusados, entretanto, com suas práticas.

7. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que se mostra válida a segregação provisória imposta com o fim de

assegurar a ordem pública, quando constatada a periculosidade concreta do agente, evidenciada no *modus operandi* do delito, como no caso em apreço. Demais disso, o decreto preventivo funda-se na conveniência da instrução criminal, tendo em vista que ao menos duas testemunhas ouvidas em sede policial teriam sido coagidas a alterar seus depoimentos.

8. Tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do paciente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura. Precedentes.

9. Esta Corte Superior possui entendimento de que para a substituição da prisão preventiva por domiciliar deve haver comprovação inequívoca de que o tratamento médico imprescindível para a saúde do acusado não pode ser ministrado no estabelecimento prisional de forma adequada e eficiente, o que não se encontra demonstrado *in casu*. Na ausência da efetiva comprovação de tal, não se vislumbra qualquer situação excepcional justificadora da concessão da prisão domiciliar. Ademais, entendimento em contrário demandaria a análise de matéria fático-probatória, inviável na via eleita.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Entretanto, recomenda-se de ofício ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Rio de Janeiro que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei nº 13.964/2019. Recomenda-se, igualmente, celeridade.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo ao exame da impetração, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, em que pese o parecer ministerial tenha sido no sentido de julgar prejudicado o presente *writ*, porquanto impugna decisão que indeferiu pedido liminar já substituída por acórdão denegatório da ordem proferida pelo colegiado do Tribunal fluminense, deixo de fazê-lo, tendo em vista que a defesa também apresentou o RHC 122.652/RJ contra o referido acórdão, sendo, porém, este *mandamus* mais abrangente e estar melhor instruído.

A defesa pleiteia, em síntese, o relaxamento da prisão em razão do excesso de prazo e da ausência dos requisitos da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a concessão da prisão domiciliar ao paciente.

Afere dos autos que o acusado foi denunciado, juntamente com os corréus, José Bezerra de Lira e Renato Siqueira Ribeiro, pela suposta prática de 24 delitos de homicídio qualificado e 3 crimes de lesão corporal gravíssima, decorrentes do desabamento dos edifícios 93-B e 93-C da “Comunidade da Muzema”, situados na Estrada de Jacarepaguá/RJ, na manhã de 12 de abril de 2019. Aduz o *Parquet* que o paciente e os dois coacusados assumiram o risco e deram causa ao aludido desabamento, “expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de todas as pessoas que lá residiam” (e-STJ, fl. 48).

O paciente e o indiciado Renato Siqueira Ribeiro teriam sido reconhecidos pelas vítimas sobreviventes como corretores dos prédios que desabaram, cujo dono seria José Bezerra Lira, vendendo as unidades mesmo sabendo das várias irregularidades que recaíam sobre os edifícios, segundo consta na denúncia (e-STJ, fl. 47).

Em relação ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Diante dessa realidade, percebe-se que não restou configurada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção do paciente, na medida em que o Estado-juiz vem praticando, desde o início do processo, todos os atos pertinentes ao prosseguimento regular do feito, com o recebimento da denúncia, a citação do paciente e dos corréus, a apreciação das defesas preliminares e o exame exaustivo de diversos pedidos de revogação da prisão preventiva, bem como do requerimento de prisão domiciliar.

O excesso de prazo apto a configurar constrangimento ilegal exige a inércia do Juiz em dar andamento ao processo, o que não se verifica na hipótese vertente.

Não configura constrangimento ilegal a instrução criminal superar a mera soma aritmética dos prazos processuais determinados pelo legislador, principalmente quando não há nenhuma omissão do Magistrado, da qual resultasse eventual morosidade do trâmite regular do feito.

Ademais, trata-se de um caso complexo, com amplo acervo probatório e 03 réus denunciados em conjunto, patrocinados por diferentes advogados.

Como se não bastasse, a própria defesa do paciente contribuiu para delongas desnecessárias durante o trâmite da ação, ao quedar-se inerte e não apresentar, dentro do prazo legal, resposta à acusação, o

que obrigou a MM. Juíza, depois de 02 meses da citação do paciente, a determinar a intimação da Defensoria Pública, na forma do artigo 408 do Código de Processo Penal.

A despeito do tempo em que o paciente se encontra custodiado, não existe sequer violação ao princípio da homogeneidade das prisões, diante do *quantum* de pena a que estará sujeito, na hipótese de eventual condenação. (e-STJ, fls. 87-88, grifou-se.)

Cabe destacar que, segundo orientação pacificada nos Tribunais Superiores, a análise do excesso de prazo na instrução criminal será feita à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser consideradas as particularidades do caso concreto, a atuação das partes e a forma de condução do feito pelo Estado-juiz. Dessa forma, a mera extrapolação dos prazos processuais legalmente previstos não acarreta automaticamente o relaxamento da segregação cautelar do acusado. (RHC 58.140/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 30/9/2015; RHC 58.854/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015)

No caso em exame, de uma leitura atenta dos autos, verifica-se que o feito vem observando seu transcurso regular. Ora, o paciente teve a prisão temporária decretada em 17/5/2019, a qual foi convertida em preventiva em 16/7/2019, em razão do recebimento da denúncia. Afere-se, ainda, do andamento processual no sítio do Tribunal de Justiça, que em 11/2/2020 estava marcada a audiência de instrução e julgamento, redesignada para 20/3/2020.

Consoante se verifica, embora o paciente esteja cautelarmente segregado há 10 meses, o processo segue seu trâmite regularmente, uma vez considerada a complexidade dos processos submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ademais, consoante delineado no acórdão impugnado, “trata-se de um caso complexo, com amplo acervo probatório e 03 réus denunciados em conjunto, patrocinados por diferentes advogados”, além de a própria defesa do paciente ter contribuído para uma possível delonga ao quedar-se inerte e não apresentar, dentro do prazo legal, resposta à acusação. Somem-se, ainda, os vários pedidos de revogação da prisão cautelar apresentados pela defesa, atraindo, assim, a incidência da Súmula 64 desta Corte Superior: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Dessarte, não se identifica, por ora, manifesto constrangimento ilegal imposto ao paciente passível de ser reparado por este Superior Tribunal, em razão do suposto excesso de prazo na formação da culpa, na medida em que não se verifica desídia do Poder Judiciário na condução da ação penal, a qual tem recebido o devido impulso oficial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO DE MENORES. ILEGALIDADES NO FLAGRANTE. SUPERAÇÃO. NOVO TÍTULO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA, PERICULOSIDADE SOCIAL E *MODUS OPERANDI* EMPREGADO NO DELITO. RÉUS COM REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES. RISCO DE REITERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. (...).

5. Constata-se que as instâncias ordinárias se basearam em elementos concretos que demonstram a necessidade da custódia, sobretudo para garantir a ordem pública, em razão da gravidade concreta da conduta e da periculosidade social dos agentes, evidenciados (i) pelo *modus operandi* do delito (executaram a vítima em sua própria residência, enquanto dormia, na presença de seu neto, motivados por dívida oriunda do tráfico de drogas, com envolvimento de menor de idade); e (ii) pelo efetivo risco de reiteração delitiva, posto que os acusados Grasiela e Paulo ostentam péssimos antecedentes criminais, com condenações por outros crimes graves.

6. Eventuais condições subjetivas favoráveis dos pacientes, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

7. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

8. Não prospera a alegação de excesso de prazo quando se trata de ação penal relativamente complexa, com cinco réus presos, acusados da prática de diversos crimes, com vários pedidos de revogação de prisão preventiva, em que se faz necessária a oitiva de sete testemunhas, inclusive mediante expedição de cartas precatórias, tudo

a efetivamente justificar a necessidade de se despendar maior tempo no cumprimento dos atos referentes à fase de instrução do processo. Ademais, a fase instrutória do processo originário já se encontra encerrada desde o dia 2/7/2019 e, em consulta realizada ao sítio eletrônico do TJ/RS, verifica-se que os autos aguardam a apresentação de memoriais pela defesa dos pacientes desde 18/7/2019.

9. Ausente a alegada desídia da autoridade judiciária na condução da ação penal, que recebe constante impulso oficial, não há falar em constrangimento ilegal hábil a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça (Precedentes).

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 517.396/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 30/08/2019, grifou-se.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA SEGREGAÇÃO CAUTELAR E FORMAÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLURALIDADE DE RÉUS. SUSPENSÃO DE FEITO. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO JULGADOR NA CONDUÇÃO DO FEITO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3. É certo que o retardo injustificado à prestação jurisdicional viola o Princípio da Duração Razoável do Processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

4. Todavia, na espécie, não se constata demora injustificada, tampouco desídia estatal na condução do feito, pois, consoante consignado no acórdão combatido, o processo vem se desenvolvendo em ritmo compatível com as suas peculiaridades, já que apresenta pluralidade de Acusados, com advogados diferentes, e pelo fato de o corréu B. M. S. não ter sido localizado, com necessidade de citação por edital e, em seguida, a suspensão do processo e desmembramento do feito.

5. Conforme informações, a audiência para a oitiva de testemunhas foi designada para 16/7/2019, às 15h30, o que indica que a instrução deve ser encerrada em breve e, por conseguinte, afasta a concretização de constrangimento ilegal por desídia estatal.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (RHC 107.637/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019, grifou-se.)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROTEÇÃO DE TESTEMUNHAS. ALEGAÇÃO DE INJUSTIFICADO EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. PENA EM ABSTRATO ELEVADA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. PEDIDOS DA DEFESA DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 64 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO, COM RECOMENDAÇÃO.

1. A defesa questiona a legalidade da prisão preventiva do recorrente, ao argumento de fundamentação inidônea do decreto prisional e de excesso de prazo na instrução criminal.

2. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. No particular, as decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do recorrente demonstraram a necessidade da medida extrema para fins de garantia da ordem pública, destacando-se o *modus operandi* do delito (teria desferido 5 golpes de punhal na vítima, sendo 4 na região abdominal e o último golpe na mão esquerda), que seria revelador, *a priori*, da periculosidade social do agente. Ressalta-se, ainda, a conveniência da instrução criminal (proteção de testemunhas) e o clamor público gerado pela prática do delito. Há, portanto, adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Legalidade da prisão preventiva. Precedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo *modus operandi* com que o crime teria sido praticado. (AgRg no HC 466.216/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 16/09/2019)

5. *Excesso de prazo. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.* 6. *As peculiaridades do caso concreto não evidenciam constrangimento ilegal por excesso de prazo. Considera-se regular o prazo de tramitação do processo (8 meses). A ação penal é relativamente complexa devido, dentre outros, à gravidade concreta do delito sub judice – homicídio qualificado tentado (com pena em abstrato elevada) e à necessidade de expedição de carta precatória para realização de atos processuais – intimação da vítima. Ademais, houve 2 (dois) pedidos de revogação da prisão preventiva do recorrente, como lhe é de direito, mas que efetivamente justifica a necessidade de despendar maior tempo no cumprimento dos atos referentes à fase de instrução do processo. Incidência do enunciado da Súmula nº 64 desta Corte Superior: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Por fim, a instrução processual está prestes a ser encerrada. Ausência de constrangimento ilegal.*

7. *Recurso conhecido e não provido, com recomendação de celeridade no encerramento do processo. (RHC 117.501/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 04/10/2019, grifou-se.)*

Em relação à prisão preventiva o Tribunal fluminense assim se manifestou:

Superada a tese de excesso de prazo, a liberdade do paciente passa a depender da inexistência dos requisitos autorizadores do decreto cautelar, o que não restou evidenciado na hipótese dos autos.

Com uma simples análise do decisum impugnado, observa-se, sem grande esforço intelectual, a presença do fumus comissi delicti, decorrente da comprovação da materialidade dos delitos e dos indícios de elevado grau de envolvimento do paciente com o empreendimento imobiliário que desabou, cuja função se resumia não apenas à venda das respectivas unidades, mas também ao controle das obras das edificações, segundo os depoimentos das testemunhas sobreviventes da tragédia.

O periculum libertatis, por sua vez, deflui da necessidade de se garantir a ordem pública, na medida em que as condutas imputadas ao paciente se revelam graves, capazes de gerar repercussão danosa no meio social, já tão atingido por fatos semelhantes, que causam pavor em toda a sociedade.

A indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública constitui motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal, sobretudo quando as circunstâncias descritas na denúncia demonstram a gravidade concreta das condutas e os indícios de elevado envolvimento do paciente com o desabamento dos edifícios.

(...)

Ademais, as condições subjetivas supostamente favoráveis ao paciente não lhe garantem, por si só, o direito de responder ao processo em liberdade, sobretudo quando presentes outros elementos necessários à custódia cautelar, como na hipótese vertente.

(...)

A custódia provisória mostra-se necessária também para assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que não há comprovação nos autos de que o paciente tenha laços familiares ou possua profissão definida, o que poderia facilitar eventual recusa em atender ao chamamento judicial e, por consequência, evitar a consolidação do direito de punir do Estado.

(...)

Segundo consta de uma das decisões impugnadas, ao menos duas testemunhas teriam sido coagidas a alterar os seus depoimentos, o que evidencia que a liberdade do paciente colocaria em risco o desenvolvimento da instrução criminal, em especial os depoimentos das vítimas sobreviventes e de outras testemunhas a serem ouvidas em Juízo, daí porque a segregação cautelar se torna imperiosa à conveniência da instrução criminal.

(...)

Por derradeiro, não se afigura razoável a imposição de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, cuja aplicação somente se justifica na hipótese da segregação cautelar não se mostrar extremamente necessária, o que não se verifica no caso em exame. (e-STJ, fls. 88-96, grifou-se.)

Extrai-se das decisões que decretaram as prisões temporária e preventiva do paciente, respectivamente:

Conforme documentação constante dos autos, os nacionais acima indicados foram reconhecidos por vítimas sobreviventes e por outras pessoas não diretamente atingidas pela tragédia. (...). *É público e notório – e os fatos públicos e notórios independem de prova – que os Indiciados não obraram minimamente dentro da Lei nem da ética, nem mesmo zelaram pelo bem-estar de seus semelhantes. É de comezinho conhecimento que não foram respeitadas as mais singelas que sejam normas edilícias para a construção dos dois prédios que desabaram. Não agiram os Indiciados com a mais tênue cautela, ao cooptarem inocentes e crédulos adquirentes do sonho da casa própria. Não buscaram os Investigados os imprescindíveis alvarás para o erguimento dos empreendimentos e, pior, não tiveram o mais ínfimo zelo em indagar às Autoridades Competentes se os prédios, já prontos e colocados à venda, reuniam as mínimas condições de habitabilidade dentro das mais primárias que sejam normas de segurança. Eles não buscaram autorização dos órgãos públicos nem das concessionárias/prestadoras de serviços públicos. Não respeitaram um preceito básico no ambiente comercial: o Princípio da Boa-fé. É de comum sabença que o lucro é ínsito à atividade mercantil. Entretanto, o desmedido ganho buscado pelos Indiciados ultrapassa e viola qualquer norma comercial. Os Investigados não se quedaram, ante o ímpeto pelo dinheiro fácil e barato. De todos esses aspectos singelamente pinçados, exsurge o dolo eventual que é atribuído aos Representados. Deram eles azo a que a tragédia acontecesse. Pelo que se lê dos autos e, através do que a memória registra a partir das reportagens jornalísticas, a imensa maioria das vítimas era de pessoas jovens ou de crianças, muitas delas na tenra idade. Isto mostra, por si só, que eram unidades familiares ou células familiares recém-formadas e com uma provável vida longa. Outrossim, conforme bem colocado pelo Parquet, há de ser apurada a conduta da pessoa conhecida como Cíntia Bernardo, ainda não qualificada, companheira de RAFAEL, que seria responsável por receber as transferências bancárias de pagamentos realizados pelos compradores e também por aliciá-los através das redes sociais, notadamente o site “OLX” e páginas do Facebook. Por outro lado, apuraram-se, ainda, indícios de que Júcélío Passos Santiago teria a incumbência de ocultar os proveitos obtidos com a venda de imóveis, na medida em que alguns compradores efetuavam depósitos em suas contas.*

(...)

Presente se faz igualmente o *periculum in mora*, posto que eventual delonga no deferimento da medida cerceadora de liberdade dos Indiciados poderá acarretar grande prejuízo à cabal elucidação dos fatos. De semelhante modo, o *fumus comissi delicti* encontra-se caracterizado,

eis que indubitável o cometimento do crime e indícios suficientes de autoria, a justificar a medida constritiva, à luz dos elementos indiciários já alcançados. Importante é salientar que a medida também se impõe para propiciar o desenvolvimento das investigações inquisitoriais. O *periculum libertatis* está igualmente configurado, eis que, acaso mantidos em liberdade, tudo indica que voltarão a praticar novas infrações penais, salientando-se, ainda, que o *ergástulo* também tem o objetivo de tentar quebrar a “lei do silêncio”, que impera nas localidades dominadas por milícias, para fins de obtenção de novos elementos de informação que corroborem a autoria dos crimes. Observo ainda que o caso concreto preenche o requisito estabelecido no inciso III do Art. 1º do mesmo Diploma Legal, na medida em que os elementos de convicção constantes dos autos indicam com razoável certeza na participação dos Indiciados na conduta descrita. Outrossim, é de geral conhecimento, pelo menos de todos que vivem nesta violenta cidade, que os grupos denominados “milícias” imperam em vários bairros. Nasceram, ao que se sabe, na própria Zona Oeste e lá cresceram, firmaram raízes, desenvolveram-se e “expandiram as suas ações e territórios”, inclusive para a região metropolitana do Rio de Janeiro. Nasceram tímidos e, tão logo, adquiriram voz, passaram a apregoar que o propósito de suas existências era dar segurança às pessoas de bem. Prometeram mundos e fundos e, em poucos anos, foram mostrando as suas garras e tentáculos. Passaram a mostrar a sua verdadeira face. Revelaram os seus propósitos. Não economizaram demonstrações de força: tornaram-se violentas organizações criminosas, verdadeiros senhores da população e dos bens locais. Com a entrada do dinheiro advindo das extorsões, tornaram-se muito poderosos e ameaçadores. Ganharam tanto, que tiveram a necessidade de “lavar” o dinheiro que passou ao entrar aos borbotões. Associaram-se, fizeram alianças, tornaram-se temidos. Tal é a hipótese dos autos.

Passo à análise do pedido de decretação da prisão preventiva dos denunciados. Analisando os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, verifico que a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz competente em qualquer fase do inquérito policial ou do processo judicial, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a futura e eventual aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, esclarecendo o artigo 313 quais os pressupostos necessários à sua regular decretação. Fixadas essas premissas, observo que os réus foram denunciados pela suposta prática dos delitos de homicídio qualificado, de lesão corporal e desabamento, em face das vítimas que residiam na comunidade da Muzema, nos termos da denúncia.

Além disso, há informações nos autos do inquérito no sentido de que após o desabamento dos imóveis os denunciados, mesmo após serem interpelados por moradores acerca das diversas falhas estruturais nas edificações, nada fizeram para evitar a ocorrência do resultado narrado na denúncia. Saliente-se, ainda, que estão presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva dos acusados, eis que presentes os elementos autorizadores previstos no artigo 312, visto que, se postos em liberdade, não há garantias de que os acusados não continuariam as práticas criminosas supramencionadas, eis que há indícios de que, mesmo após a ocorrência dos desabamentos, os requeridos continuaram a desempenhar suas atividades na comunidade da Muzema. Nesse sentido, as supostas práticas criminosas têm o condão de expor a risco potencial extensa quantidade de pessoas, visto que caracterizadas como de cunho coletivo (supostas construções em desacordo com as regras e os protocolos aplicáveis). Manifesto, portanto, o risco à ordem pública. A materialidade dos delitos perpetrados restou incontestada por força dos inúmeros laudos de exame de necropsia fornecidos pelo Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto e pelas certidões de óbito juntadas aos autos ao longo do inquérito policial, os quais apontam que as mortes das vítimas se deram em virtude de “ESFACELAMENTO CEREBRAL E HEMORRAGIA”; “ESMAGAMENTO DE TÓRAX, COM LESÕES VISCERAIS E HEMORRAGIA; SUFOCAÇÃO INDIRETA POR COMPRESSÃO TORÁCICA”; “HEMORRAGIA INTERNA E EXTERNA, LACERAÇÃO DE VASOS ILÍACOS A DIREITA”, “FRATURA COMINUTIVA CRÂNIO-FACIAL DEVIDO A SOTERRAMENTO”, conforme se verifica a fls.109/110, fls.111/112, fls.283/285, fls.375/376, a fls.377/378, a fls.385/387 e nos laudos de exame de lesão corporal de fls.144/146, fls.814/817. Também estão presentes robustos indícios de autoria delitiva, eis que todos os réus foram reconhecidos por diversas testemunhas. A vítima sobrevivente Luciano Paulo dos Santos prestou depoimento em sede policial, que consta a fls. 46/48 dos autos, reconhecendo o acusado Renato Siqueira Ribeiro como corretor e vendedor do imóvel por ele adquirido, reconhecendo, ainda, o acusado José Bezerra de Lira não só como o construtor e proprietário do imóvel em que residia, como também do imóvel que veio a desabar. A mesma testemunha juntou um vídeo, constante à fl. 149 dos autos, no qual informava ao acusado Renato sofre as avarias percebidas no imóvel adquirido durante uma forte chuva. Uma das vítimas sobreviventes, Francisco Alfredo Braga Freire, informou em seu depoimento de fls. 60/63, que adquiriu o imóvel que desabou do acusado Rafael Gomes da Costa, reconhecendo-o, inclusive, em sede policial, reconhecendo, também, o acusado José Bezerra de Lira como o construtor de ambos os imóveis que desabaram. A vítima sobrevivente Taiane Assis Feitoza também

reconheceu o réu Rafael Gomes da Costa como vendedor do imóvel, reconheceu o acusado José Bezerra de Lira como o construtor do imóvel por ela adquirido e reconheceu o acusado Renato Siqueira Ribeiro como também vendedor das unidades pertencentes ao réu José Bezerra de Lira, conforme seu depoimento de fls. 80/83. Não obstante, a testemunha Carolina de Andrade Ferreira, que também sofreu ferimentos, prestou depoimento a fls. 278/279 do feito, no qual afirma ter comprado o imóvel do acusado Rafael Gomes da Costa e que o construtor do prédio seria o acusado José Bezerra de Lira; contudo, era o próprio acusado Rafael quem controlava as obras. Constam, ainda, diversos outros relatos, tais como o da vítima Evaldo Vieira Silva, prestado a fls. 313/314, no sentido de que reconhece o acusado Renato Siqueira Ribeiro como vendedor do imóvel e o acusado José Bezerra de Lira como construtor do empreendimento. Além disso, há farta prova documental comprovando o envolvimento dos acusados Renato e José nas negociações envolvendo os imóveis que desmoronaram, conforme documentos de fls. 363/366, fls. 372/373, fls. 390/391, fls. 712/713, os quais comprovam o envolvimento dos acusados nas negociações envolvendo os imóveis. Não obstante, há nos autos, especialmente no termo de informação constante a fls. 887/895, que os requeridos não diligenciaram para verificar se os terrenos, nos quais foram construídos os prédios que desmoronaram em 12/04/2019, eram adequados à construção das edificações realizadas pelos réus. Além disso, foram realizadas notificações dos órgãos de fiscalização informando que a área era imprópria para construção, permanecendo os acusados, entretanto, com suas práticas. Além do exposto, a prisão cautelar se faz necessária para garantia da ordem econômica, a fim de evitar que se perpetuem as condutas dos réus, que, segundo indícios, expunham a risco os bens jurídicos da vida e da integridade física, como também o patrimônio das mesmas, visto que estas investiram quantias significativas na aquisição das unidades condominiais que desabaram. Nesse sentido, as condutas perpetradas têm potencial para lesar patrimônios de grande número de vítimas visto que possuem natureza difusa. Além disso, a custódia cautelar dos réus se mostra imprescindível para assegurar a futura e eventual aplicação da lei penal e para conveniência da instrução criminal, pois, por período considerável de tempo os acusados permaneceram foragidos, estando nessa condição, ainda, o acusado José. No segundo caso, entendendo que, se colocados em liberdade, os acusados poderão atemorizar as testemunhas e as vítimas sobreviventes, impedindo a adequada coleta de provas, o que resta evidenciado ao se analisar os autos e aferir que ao menos duas testemunhas ouvidas em sede policial, Luciano Paulo e Evaldo Vieira, foram coagidas por pessoas ligadas a

um dos réus a alterarem seus depoimentos. Nesse sentido, verifico que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, incisos I a IX do CPP, mostram-se insuficientes e inadequadas para coibir as ações dos acusados, de modo que as prisões preventivas dos denunciados não se mostram desproporcionais ao caso. Em face do exposto, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA em desfavor dos acusados José Bezerra de Lira, Rafael Gomes da Costa e Renato Siqueira Ribeiro, com base no que determinam os artigos 312 e 313, ambos do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011. (e-STJ, fls. 124-125 e 54)

Assim, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*).

Na hipótese, observa-se que o Tribunal de origem trouxe fundamentos válidos para a manutenção da prisão cautelar, na medida em que destacou que se apuram os homicídios de 24 pessoas e 3 delitos de lesão corporal gravíssima, decorrentes do desabamento dos edifícios 93-B e 93-C da Comunidade de Muzema no Rio de Janeiro, onde há indícios de elevado grau de envolvimento do paciente com o referido empreendimento imobiliário, na medida em que sua função não se resumia apenas à venda das respectivas unidades, mas também ao controle das obras das edificações, segundo os depoimentos das testemunhas sobreviventes da tragédia.

Pontuou-se também que o paciente, juntamente com os corréus, não diligenciaram para verificar se os terrenos nos quais foram construídos os prédios que desmoronaram eram adequados à construção das edificações, mas ao contrário, há notícias nos autos que foram realizadas notificações dos órgãos de fiscalização informando que a área era imprópria para construção, permanecendo os acusados, entretanto, com suas práticas.

A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que se mostra válida a segregação provisória imposta com o fim de assegurar a ordem pública, quando constatada a periculosidade concreta do agente, evidenciada no *modus operandi* do delito, como no caso em apreço.

Demais disso, o decreto preventivo funda-se na conveniência da instrução criminal, tendo em vista que ao menos duas testemunhas ouvidas em sede policial teriam sido coagidas a alterar seus depoimentos.

Nesse sendo, confirmam-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO
TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. *MODUS*

OPERANDI. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. TENTATIVA DE CONFUNDIR E PREJUDICAR AS INVESTIGAÇÕES. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. EXCESSO DE PRAZO SUPERADO. SÚMULA Nº 21/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

2. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* empregado, pois o recorrente e outros 4 indivíduos, em tese, planejaram o crime, monitoraram a vida da vítima, a seguiram, quando a mesma se dirigia ao trabalho, e efetuaram diversos disparos de arma de fogo ocasionando a morte do ofendido, tudo em razão de desavenças anteriores ocorridas entre a vítima e um dos corréus que namorava a sua filha.

3. O temor demonstrado pelas testemunhas, revelando que a manutenção do recorrente em liberdade consiste em fator de intimidação social imposta sobre os moradores da região, é circunstância apta a justificar a prisão como forma de manutenção da ordem pública e para possibilitar a realização da instrução criminal.

4. Por fim, a custódia cautelar foi fundada também na necessidade de resguardar a instrução criminal, na medida em que “os áudios obtidos, através de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente, apresentam diversos ardis arquitetados pelos denunciados, para confundir e prejudicar as investigações criminais”. A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para garantir a ordem pública e a instrução criminal.

5. As condições subjetivas favoráveis do recorrente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

7. Proferida a sentença de pronúncia, fica superado o alegado excesso de prazo, nos termos da Súmula nº 21/STJ.
8. Recurso improvido. (RHC 120.115/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020)

HABEASCORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. NEGATIVA DO RÉU RECORRER EM LIBERDADE. REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. PLURALIDADE DE RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. SÚMULA 21/STJ. NEGATIVA DE AUTORIA, MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELA DEFESA. MATÉRIA SUBMETIDA A EXAME EM SEDE RECURSAL PRÓPRIA.

1. Ampla e suficientemente fundamentada a determinação de prisão cautelar, em consonância com a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Devidamente demonstrados os indícios de autoria e a materialidade delitiva, bem como justificada a periculosidade do paciente, observado o *modus operandi*, com pluralidade de agentes, além da possibilidade de reiteração criminosa, ostentando o paciente condenação anterior.
2. Excesso de prazo regularmente afastado, não se configurando desídia do julgador na condução do feito, além de incidente ao caso a Súmula 21/STJ: pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.
3. Inviável a ampla análise de fatos e das provas nos autos de *habeas corpus* como pretendem os impetrantes ao defenderem a tese de negativa de autoria também já sustentada no recurso em sentido estrito, desprovido na Corte de origem, em 6/6/2019, sendo interpostos os respectivos recursos especial e extraordinário. Tese já submetida à análise em sede recursal própria.
4. Ordem denegada. (HC 543.681/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NOS TERMOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE ACENTUADA DA CONDUTA EM TESE PERPETRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES

ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Inexiste constrangimento ilegal quando a prisão preventiva está fundada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, abalada pelo *modus operandi* empregado na conduta ilícita.

2. No caso, as circunstâncias em que perpetrado, em tese, o delito – no qual o acusado surpreendeu o ofendido, seu primo, dificultando a sua defesa e efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima em plena luz do dia e em via pública, evadindo-se do local dos fatos a seguir – evidenciam a ousadia e a maior periculosidade do acusado, mostrando que a prisão é mesmo devida para o fim de acautelar-se o meio social, evitando-se, inclusive, com a medida, a reprodução de fatos criminosos de igual natureza e gravidade, risco que se pode afirmar concreto, dada a forma pela qual o crime foi cometido.

3. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Recomenda-se, entretanto, de ofício, ao Juízo processante que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei nº 13.964/2019. (AgRg no RHC 118.955/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE SOCIAL DO PACIENTE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA À TESTEMUNHA PRESENCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A alegação de inexistência de indícios de autoria não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça na presente via por pressupor revolvimento de fatos e provas, providência vedada

no âmbito do *writ* e do recurso ordinário que lhe faz as vezes. 2. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal. 3. Na espécie, a prisão cautelar foi imposta notadamente em razão da periculosidade social do paciente e da gravidade concreta do delito, já que salientou o Magistrado de piso que o crime de homicídio foi praticado “em razão de litígio entre criminosos, impulsionados por motivo torpe e com o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima”. Mencionou o Juízo de primeiro grau, ainda, que o paciente ameaçou de sequestro e morte a testemunha presencial Guilherme, “caso contasse à Polícia o que viu no dia dos fatos”, o que reforça a sua periculosidade. Aliás, não há como se olvidar que a referida ameaça acaba por exigir a custódia cautelar do paciente também para a conveniência da instrução criminal, por configurar repudiada tentativa de obstrução da colheita da prova, sobretudo a oral, pois, consoante salientado pelo Juiz do processo, pode o paciente “tornar a interferir no rumo das investigações, ao influenciar e coagir testemunhas, como se deu com Guilherme, arrolado pela acusação”. Portanto, mostra-se incólume de dúvidas que a prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública – ante a gravidade concreta da conduta e a periculosidade social do paciente – e para a conveniência da instrução criminal.

4. Constatado que a alegação de excesso de prazo não foi submetida ao crivo do Tribunal de origem, esta Corte está impedida de analisar o tema sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 456.006/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 19/09/2018)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. TESTEMUNHAS COAGIDAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXCESSO DE

PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. PLEITO NÃO ANALISADO NO ACÓRDÃO COMBATIDO.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. A prisão preventiva está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, para garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do delito, conveniência da instrução criminal, tendo em vista a notícia de que o paciente coagiu testemunhas.

4. Quanto ao excesso de prazo para formação da culpa, verifica-se que este pleito não foi objeto de análise pelo acórdão combatido, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 432.604/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018)

Nesse contexto, tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do paciente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura (RHC 81.745/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017; RHC 82.978/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017; HC 394.432/SP, Rel.^a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017).

Vale lembrar, ainda, que as condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, garantir a liberdade ao acusado, quando há, nos autos, elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema nos termos do art. 312 do CPP (HC 407.250/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017).

Quanto ao pleito de prisão domiciliar em razão de problemas de saúde enfrentados pelo paciente, extrai-se da decisão do Juízo processante, que indeferiu o pedido:

Do pedido de prisão domiciliar do acusado Rafael Gomes Esclareço, que recentemente foi analisado pedido semelhante apresentado pela defesa do referido acusado, o qual foi indeferido, conforme decisão de fls. 989/990.

As alegações defensivas restaram rechaçadas por força dos documentos apresentados a fls.1101/1114, os quais demonstram que o acusado vem recebendo tratamento médico adequado e já apresentou considerável melhora em seu quadro clínico, de modo que não há que se falar em desídia estatal em relação à saúde do réu. Por meio da documentação acostada junto ao Laudo Médico de fl.1101, a fls. 1102/1114, verifica-se que o acusado Rafael encontra-se afebril, eupneico e de sinais vitais estáveis, recebendo medicação para controle de sua glicemia, para controle de sua pressão e para o tratamento infeccioso que lhe acomete. Verifica-se, também, que o mencionado acusado vem recebendo acompanhamento médico desde o dia 25/07/2019, sendo seu acompanhamento realizado por médicos e enfermeiros.

Dessa forma, entendo que não houve qualquer alteração fática capaz de ensejar a concessão de prisão domiciliar ao acusado Rafael, devendo ser mantida a sua prisão cautelar, eis que a mesma se mostra necessária à manutenção da ordem pública, da ordem econômica, para assegurar a eventual aplicação da lei penal e para conveniência da instrução criminal, nos termos das decisões de fls. 903/906 e 989/990, razão pela qual MANTENHO a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado RAFAEL GOMES DA COSTA e INDEFIRO o pedido de prisão domiciliar. (e-STJ, fl. 126)

A Corte de origem entendeu que:

Logo, o cerne da questão se refere ao real estado de saúde do paciente, bem como se o atendimento médico prestado pelo Estado se apresentaria suficiente a lhe proporcionar um adequado tratamento.

No caso em exame, dúvida não há de que a MM. Juíza vem se mostrando atenta ao estado de saúde do paciente, em favor de quem já determinou diversas medidas urgentes para lhe garantir um atendimento médico adequado à sua enfermidade, inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos necessários ao seu bem-estar, além da expedição de ofício ao diretor da unidade prisional onde se encontra acautelado o paciente, bem como ao diretor do nosocômio responsável pelo tratamento.

Soma-se a isso a melhora apresentada pelo paciente, que restou atestada por laudo médico e diversos documentos juntados aos autos originários, o que evidencia que a prisão cautelar não configura uma medida que possa privar o paciente de um tratamento médico adequado. (e-STJ, fls. 67-68, grifou-se.)

Assim, verifica-se que o entendimento esposado pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que para a substituição da prisão preventiva por domiciliar deve haver comprovação inequívoca de que o tratamento médico imprescindível para a saúde do acusado não pode ser ministrado no estabelecimento prisional de forma adequada e eficiente, o que não se encontra demonstrado *in casu*.

Ilustrativamente:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DOENÇA GRAVE. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. EXTREMA DEBILIDADE. NÃO COMPROVADA. PACIENTE QUE SE RECUSA A TOMAR OS MEDICAMENTOS MINISTRADOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. TRATAMENTO ADEQUADO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. A possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao julgador, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e a adequação da medida. (RHC nº 94.116/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018)

2. A negativa da prisão domiciliar foi lastreada na ausência de comprovação da extrema debilidade, conforme exigência do inciso II do art. 318 do CPP, assim como pelo fato de a própria paciente ter se recusado a tomar os remédios indicados para o tratamento de suas patologias. Frise-se, ademais, que a paciente já está recebendo tratamento adequado no estabelecimento prisional.

3. Ademais, “não existir comprovação de que o estabelecimento prisional em que se encontra o inculpado não poderia prestar tratamento ou acompanhamento médico, motivação que, para ser afastada, exig[e-se] revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via escolhida.” (RHC nº 94.116/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018) 4. Ordem denegada. (HC 527.491/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. TESE EXAMINADA NO RHC 87.279/CE. PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A alegação de ausência de motivos legais para a prisão preventiva do recorrente já foi examinada pela Quinta Turma, no RHC 87379/CE, configurando, portanto, mera reiteração de pedido.

2. “O deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra”. (RHC nº 58.378/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 25/8/2015)

3. No caso, o Tribunal entendeu que o acusado deveria permanecer internado cautelarmente até a conclusão pericial acerca da sua imputabilidade ou do efetivo controle de sua periculosidade. Ainda, embora tenha juntado alguns documentos atestando que o paciente enfrenta problemas de saúde, não há qualquer comprovação de que esteja extremamente debilitado e que não há possibilidades de receber tratamento médico no estabelecimento em que se encontra.

Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente conhecido e desprovido. (RHC 117.628/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019)

Com efeito, no caso, na ausência da efetiva comprovação da situação de uma extrema debilidade do paciente em decorrência de doença grave ou da ineficiência estatal na disponibilização do tratamento de saúde no estabelecimento prisional, não se vislumbra qualquer situação excepcional justificadora da concessão da prisão domiciliar.

Ademais, entendimento em contrário demandaria a análise de matéria fático-probatória, inviável na via eleita.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DELITIVAS. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS.

ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DO ERGÁSTULO. NÃO APLICAÇÃO NA HIPÓTESE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO INCIDÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS. AUSÊNCIA. ENTENDIMENTO DIVERSO DO COLEGIADO FEDERAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

3. *A possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao julgador, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida.*

4. *In casu, embora seja portadora de problema de saúde, a insurgente não preenche os requisitos legais necessários para o encarceramento domiciliar (art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal), pois, conforme consignou a instância precedente, a custódia preventiva seria a mais adequada ao caso, em razão da gravidade concreta dos delitos supostamente praticados, sendo que a defesa não logrou comprovar que a acusada estaria extremamente debilitada em razão de doença grave, motivação que, para ser afastada, exigir-se-ia revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via escolhida.*

5. Recurso a que se nega provimento. (RHC 92.958/MS, Rel.^a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. NATUREZA DELETÉRIA DA SUBSTÂNCIA CAPTURADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE DIFERENCIADA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E DEVIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. EXTREMA DEBILIDADE DO RÉU POR MOTIVO DE DOENÇAS GRAVES E IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER TRATAMENTO MÉDICO NO CÁRCERE. FALTA DE COMPROVAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 318, INCISO II, DO CPP. NÃO PREENCHIMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA SUMÁRIA ELEITA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade das condutas incriminadas.

[...] 4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva das infrações denunciadas.

5. *Não comprovada a extrema debilidade do recluso por motivo de doença grave e tampouco a impossibilidade de tratamento de saúde adequado no estabelecimento prisional, inviável a sua colocação em prisão domiciliar, nos termos do que dispõe o art. 318, inciso II, do CPP. Precedentes.*

6. *A reforma do entendimento firmado pelas instâncias de origem, quanto à ausência de demonstração dos requisitos indispensáveis para a concessão da prisão domiciliar na espécie, demandaria o exame de matéria fático-probatória, providência vedada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.*

7. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RHC 77.030/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017, grifou-se.)

Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus*. Entretanto, recomenda-se de ofício ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Rio de Janeiro que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei nº 13.964/2019. Recomenda-se, igualmente, celeridade.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0325221-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC nº 542.780 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00594414320198190000 037442019 37442019
594414320198190000**

EM MESA

JULGADO: 10/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA E OUTRO

ADVOGADOS: JAIME ANGELO NONATO FUSCO - RJ109456

GLEICIANE JANAINA DE ALMEIDA - RJ115920

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA (PRESO)

CORRÉU: JOSÉ BEZERRA DE LIRA

CORRÉU: RENATO SIQUEIRA RIBEIRO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). JAIME ANGELO NONATO FUSCO, pela parte PACIENTE: RAFAEL GOMES DA COSTA e o MPF

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, com recomendação.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 1.015.695 / RIO DE JANEIRO
(2016/0298408-0)**

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: NÚBIA COZZOLINO

ADVOGADO: JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CABIMENTO DE ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS OUTROS QUE NÃO OS RELACIONADOS AO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO, NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DOS ENUNCIADOS Nº 283 E Nº 284 DA SÚMULA DO STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73.

I - Na origem, trata-se de ação rescisória contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, recebendo o recurso de apelação cível, optou pela manutenção parcial da sentença anteriormente proferida quanto à ação civil pública por improbidade administrativa. À época, o *Parquet* estadual, ante o descumprimento de ordem judicial que determinou o pagamento das gratificações fiscais no Mandado de Segurança nº 2005.029.000470-5, apresentou a referida ação por improbidade.

II - Sustenta-se, em síntese, que os efeitos do acórdão devem ser afastados até a liquidação de sentença no *Mandamus* nº 2005.029.000470-5, cujo processo perdura por anos, visto o fato da inexistência de prejuízo ao erário quando a demandante ocupou o cargo de chefe do Executivo municipal de Magé-RJ.

III - No mais, solicita a realização de perícia contábil com o fito de registrar a diferença entre os valores pagos pelo referido município com aqueles repassados aos cofres da prefeitura por meio dos autos de infração de cada fiscal, no propósito de tomar ciência do número de dias multas que deverão ser pagos.

IV - Aponta, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* na presente demanda, haja vista o fato de a autora estar impedida de assumir cargo público, ter seus bens bloqueados, bem como estar impossibilitada de atuar na vida política da comunidade, seja por meio do direito ao voto ou de ser eleita.

V - No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro nos arts. 490, I, 295, parágrafo único, I e III, do Código de Processo Civil de 2015, julgou extinto o feito. A decisão foi mantida no julgamento colegiado. Nesta Corte não se conheceu do recurso especial.

VI - Sustenta a parte recorrente que o acórdão violou os arts. 364, 365 e 459 do CPC/1973 e os arts. 10 e 12 da Lei nº 8.429/92.

VII - O recurso especial não merece conhecimento quanto a este ponto. Segundo entendimento desta Corte em ação rescisória, o recurso especial interposto só pode versar sobre violação do previsto nos arts. 485 a 495 do CPC de 1973, correspondentes aos arts. 966 a 975 do CPC de 2015. Nesse sentido: EREsp nº 28.565-RJ, Corte Especial, 16.10.90; REsp nº 41.619/RJ, RSTJ 96, p. 308. Nesse sentido também: REsp nº 196.478/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1º/4/2008, DJe 19/5/2008; REsp nº 741.753/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 9/5/2006, DJ 7/8/2006, p. 234; AgInt no AREsp nº 1.178.062/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1º/3/2018, DJe 6/3/2018.

VIII - A respeito da alegação de violação do art. 485, VIII, do CPC/73, sustenta a parte recorrente, ora agravante, que há documento novo obtido após a sentença (fl. 484). Alega também que o acórdão, objeto do recurso especial, não enfrentou a violação do inciso IX do art. 485 (fl. 486). A partir daí a parte recorrente alega também violação dos arts. 1, 128, 459 e 460 do CPC/73. Quanto a estes dispositivos, incide o mesmo óbice processual ao cabimento do recurso especial referido anteriormente.

IX - Com relação às alegações de violação do art. 485, VIII e IX, a parte recorrente, ora agravante, afirma que o acórdão não se pronunciou sobre a matéria. Todavia, o acórdão que julgou a ação rescisória tratou especificamente dos pontos, ao indicar que a ação rescisória não seria o meio adequado para o enfrentamento das alegações.

X - Assim, as razões recursais apresentadas pela parte recorrente estão dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido. No recurso especial, o recorrente insurge-se quanto à ausência de tratamento da matéria, enquanto, no acórdão recorrido, houve o tratamento das questões.

XI - Dessa forma, o fundamento de que a ação rescisória não se presta para a análise das alegações relacionadas à execução, utilizado de forma suficiente para manter a decisão proferida no Tribunal *a quo*, não foi rebatido no apelo nobre, o que atrai, por analogia, os óbices das Súmulas nº 283 e 284, ambas do STF.

XII - A petição de recurso especial com 80 páginas finda com pedidos relacionados à violação do art. 535 do CPC/73. Não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

XIII - Conforme entendimento pacífico desta Corte: “O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. [EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.]”

XIV - De fato o acórdão objeto do recurso especial analisou todas as alegações da parte recorrente, não havendo qualquer omissão a ser sanada.

XV - Considerando que o processo já foi pautado e está em julgamento, ficam prejudicados os pedidos para inclusão em pauta.

XVI - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro

Relator. Brasília (DF), 17 de outubro de 2019 (Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.015.695 / RIO DE JANEIRO (2016/0298408-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de ação rescisória com pedido de antecipação da tutela oposta por Núbia Cozzolino contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, recebendo o recurso de apelação cível, optou pela manutenção parcial da sentença anteriormente proferida quanto à ação civil pública por improbidade administrativa. À época, o *Parquet* estadual, ante o descumprimento de ordem judicial que determinou o pagamento das gratificações fiscais no Mandado de Segurança 2005.029.000470-5, apresentou a referida ação.

Sustenta-se, em síntese, que os efeitos do acórdão devem ser afastados até a liquidação de sentença no *Mandamus* nº 2005.029.000470-5, cujo processo perdura por anos, visto o fato da inexistência de prejuízo ao erário quando a demandante ocupou o cargo de chefe do Executivo municipal de Magé-RJ.

No mais, solicita a realização de perícia contábil com o fito de registrar a diferença entre os valores pagos pelo referido município com aqueles repassados aos cofres da prefeitura por meio dos autos de infração de cada fiscal, no propósito de tomar ciência do número de dias multas que deverão ser pagos.

Aponta, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* na presente demanda, haja vista o fato de a autora estar impedida de assumir cargo público, ter seus bens bloqueados, bem como estar impossibilitada de atuar na vida política da comunidade, seja por meio do direito ao voto ou de ser eleita.

À causa foi arbitrado o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Em decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro nos arts. 490, I, 295, parágrafo único, I e III, do Código de Processo Civil de 2015, julgou extinto o feito.

Posteriormente, Núbia Cozzolino apresentou recurso de agravo regimental (fls. 257/285), ao qual se negou provimento (fls. 301/307), nos seguintes termos ementados:

Agravo Regimental em Ação Rescisória julgada extinta. Agravante que sofreu condenação pecuniária em Ação Civil Pública por improbidade administrativa. MANUTENÇÃO. Argumentos que não podem prosperar, pois não há necessidade de prova pericial. A sentença e acórdãos atacados apontaram valor líquido, sendo tema próprio da liquidação do julgado. Quanto à sustentação com base no fato alegado de que o Município não teve prejuízo a justificar a condenação, isso foi tratado no acórdão da 2ª Câmara Cível, não podendo a Rescisória ser considerada como terceira

instância recursal. Feito que já se encontra na fase de liquidação.
DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Apresentaram-se embargos de declaração (fls. 309/328), os quais foram rejeitados (fls. 370/373).

Desse modo, Núbia Cozzolino opôs recurso extraordinário com fulcro no art. 102, III, da Constituição e art. 544 do Código de Processo Civil de 2015, bem como recurso especial, fundamentando-o com base no art. 105, III, *a*, da Lei Maior.

Sustentando violação dos arts. 2º, 128, 364, 365, 459, parágrafo único, e 460 do Código de Processo Civil de 2015, e reafirmando a fundamentação outrora apresentada de maneira quase fiel, aponta que: a) o Município de Magé-RJ, ante o fato de não realizar o pagamento de qualquer multa processual após todo o período em que tramitam estes autos, não sofreu prejuízo, afastando, assim, o argumento de enriquecimento ilícito dos agentes; b) quando da manifestação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acerca de embargos de declaração, este deixou de pronunciar-se em relação à ausência de pagamento de multas processuais pelo município, bem como desconsiderou o enunciado pelo art. 12, II, da Lei nº 8.429/92, dispositivo que requer o prejuízo certo, e não hipotético, em sua aplicação; c) inexistiu prejuízo ao erário quando a demandante ocupou o cargo de Prefeito daquela municipalidade; d) não houve descumprimento da ordem judicial acerca do pagamento de gratificações fiscais, bem como inexistem *astreintes* a ser pagas pelo município; e) o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* deixou de aferir a certidão cartorária e a resposta da prefeitura local quando da liquidação de sentença, sendo, portanto, *infra petita* (fls. 430/509).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões ao recurso excepcional ora apresentado (fls. 523/533).

Em juízo de admissibilidade, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro inadmitiu o recurso apresentado (fls. 549/556).

A fim de possibilitar a subida do apelo à análise do Superior Tribunal de Justiça, Núbia Cozzolino apresentou recurso de agravo (fls. 623/652).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 703/706), em parecer assim ementado:

Agravo Regimental. Ação Rescisória. Improbidade Administrativa. Alegação de ausência de liquidação de sentença. Suposta ausência de prejuízo ao erário. Impossibilidade. Súmulas 7/STJ, 284 e 279 do STF. Pelo desprovimento do agravo, à míngua do Recurso Especial subjacente.

Em decisão monocrática, não se conheceu do recurso especial.

Interposto agravo interno.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.015.695 / RIO DE JANEIRO (2016/0298408-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O recurso não merece provimento.

Sustenta a parte recorrente que o acórdão violou dos arts. 364, 365 e 459 do CPC/1973 e dos arts. 10 e 12 da Lei nº 8.429/92.

O recurso especial não merece conhecimento quanto a este ponto. Segundo entendimento desta Corte em ação rescisória, o recurso especial interposto só pode versar sobre violação do previsto nos arts. 485 a 495 do CPC de 1973, correspondentes aos arts. 966 a 975 do CPC de 2015. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL EM QUE SE ALEGA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS OUTROS QUE NÃO DOS ARTS. 485 A 495 DO CPC/73. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA COM PRETENSÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - Aplica-se ao recurso especial o disposto no enunciado administrativo nº 2 da Súmula do STJ, segundo o qual: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

II - Em sede de ação rescisória, o recurso especial interposto só pode versar sobre violação ao previsto nos artigos 485 a 495 do CPC de 1973, correspondentes aos artigos 966 a 975 do CPC de 2015. Nesse sentido: “(...) a pretensa violação que enseja o especial deve situar-se no âmbito da própria rescisória, e não na causa que ensejou, em tese, o ajuizamento daquela. A não se entender assim, estar-se-ia colocando à disposição da parte duas vias excepcionais para impugnar uma mesma situação” (REsp 28.565-RJ, Corte Especial, 16.10.90; REsp 41.619/RJ, RSTJ 96, p. 308). Nesse sentido também: REsp 196.478/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 19/05/2008; REsp 741.753/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2006, DJ 07/08/2006, p. 234.

III - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp nº 1.178.062/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1º/3/2018, DJe 6/3/2018)

A respeito da alegação de violação do art. 485, VIII, do CPC/73, sustenta a parte recorrente, ora agravante, que há documento novo obtido após a sentença (fl. 484). Alega também que o acórdão, objeto do recurso especial, não enfrentou a violação do inciso IX do art. 485 (fl. 486). A partir daí, a parte recorrente alega também violação dos arts. 1º, 128, 459 e 460 do CPC/73. Quanto a estes dispositivos, incide o mesmo óbice processual ao cabimento do recurso especial referido anteriormente.

Com relação às alegações de violação do art. 485, VIII e IX, a parte recorrente ora agravante afirma que o acórdão não se pronunciou sobre a matéria. Todavia, o acórdão que julgou a ação rescisória tratou especificamente dos pontos ao indicar que a ação rescisória não seria o meio adequado para o enfrentamento das alegações, conforme se confere dos seguintes trechos:

Como se vê, a perícia contábil indeferida foi decisão que refoge ao âmbito do acórdão, cuja rescisão se pretende por se tratar de interlocutória proferida na fase de liquidação, estando fora do âmbito do art. 485 do Código de Processo Civil.

Quanto à rescisão do acórdão da 2ª Câmara Cível que condenou a agravante à multa civil, a fundamentação trazida foi a de que “(...) o Município não experimentou qualquer prejuízo” (fl. 247), mas esse tema foi tratado no acórdão impugnado, sendo certo que o ente Municipal sequer foi parte na Ação Civil Pública que foi movida pelo Ministério Público em face apenas de Núbia Cozzolino, que restou condenada por improbidade administrativa. Para tal, basta a leitura do acórdão do Des. Maurício Caldas Lopes que diz:

[...]

Logo, a matéria foi devidamente analisada pela Câmara não restando demonstrado qualquer erro de fato a justificar o ajuizamento da rescisória.

E sabido que a sustentação com base no erro de fato não permite a produção de provas, já que ele deve ser caracterizado com aquelas já existentes nos autos, como definido pela Suprema Corte:

[...]

Idem o envio dos autos ao Contador Judicial ou nomeação de perito contábil.

É de conhecimento pleno que não é possível utilizar-se de ação Rescisória para criar uma “terceira instância recursal”.

O que está patente é que os fatos narrados na exordial não têm nenhuma adequação aos dispositivos restritivos do art. 485 do diploma processual, a fim de ensejar o pleito rescisório.

Assim, as razões recursais apresentadas pela parte recorrente estão dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido. No recurso especial, o recorrente insurge-se quanto à ausência de tratamento da matéria, enquanto, no acórdão recorrido, houve o tratamento das questões.

Dessa forma, o fundamento de que a ação rescisória não se presta para a análise das alegações relacionadas à execução, utilizado de forma suficiente para manter a decisão proferida no Tribunal *a quo*, não foi rebatido no apelo nobre, o que atrai os óbices das Súmulas nº 283 e 284, ambas do STF, *in verbis*:

Súmula nº 283.

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula nº 284

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

A petição de recurso especial com 80 páginas finda com pedidos relacionados à violação do art. 535 do CPC/73. Não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

Conforme entendimento pacífico desta Corte:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. [EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016]

De fato, o acórdão, objeto do recurso especial, analisou todas as alegações da parte recorrente, não havendo qualquer omissão a ser sanada.

Considerando que o processo já foi pautado e está em julgamento, ficam prejudicados os pedidos para inclusão em pauta.

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida que não conheceu do recurso especial, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp nº 1.015.695 / RJ

Número Registro: 2016/0298408-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**Números Origem: 00031814420058190029 00602247420158190000
201624508972**

PAUTA: 03/04/2018

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: NÚBIA COZZOLINO

ADVOGADOS: JOSE MARCOS MOTTA RAMOS - RJ073027

MICHELLE MACEDO DELUCA ALVES - RJ141416

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Atos Administrativos - Improbidade Administrativa**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: NÚBIA COZZOLINO

ADVOGADOS: JOSE MARCOS MOTTA RAMOS - RJ073027

MICHELLE MACEDO DELUCA ALVES - RJ141416

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

AgInt no AREsp nº1.015.695 / RJ

Número Registro: 2016/0298408-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**Números Origem: 00031814420058190029 00602247420158190000
201624508972**

PAUTA: 17/10/2019

JULGADO: 17/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: NÚBIA COZZOLINO

ADVOGADO: JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Atos Administrativos - Improbidade Administrativa**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: NÚBIA COZZOLINO

ADVOGADO: JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães 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 ARTAVIA MURILLO E OUTROS ("FECUNDAÇÃO IN VITRO") VS. COSTA RICA

SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No Caso *Artavia Murillo e outros* ("Fecundação in vitro"),
a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:¹

Diego García-Sayán, Presidente;
Leonardo A. Franco, Juiz;
Margarette May Macaulay, Juíza;
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;
Alberto Pérez Pérez, Juiz, e
Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada "a Convenção" ou "a Convenção Americana") e os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte² (doravante denominado "o Regulamento"), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

TABELA DE CONTEÚDO

- I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA
- II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

¹ Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 3 *infra*), que estabelece que "[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção Americana, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação, quando sejam nacionais do Estado demandado", o Vice-Presidente da Corte, Juiz Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidade costarriquenha, não participou na tramitação do presente caso nem na deliberação e assinatura desta Sentença.

² Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009, o qual, em conformidade com seu artigo 78, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.

III. EXCEÇÕES PRELIMINARES

A) Falta de esgotamento dos recursos internos

B) Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña

C) Incompetência da Corte para conhecer “fatos novos não incluídos” nos “fatos da demanda”

IV. COMPETÊNCIA

V. PROVA

A) Prova documental, testemunhal e pericial

B) Admissibilidade da prova

B.1) Admissibilidade da prova documental

B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas e da prova testemunhal e pericial

VI. FATOS

A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação *in Vitro*

B) O Decreto Executivo

C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000

D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza

E) Projetos de lei

F) Situação particular das supostas vítimas

F.1) Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo

F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón

F.3) Oriéster Rojas e Julieta González

F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Makloun

F.5) Geovanni Vega e Joaquinita Arroyo

F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras

F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León

F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia

VII. CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE O OBJETO DO PRESENTE CASO

VIII. DIREITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR E DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PESSOAL, À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, AO DIREITO A GOZAR DOS BENEFÍCIOS DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO E AO PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

A) Alcance dos Direitos à Integridade Pessoal, à Liberdade Pessoal e à Vida Privada e Familiar no Presente Caso

- B) Efeitos da proibição absoluta da FIV
 - C) Interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso
 - C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos
 - C.2) Interpretação sistemática e histórica
 - C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos
 - C.2.b) Sistema Universal de Direitos Humanos
 - C.2.c) Sistema Europeu de Direitos Humanos
 - C.2.d) Sistema Africano de Direitos Humanos
 - C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática
 - C.3) Interpretação evolutiva
 - C.3.a) O *status* jurídico do embrião
 - C.3.b) Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado
 - C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado
 - C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1
 - D) Proporcionalidade da medida de proibição
 - D.1) Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso
 - D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica
 - D.2.a) Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade
 - D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero
 - D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica
 - D.3) Controvérsia sobre a alegada perda embrionária
 - D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida
 - E) Conclusão final sobre o mérito do caso
- IX. REPARAÇÕES
- A) Parte lesada
 - B) Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição
 - B.1) Medidas de reabilitação psicológica
 - B.2) Medidas de satisfação: publicação da Sentença
 - B.3) Garantias de não repetição
 - B.3.1) Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV
 - B.3.2) Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva
 - B.3.3) Outras medidas solicitadas
 - C) Indenização compensatória por dano material e imaterial

C.1) Dano material

C.2) Dano imaterial

D) Custas e gastos

E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

X. PONTOS RESOLUTIVOS

Voto concordante do Juiz Diego García-Sayán

Voto dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 29 de julho de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) apresentou à jurisdição da Corte Interamericana o escrito de submissão do caso 12.361, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, contra o Estado da Costa Rica (doravante “o Estado” ou “Costa Rica”). A petição inicial foi apresentada perante a Comissão Interamericana em 19 de janeiro de 2001, pelo senhor Gerardo Trejos Salas. Em 11 de março de 2004, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 25/04.³ Em 14 de julho de 2010, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 85/10,⁴ em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado também “o Relatório de Mérito” ou “o Relatório nº 85/10”), no qual realizou uma série de recomendações ao Estado. Depois de conceder três extensões de prazo ao Estado para o cumprimento destas recomendações, a Comissão decidiu apresentar o caso à Corte. A Comissão designou como delegados o Comissário Rodrigo Escobar Gil e o então Secretário Executivo Santiago A. Canton, e designou como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi e Rosa Celorio.

2. A Comissão afirmou que o caso se refere a alegadas violações de direitos humanos que haveriam ocorrido como consequência da suposta proibição geral de realizar a Fecundação *in vitro* (doravante denominada “FIV”), que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (doravante denominada “Sala Constitucional”) deste país. Entre outros aspectos, foi alegado que esta proibição absoluta constituiu uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e

³ Neste Relatório, a Comissão Interamericana declarou admissível a petição em relação à suposta violação dos artigos 11, 17 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado. Cf. Relatório de Admissibilidade nº 25/04, Caso 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos e outros, Costa Rica, 11 de março de 2004 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos do representante Gerardo Trejos, tomo I, anexo 2, folhas 3900 a 3914). Neste relatório, a Comissão declarou “inadmissível a denúncia em relação às empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. e Instituto Costarricense de Fertilidade”.

⁴ 4 Relatório de Mérito nº 85/10, Caso 12.361, Grettel Artavia Murillo e outros, Costa Rica, 14 de julho de 2010 (expediente de mérito, folhas 7 a 37).

a formar uma família. Além disso, alegou-se que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhas ou filhos biológicos. Além disso, este impedimento teria produzido um impacto desproporcional nas mulheres.

3. A Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste instrumento, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

II

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

4. Em 29 de agosto e em 14 de setembro de 2011, o senhor Boris Molina Acevedo enviou à Corte as procurações de representação de 12 supostas vítimas.⁵

5. Em 31 de agosto de 2011, o senhor Trejos Salas enviou à Corte as procurações de representação de seis supostas vítimas.⁶

6. A submissão do caso foi notificada ao Estado e aos representantes em 18 de outubro de 2011. Tendo em consideração que os representantes das supostas vítimas não chegaram a um acordo sobre a designação de um interveniente comum, o Presidente da Corte, em aplicação do artigo 25.2 do Regulamento da Corte, dispôs a designação dos senhores Molina Acevedo e Trejos Salas como intervenientes comuns com participação autônoma.

7. Em 19 de dezembro de 2011, os intervenientes comuns apresentaram à Corte seus respectivos escritos de petições, argumentos e provas (doravante denominado "escrito de petições e argumentos"), em conformidade com o artigo 40 do Regulamento do Tribunal. Os intervenientes comuns coincidiram em geral com o alegado pela Comissão. O representante Molina alegou a violação dos artigos 17.2, 11.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa. O representante Trejos Salas alegou a violação dos

⁵ Supostas vítimas: Ileana Henchoz Bolaños, Joaquinita Arroyo Fonseca, Julieta González Ledezma, Karen Espinoza Vindas, Enrique Acuña Cartín, Carlos E. Vargas Solórzano, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Giovanni Antonio Vega Cordero, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Víctor Hugo Sanabria León, e María del Socorro Calderón Porras.

⁶ Supostas vítimas: Germán Alberto Moreno Valencia, Miguel Gerardo Mejías Carballo, Grettel Artavia Murillo, Ana Cristina Castillo León, Claudia Carro Macklouf, e Andrea Bianchi Bruna.

artigos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa.

8. Em 30 de abril de 2012, a Costa Rica apresentou à Corte seu escrito de exceções preliminares, contestação ao escrito de submissão do caso e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação”). Neste escrito, o Estado apresentou duas exceções preliminares e alegou a inexistência de violações de direitos humanos no presente caso. O Estado designou como Agente Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República e, como co-Agente, Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Geral Adjunta da República.

9. Em 8 de maio de 2012, Huberth May Cantillano comunicou que as supostas vítimas representadas por Gerardo Trejos Salas o haviam designado como novo representante, em razão do falecimento do senhor Trejos. Além disso, anexou as respectivas procurações.

10. Em 22 e 21 de junho de 2012, a Comissão Interamericana e os intervenientes comuns apresentaram, respectivamente, suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado (par. 8 *supra*).

11. Por meio da Resolução de 6 de agosto de 2012,⁷ o Presidente da Corte ordenou receber as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de dois declarantes a título informativo, quatro supostas vítimas e sete peritos, as quais foram apresentadas em 24 de agosto de 2012. Além disso, por meio desta Resolução, o Presidente convocou as partes a uma audiência pública (par. 12 *infra*).

12. A audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012, durante o 96º Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal.⁸ Na audiência foram recebidas as declarações de duas supostas vítimas e de quatro peritos, bem como as observações e alegações finais orais da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado. Durante a referida audiência, o Tribunal requereu às partes e à Comissão que apresentassem determinada documentação e prova para melhor decidir.

13. Por outro lado, o Tribunal recebeu 49 escritos em qualidade de *amicus curiae*, apresentados por: 1) Mónica Arango Olaya, Diretora Regional para a América Latina

⁷ Cf. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf.

⁸ A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Tracy Robinson, Comissária, Emilio Álvarez-Icaza, Secretário Executivo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Assessora; b) pela representação de Huberth May Cantillano: Huberth May Cantillano, representante das supostas vítimas e Antonio Trejos Mazariegos, advogado; c) pela representação de Boris Molina Acevedo: Boris Molina Acevedo, representante das supostas vítimas, William Vega Murillo, advogado, Alicia Neuburger, Maria Lorna Ballesterio Muñoz, Alejandro Villalobos Castro, Alejandra Cárdenas Cerón, Carlos Valerio Monge, Boris Molina Mathiew, Mauricio Hernández Pacheco, e Ángela Rebeca Martínez Ortiz; e d) pelo Estado da Costa Rica: Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República, Agente do Estado da Costa Rica, Magda Inés Rojas Chaves, Agente do Estado da Costa Rica, Alonso Arnesto Moya, Silvia Patiño Cruz, Ana Gabriela Richmond Solís, Grettel Rodríguez Fernández, e Jorge Oviedo Álvarez, funcionários da Procuradoria Geral da República.

e o Caribe do Centro de Direitos Reprodutivos, e María Alejandra Cárdenas Cerón, Assessora Jurídica deste Centro; 2) Marcela Leandro Ulloa, do Grupo a Favor do *In Vitro*; 3) Filomena Gallo, Nicolò Paoletti e Claudia Sartori, representantes da Associação *Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica* e do *Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito*; 4) Natalia Lopez Moratalla, Presidente da Associação Espanhola de Bioética e Ética Médica; 5) Lilian Sepúlveda, Mónica Arango, Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens;⁹ 6) *Equal Rights Trust* e *Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law*;¹⁰ 7) *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*;¹¹ 8) Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Alma Luz Beltrán y Puga, Álvaro Herrero, Gastón Chillier, Lourdes Bascary e Agustina Ramón Michel;¹² 9) Ricardo Tapia, Rodolfo Vásquez e Pedro Morais;¹³ 10) Alejandro Leal Esquivel, Coordenador da Seção de Genética e Biotecnologia na Escola de Biologia da Universidade da Costa Rica; 11) Rita Gabriela Chaves Casanova, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; 12) Alexandra Loría Beeche; 13) Claudio Grossman, Decano da *American University Washington College of Law* e Macarena Sáez Torres, *Faculty Director* do *Impact Litigation Project* da *American University Washington College of Law*; 14) Jon O'Brien, Presidente da *Catholics for Choice* e Sara Morello, Vice-Presidente Executiva desta organização; 15) Carlos Polo Samaniego, Diretor do Escritório para a América Latina do *Population Research Institute*; 16) Reynaldo Bustamperante Alarcón, Presidente do Instituto Solidariedade e Direitos Humanos; 17) Hernán Collado Martínez; 18) Carmen Muñoz Quesada, Rita Maxera Herrera, Cristian Gómez, Seidy Salas, e Ivania Solano;¹⁴ 19) Enrique Pedro Haba, Professor da Universidade da Costa Rica; 20) Organização de Litígio Estratégico de Direitos Humanos Litiga OLE;¹⁵ 21) Susie Talbot, Advogada do *Center for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS* e Helen Duffy, Conselheira Principal do *INTERIGHTS*; 22) Andrea Acosta Gamboa, Professora da Universidade da Costa Rica; 23) Andrea Parra, Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e

⁹ Lilian Sepúlveda é Diretora do Centro de Direitos Reprodutivos, Mónica Arango Olaya é Diretora Regional para a América Latina e o Caribe deste centro. Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens são codiretores do *The International Reproductive and Sexual Health Law Programme of the University of Toronto, Faculty of Law*.

¹⁰ O escrito foi assinado por Ariel E. Dulitzky, Professor da *University of Texas Law School* e Diretor da *Human Rights Clinic* nesta faculdade.

¹¹ O escrito foi apresentado por Francisco J. Rivera Juaristi, Diretor e Advogado Supervisor da *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*; Britton Schwartz, Advogada Supervisora desta clínica e Amanda Snyder, Bernadette Valdellon e Sophia Areias, estudantes desta clínica.

¹² Viviana Bohórquez Monsalve, membro da Mesa pela Vida e pela Saúde das Mulheres; Beatriz Galli, membro da IPAS; Alma Beltrán y Puga, Coordenadora Jurídica do Grupo de Informação de Reprodução Escolhida GIRE; Álvaro Herrero, Diretor Executivo da Associação pelos Direitos Civis; Gastón Chillier, Diretor Executivo do Centro de Estudos Legais e Sociais CELS, Lourdes Bascary, membro do Centro de Estudos Legais e Sociais e Agustina Ramón Michel, Bolsista da Área da Saúde do CEDES.

¹³ Ricardo Tapia é o Presidente do Colégio de Bioética A.C. (México). Rodolfo Vásquez é o Vice-Presidente deste colégio. Pedro Morales, Secretário Executivo deste colégio.

¹⁴ Carmen Muñoz Quesada, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; Rita Maxera Herrera, assessora parlamentar e Ivania Solano, advogada. Cristian Gómez pertence à Associação Demográfica Costarriquenha. Seidy Salas pertence à Coletividade pelo Direito a Decidir.

¹⁵ O escrito foi apresentado por Graciela Rodríguez Manzo, Diretora Geral da Litiga OLE; Geraldina González de la Vega, Colaboradora da Litiga OLE; Adriana Muro Polo, Advogada da Litiga OLE; Marisol Aguilar Contreras, Advogada da Litiga OLE.

Sebastián Rodríguez Alarcón;¹⁶ 24) Leah Hootor, Assessora Jurídica da Comissão Internacional de Juristas; 25) Margarita Salas Guzmán, Presidente da Coletividade pelo Direito a Decidir e Larissa Arroyo Navarrete, Advogada da Coletividade pelo Direito a Decidir; 26) Caio Fabio Varela, Marcelo Ernesto Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny;¹⁷ 27) María del Pilar Vásquez Calva, Coordenadora de Relação Governamental da Associação Vida e Família A.C, México; 28) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Ian Cooke, Professor Emérito da Universidade de Sheffield; 29) Priscilla Smith, *Senior Fellow* do Programa para o estudo da Justiça Reprodutiva da Sociedade da Informação (*Information Society Project ISP*) da Universidade de Yale e Genevieve E. Scott, Professora Visitante do ISP; 30) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Santiago Munné, Presidente da *Reprogenetics*; 31) Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade;¹⁸ 32) José Tomás Guevara Calderón; 33) Carlos Santamaría Quesada, Chefe da Divisão de Diagnóstico Molecular no Laboratório Clínico do Hospital Nacional das Crianças; 34) Cesare P.R. Romano, Professor de Direito, Joseph W. Ford, Fellow e Codiretor do Projeto sobre Cortes e Tribunais Internacionais (PICT) na *Loyola Law School*, Los Angeles;¹⁹ 35) Defensoria dos Habitantes²⁰ 36) Hernán Gullco e Martín Hevia, professores da Escola de Direito da Universidade *Torcuatto Di Tella*; 37) Alejandra Huerta Zepeda, catedrática do Instituto de Pesquisas Biomédicas (IIB) da Universidade Nacional Autônoma do México, e José María Soberanes Diez, professor da Universidade Pan-Americana do México; 38) Associação de Médicos

¹⁶ Andrea Parra, Diretora do Programa de Ação pela Igualdade e pela Inclusão Social (PAIS) da Faculdade de Direito da Universidade de los Andes, Colômbia e Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e Sebastián Rodríguez Alarcón, estudantes do PAIS.

¹⁷ Caio Fabio Varela, Defensor de Direitos Humanos, Marcelo Ernesto Ferreyra, em representação da Heartland Alliance e da Coalização de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travestis e Intersexuais (LGBTTTI) na América Latina e no Caribe e da Campanha por uma Convenção Interamericana de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Rosa Posa, em representação de AKAHATA, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny.

¹⁸ O escrito foi apresentado por Rodrigo Uprimny Yepes, Diretor do Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia) e Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén e Paula Rangel Garzón, Pesquisadoras do Dejusticia.

¹⁹ O escrito foi apresentado por esta clínica em colaboração com onze acadêmicos e profissionais de direitos humanos e Direito Internacional que também assinaram o *amicus*: Roger S. Clark, Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito Rutgers, Camden, Nova Jersey; Lindsey Raub Kantawee, Esq. Associada de Clifford Chance, Escritório de Advogados; Yvonne Donders, Professora de Direitos Humanos Internacionais e Diversidade Cultural e Diretora Executiva do Centro para o Direito Internacional de Amsterdam, Faculdade de Direito da Universidade de Amsterdam; Ellen Hey, Professora de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Erasmus de Rotterdam; Jessica M. Almqvist, Professora de Direito Internacional Público da Universidade Autônoma de Madrid, Faculdade de Direito; Freya Baetens, Professor Assistente de Direito Internacional Público do *Grotius Centre for International Legal Studies* da Faculdade de Direito da Universidade de Leiden; Konstantinos D. Magliveras, Professor Associado do Departamento de Estudos Mediterrâneos da Universidade do Egeo de Rodas; Belén Olmos Giupponi, Professor Associado de Direito Internacional da Universidade Rei Juan Carlos de Madrid; Miguel Ángel Ramiro Avilés, Professor Titular na Área de Filosofia do Direito da Universidade Carlos III de Madrid e Diretor do Mestrado em Direitos Fundamentais e Codiretor do Mestrado em Direitos Humanos e Democratização da Universidade Externado da Colômbia; Margherita Salvadori, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Turim, e Jaume Saura, Professor Titular de Direito Internacional na Universidade de Barcelona e Presidente do Instituto dos Direitos Humanos em Catalunha.

²⁰ O escrito foi apresentado pela Defensoria dos Habitantes da República da Costa Rica e foi assinado por Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora dos Habitantes da República da Costa Rica.

pelos Direitos Humanos (AMEDEH);²¹ 39) Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia;²² 40) Carlo Casini, Antonio G. Spagnolo, Marina Casini, Joseph Meaney, Nikolas T. Nikas e Rafael Santa María D'Angelo;²³ 41) Rafael Nieto Navia, Jane Adolphe, Richard Stith e Ligia M. de Jesús;²⁴ 42) Hugo Martín Calienes Bedoya, Patricia Campos Olazábal, Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Perantero Enrique Yacarini Martínez;²⁵ 43) Julian Domingo Zarzosa; 44) Kharla Zúñiga Vallejos do *Berit Institute for the Family* de Lima; 45) Guadalupe Valdez Santos, Presidente da Associação Civil Pró-Mulher e Direitos Humanos, e 46) Piero A. Tozzi, Stefano Gennarini, William L. Saunders e Álvaro Paúl.²⁶

14. Em 26 e 28 de setembro de 2012 e em 24 de outubro de 2012, o senhor Hany Fahmy, *The Human Rights Centre of the United Nations Mandated University for Peace* (Universidade para a Paz) e a senhora Olga Cristina Redondo Alvarado, psicanalista, enviaram, respectivamente, escritos de *amicus curiae*. Em vista de que a audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012 e, em consequência, o prazo para o envio de *amicus curiae* venceu em 21 de setembro de 2012, seguindo instruções do Presidente da Corte, foi informado que estes escritos não podiam ser considerados pelo Tribunal nem incorporados aos autos do caso.

15. A Corte observa que os *amicus curiae* interpostos por *Equal Rights Trust* e pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Texas, *INTERIGHTS*, e o apresentado conjuntamente por Caio Fabio Varela, Marcelo Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade e Mario Pecheny foram apresentados no prazo estabelecido no artigo 44 do Regulamento, mas em um idioma que não correspondia ao idioma oficial do presente caso. Posteriormente, as traduções ao espanhol foram enviadas 5, 7 e 34 dias depois do prazo. De acordo com o disposto no artigo 28.1 do Regulamento do Tribunal, a Corte considera que, em razão de que a versão em espanhol de dois destes *amicus curiae* foi apresentada dentro do período de 21 dias disposto para acompanhar os

²¹ O escrito foi apresentado pela Associação de Médicos pelos Direitos Humanos (AMEDEH). O escrito foi assinado por Carlos María Parellada Cuadrado, Presidente, e Juan Pablo Zaldaña Figueroa, Vice-Presidente desta associação.

²² O escrito foi apresentado pela Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia. A nota foi assinada por Ivonne Díaz Yamal, Luis Távara Orozco, Diretor Executivo, e Pio Iván Gómez Sánchez, Coordenador do Comitê de Direitos Sexuais e Reprodutivos desta federação.

²³ Carlo Casini, Magistrado, Deputado do Movimento Italiano pela Vida no Parlamento Europeu e Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu; Antonio G. Spagnolo, Diretor do Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Marina Casini, Professora Agregada de Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Joseph Meaney, Diretor de Coordenação Internacional de Vida Humana Internacional; Nikolas T. Nikas, Presidente e Conselheiro Geral do Fundo de Defesa da Bioética (BD), e Rafael Santa María D'Angelo, Advogado, Presidente da Associação Civil Cresce Família (CreceFam).

²⁴ Rafael Nieto Navia, Professor da Universidade Javeriana de Bogotá; Jane Adolphe, Catedrática, *Ave Maria School of Law*; Richard Stith, Catedrático, *Valparaíso School of Law* e Ligia M. de Jesús, Professora, *Ave Maria School of Law*.

²⁵ Hugo Calienes Bedoya, Reitor e Diretor do Instituto de Bioética da Reitoria da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT); Patricia Campos Olazábal, Decana da Faculdade de Medicina da USAT, e por Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Antero Enrique Yacarini Martínez, membros do Instituto de Bioética da USAT.

²⁶ Piero A. Tozzi, do *Alliance Defend Fund*; Stefano Gennarini, do *Center for Legal Studies at C-Fam*; William L. Saunders de *Americans United for Life*, e Álvaro Paúl.

originais ou a totalidade dos anexos, tais escritos são admissíveis. Em razão de que a versão em espanhol do escrito de Caio Fabio Varela e outras pessoas foi apresentada com 34 dias de atraso, foi declarado inadmissível.

16. Em 4, 5 e 6 de outubro de 2012, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas ao presente caso. Tais escritos foram transmitidos às partes, a quem foi dada oportunidade até 17 de outubro de 2012 para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes em relação à informação fornecida como resposta às perguntas da Corte. O representante Molina apresentou suas observações. A Comissão Interamericana manifestou que não tinha observações a formular. O representante May e o Estado não apresentaram observações.

III EXCEÇÕES PRELIMINARES

17. O Estado apresentou três “exceções preliminares”: a falta de esgotamento de recursos internos, a extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez, e a incompetência da Corte Interamericana para conhecer de fatos supervenientes à apresentação da petição.

A) Falta de esgotamento dos recursos internos

18. O Estado alegou que não “renunciou à interposição” de exceções. Afirmou que a Sala Constitucional “declarou inconstitucional um determinado tipo de fertilização *in vitro*” e precisou que, “se a técnica avançar ao ponto de permitir a realização da mesma sem perda de embriões, é possível aplicá-la”. Em consequência, o Estado afirmou que “os peticionários podiam acudir tanto à jurisdição constitucional como à jurisdição contenciosa administrativa, a fim de que fosse discutida a possibilidade de que os serviços de saúde atendessem sua condição de infertilidade”, incluindo a possibilidade de “uma determinada técnica de fertilização *in vitro* [...] dentro dos pressupostos dados pela Sala Constitucional”. O Estado afirmou que, no âmbito da jurisdição constitucional, “a existência da sentença” não “impede que a Sala Constitucional volte a conhecer do assunto por via da ação de inconstitucionalidade” em razão de que a Lei da Jurisdição Constitucional afirma que as decisões desta Sala “não são vinculantes para a própria Sala, [a qual] poderia revisar o tema novamente”. Acrescentou que “a existência da decisão da Sala Constitucional não impedia que existisse um pronunciamento por parte da própria Sala”, por “via do amparo constitucional ou por parte dos Tribunais Contencioso-Administrativos”. Acrescentou que as supostas vítimas “poderiam haver pedido às autoridades administrativas que, respeitando a decisão da Sala Constitucional, fosse oferecida uma reparação para sua situação de infertilidade” ou “fosse criada uma nova regulamentação” da FIV, “de acordo com os parâmetros estabelecidos pela decisão do Tribunal Constitucional”. “Se as autoridades administrativas se negassem a oferecer o atendimento requerido”,

procedia a apresentação de um recurso de amparo (mandado de segurança). Entretanto "nenhum dos casais apresentou" este recurso.

19. Adicionalmente, o Estado alegou que "diante da negativa das autoridades administrativas, as supostas vítimas poderiam interpor um processo contencioso-administrativo", entretanto, nenhuma o apresentou antes de iniciar o trâmite perante a Comissão. Acrescentou que os recursos internos eram "eficientes" e "prova disso é que uma das supostas vítimas compareceu ao Tribunal Contencioso-Administrativo, com posterioridade à interposição da petição perante a Comissão".

20. A Comissão afirmou que no procedimento anterior ao Relatório de Admissibilidade, o Estado se limitou a "apresentar a possibilidade de que as [supostas] vítimas interpusessem uma ação de amparo". Manifestou que o Estado "não detalhou a sustentação legal dessa possibilidade nem explicou de que maneira, através de um amparo (mandado de segurança), era possível eliminar os efeitos de uma decisão abstrata de inconstitucionalidade [...] regulamentada como irrecorrível". Afirmou que o Estado "não cumpriu o ônus da prova que lhe correspondia para explicar as razões pelas quais o recurso de amparo poderia ser efetivo".

21. O representante May manifestou que, no trâmite perante a Comissão "o Estado afirmou que renunciava expressamente o privilégio de interpor exceções prévias", renúncia que "uma vez interposta é irrevogável e irreversível". Alegou que o recurso interno adequado "deve ser de acordo com o fim", isto é, deve ser capaz de satisfazer as pretensões e interesses em jogo, e sendo o objeto fundamental das vítimas a anulação da sentença da Sala Constitucional e a reabilitação da FIV, "não existe nenhuma reparação jurisdicional interna que permita cumprir tal objetivo". O representante Molina afirmou que o Estado "não comprov[ou] a idoneidade dos recursos indicados". Por outro lado, ressaltou que "a decisão da Sala Constitucional é uma Sentença contra a qual não procede nenhum recurso e cujos efeitos são *erga omnes*". Alegou que o recurso iniciado pela senhora Ileana Hénchoz foi rejeitado.

Considerações da Corte

22. O artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.²⁷ A Corte recorda que a regra do prévio esgotamento dos recursos internos está concebida em interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam atribuídos, antes de haver tido a oportunidade de repará-los com

²⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 85, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C N° 246, par. 23.

seus próprios meios.²⁸ O anterior significa que esses recursos não somente devem existir formalmente, mas também devem ser adequados e efetivos, como resulta das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.²⁹

23. Além disso, esta Corte argumentou de maneira consistente que uma objeção ao exercício da jurisdição da Corte baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno,³⁰ isto é, durante a admissibilidade do procedimento perante a Comissão.³¹ Ao alegar a falta de esgotamento dos recursos internos, corresponde ao Estado indicar nessa devida oportunidade os recursos que devem se esgotar e sua efetividade. A esse respeito, o Tribunal reitera que não é tarefa da Corte, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento. O Tribunal ressalta que não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão das alegações do Estado.³²

24. A Corte observa que, em primeiro lugar, procede determinar se esta exceção coincide com as alegações apresentadas pelo Estado antes da emissão do Relatório de Admissibilidade, ou seja, no momento processual oportuno para apresentar esta exceção. A esse respeito, em 23 de janeiro de 2004, o Estado somente apresentou um escrito em relação a este tema, no qual afirmou que uma das vítimas “poderia haver recorrido ao amparo”.³³ O escrito no qual o Estado analisou a possível idoneidade da jurisdição contenciosa administrativa para resolver o presente caso foi apresentado em 2008,³⁴ quatro anos depois de emitido o Relatório de Admissibilidade. Em consequência, a Corte considera que os argumentos apresentados em relação à necessidade de esgotar procedimentos contenciosos administrativos ou demandar a omissão na regulamentação do procedimento da FIV segundo os parâmetros estabelecidos pela Sala Constitucional, são extemporâneos e a análise se concentrará nas alegações sobre o recurso de amparo (mandado de segurança).

25. Em relação ao esgotamento do recurso de amparo, o Estado apresenta dois argumentos diferentes. O primeiro, em relação aos alcances que o Estado atribui à decisão adotada pela Sala Constitucional no presente caso. O Estado considera que esta decisão não implicou uma proibição da FIV, mas de uma modalidade deste procedimento, razão pela qual é alegada a existência de outras possibilidades que as supostas vítimas teriam para enfrentar sua infertilidade e, se fosse o caso, esgotar o

²⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C N° 4, par. 61, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

²⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 63, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

³⁰ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

³¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

³² Cf. *Caso Reverón Trujillo*, par. 23, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 25. Ver também: T.E.D.H., *Case of Bozano Vs. France*, Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 46.

³³ Escrito número 03-AM-03 apresentado perante a Comissão Interamericana em 23 de janeiro de 2004 pelo Ministro das Relações Exteriores da Costa Rica (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo III, folha 1056 e 1058).

³⁴ Escrito número DJO-486-08 de 17 de novembro de 2008 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo V, folha 2276).

recurso de amparo diante da negação destas alternativas. A Corte considera que este é um assunto de mérito que será resolvido oportunamente ao determinar se a decisão da Sala Constitucional constituiu uma limitação aos direitos das supostas vítimas (pars. 160 e 161 *infra*). A esse respeito, a Corte afirmou que as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estes argumentos tenham o caráter de preliminares.³⁵ Em vista de que este primeiro argumento do Estado não pode ser revisado sem analisar previamente o mérito do caso, não pode ser analisado no contexto desta exceção preliminar.³⁶

26. Em segundo lugar, o Estado alega que um recurso de amparo poderia haver dado uma nova oportunidade à Sala Constitucional de avaliar a possível violação de direitos no presente caso. A esse respeito, a Corte observa que é um fato incontroverso que existe uma decisão definitiva e vinculante da mais alta instância judiciária da Costa Rica em matéria constitucional, que declarou a inconstitucionalidade da prática da fecundação *in vitro*, tal como se regulamentava naquele momento. Tal como se analisará com mais detalhe posteriormente (par. 135 *infra*), o objeto do presente caso é determinar se esta decisão da Sala Constitucional comprometeu a responsabilidade internacional do Estado. Em consequência, a questão do esgotamento de recursos está relacionada aos recursos existentes contra a sentença de inconstitucionalidade. A esse respeito, a Corte observa que, em conformidade com o artigo 11 da Lei de Jurisdição Constitucional da Costa Rica, as sentenças, autos ou providências da Sala Constitucional são irrecorríveis.³⁷ Além disso, na Costa Rica o controle de constitucionalidade é concentrado,³⁸ de tal forma que esta sala é a que conhece de todos os amparos (mandados de segurança) que são apresentados no país.

27. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal considera que interpor um recurso de amparo não era idôneo para reparar a situação das supostas vítimas, em vista de que o mais alto tribunal na jurisdição constitucional havia emitido sua decisão final em relação aos problemas jurídicos centrais que devem ser resolvidos no presente caso sobre os alcances da proteção da vida pré-natal (par. 162 *infra*). Em razão de que

³⁵ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C N° 67, par. 34, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C N° 248, par. 30.

³⁶ Em sentido similar, Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C N° 184, par. 39, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 30.

³⁷ Lei da Jurisdição Constitucional, Lei n° 7.135 de 11 de outubro de 1989. O artigo 4 desta lei estabelece que "a jurisdição constitucional é exercida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça". O segundo parágrafo do artigo 11 dispõe que "Não haverá recurso contra as sentenças, autos ou providências da jurisdição constitucional". Cf. Expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, anexo 1, folhas 42 e 44.

³⁸ O artigo 2 da Lei da Jurisdição Constitucional (Lei 7.135 de 11 de outubro de 1989) consagra um controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, sendo este o único órgão competente para decidir sobre o recurso de amparo e a constitucionalidade de normas de qualquer natureza.

a Sala Constitucional conhece de todos os recursos de amparo que são interpostos na Costa Rica, essa mesma Sala haveria tido que avaliar o eventual recurso de amparo que as supostas vítimas viriam a interpor. Além disso, as supostas vítimas pretendiam receber o tratamento médico da FIV no contexto da regulamentação prevista no Decreto Executivo. Diante da declaração de inconstitucionalidade do decreto em seu conjunto, a possibilidade de ter acesso à FIV sob as condições estabelecidas pela Sala Constitucional é substancialmente diferente dos interesses e pretensões das supostas vítimas. Portanto, nas circunstâncias específicas do presente caso, a Corte não considera razoável exigir que as supostas vítimas tenham de continuar esgotando recursos de amparo se a mais alta instância judiciária em matéria constitucional havia se pronunciado sobre os aspectos específicos que as supostas vítimas controvertem. Portanto, a função deste recurso no ordenamento jurídico interno não era idônea para proteger a situação jurídica infringida e, em consequência, não podia ser considerado como um recurso interno que deveria ser esgotado.³⁹

28. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

B) Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña

29. O Estado alegou perante a Comissão Interamericana que a petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez “era extemporânea, pois havia sido apresentada fora do prazo de seis meses estabelecido pelo artigo 46.1.b da Convenção Americana”. Manifestou que estas supostas vítimas “não podem ser consideradas incluídas na petição de 19 de janeiro de 2001, em razão de que, naquele momento, não sabiam de sua condição” de infertilidade, em vista de que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002. Alegou que “se se considerar que o escrito de 2 de outubro de 2003 introduz pela primeira vez” a denúncia destas supostas vítimas, “é claro que desde o momento em que ela conhece sua condição - julho de 2002 – até outubro de 2003, transcorreram amplamente os seis meses” que a Convenção estabelece como prazo para apresentar a denúncia. Acrescentou que o “problema que se apresenta com esta petição é a demora da Comissão em analisar a admissibilidade do pedido apresentado, trâmite que demorou aproximadamente três anos (de janeiro de 2001 a março de 2004), razão pela qual foram incluídos peticionários que, em suas próprias palavras, não poderiam ser incorporados à petição original pois nem sequer haviam sido declarados como inférteis até aquele momento”. Afirmou que em outro Relatório de Admissibilidade “a própria Comissão advertiu que a fim de determinar o prazo para apresentar a petição nos casos da [FIV], deve-se levar em consideração a data a partir da qual a pessoa foi declarada infértil”. Acrescentou que a suposta vítima “foi diagnosticada com infertilidade no ano de 2002 e que a técnica da FIV lhe foi sugerida no ano de 2004, o que produz o paradoxo de que

³⁹ Em sentido similar, Cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C N° 107, par. 85.

quando se apresentou perante este Tribunal como suposta vítima, nem sequer havia pensado na FIV como técnica que lhe fosse aplicável". Em consequência, quando foram incorporados como peticionários neste processo, "já havia transcorrido o prazo de seis meses, razão pela qual sua petição deve ser considerada extemporânea".

30. A Comissão afirmou que "a grande maioria dos argumentos apresentados pelo Estado [...] não foram apresentados perante a Comissão" e "difere substancialmente do afirmado pelo Estado na etapa de admissibilidade", que é precisamente a etapa na qual a Comissão "se pronuncia sobre este requisito [dos seis meses] à luz da informação oferecida pelas partes". Manifestou que "o fato de que um peticionário no momento de apresentar a denúncia inicial omite algum requisito em particular e que este requisito seja retificado com posterioridade, não converte em extemporânea a apresentação da denúncia".

31. O representante Molina Acevedo afirmou que "saber ou não da infertilidade de um casal no momento da promulgação da Sentença da Sala Constitucional não fecha as portas para que qualquer pessoa, até o dia de hoje, tenha a limitação dos seis meses estabelecidos na Convenção Americana". Entretanto, alegou que no presente caso "o que determina a condição para ser suposta vítima, não é se estas pessoas estavam sendo tratadas por determinados médicos no ano de 2001, mas se estas estavam conscientes de sua possível e logo comprovada infertilidade" e que, além disso, sua única forma de procriar fosse através do método da FIV. Posteriormente, o representante afirmou que "havia hostilidade em relação à condição de quem podia estar na lista confidencial das supostas vítimas neste caso".

Considerações da Corte

32. O artigo 46.1.b da Convenção afirma o seguinte:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: [...]

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos *tenha sido notificado* da decisão definitiva. (sem grifo no original)

33. No presente caso, a petição inicial foi apresentada em 19 de janeiro de 2001. Naquele momento, o então representante legal das vítimas não havia feito uma determinação específica e individualizada das supostas vítimas. A inclusão da senhora Espinoza e do senhor Jiménez ocorreu através de um escrito apresentado

em 10 de outubro de 2003. No processo perante a Corte, foi informado que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002.⁴⁰

34. Em 16 de janeiro de 2004, o Estado apresentou um escrito no qual solicitou à Comissão que declarasse a inadmissibilidade da petição em relação à senhora Espinoza “pela extemporaneidade” de sua reivindicação, “por ter sido apresentada depois de 6 meses a partir de que a suposta lesada em seus direitos foi comunicada da decisão” da Sala Constitucional.⁴¹

35. A Corte considera que as circunstâncias específicas do presente caso exigem uma interpretação do requisito dos seis meses estabelecido no artigo 46.1.b. O Tribunal tem em consideração que o fenômeno da infertilidade gera diversas reações que não podem ser associadas a uma regra rígida sobre os cursos de ação que uma pessoa necessariamente deva seguir. Um casal pode levar meses ou anos em decidir se recorre a uma determinada técnica de reprodução assistida ou a outras alternativas. Por estas razões, o critério do momento no qual a suposta vítima conhece sua situação de infertilidade é um critério limitado nas circunstâncias do presente caso, onde não é possível gerar nas supostas vítimas uma responsabilidade de tomar uma decisão de apresentar uma petição perante o Sistema Interamericano em um determinado período de tempo. Em sentido similar, o Tribunal Europeu afirmou que a regra dos seis meses é autônoma e deve ser aplicada de acordo com os fatos do caso específico a fim de que seja assegurado o exercício efetivo do direito a apresentar uma petição individual.⁴²

36. Portanto, a Corte considera que, no presente caso, não encontra elementos para se afastar da decisão de admissibilidade adotada pela Comissão Interamericana, já que: a) continua em vigor a Sentença proferida pela mais alta instância da jurisdição constitucional, b) as vítimas não tinham por que ter conhecimento de sua situação de infertilidade no momento em que foi proferida esta Sentença, e c) a petição foi interposta no ano seguinte ao momento de conhecer que esta Sentença impediria o acesso à FIV.

37. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

C) Incompetência da Corte para conhecer “fatos novos não incluídos” nos “fatos da demanda”

38. O Estado alegou que “ambos os representantes incluíram em seus escritos de petições a responsabilidade do Estado em relação à exposição nos meios de imprensa da situação das supostas vítimas, como resultado da divulgação que os meios de

⁴⁰ Epícrise (diagnóstico médico) da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos de Boris Molina, anexo XIV, folha 5477).

⁴¹ Escrito nº 03-AM-03 de 16 de janeiro de 2004.

⁴² “The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition”. No Tribunal Europeu, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Grande Câmara, (nº 27396/06) Sentença de 29 de junho de 2012; Büyükdag v. Turkey (nº 28340/95), Sentença de 6 abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (nº 64359/01), Sentença de 8 de outubro de 2002; e Zakrzewska v. Poland, (nº 49927/06), par. 55, Sentença de 16 de dezembro de 2008.

imprensa efetuaram tanto no procedimento perante a Comissão como perante esta Corte". Além disso, o Estado argumentou que "nenhum dos fatos denunciados pelos representantes [sobre estas matérias] está incluído dentro dos fatos alegados pela Comissão e tampouco podem ser considerados como derivados dos fatos principais ou supervenientes dos mesmos". Portanto, solicitou a esta Corte que "declare inadmissível as petições das supostas vítimas relacionadas com fatos não incluídos pela Comissão na demanda apresentada".

39. O representante Molina afirmou que, "como os fatos objetados pelo Estado são fatos supervenientes e têm um nexo causal direto com o fato gerador das violações de direitos humanos do presente caso, é perfeitamente conforme com o procedimento" o fato de "que os mesmos tenham sido apresentados" a consideração da Corte. O representante May alegou que não se trata de "fatos novos", "são situações que se inscrevem todas no cenário factual da proibição" da FIV, ou seja, "todas as condutas, situações pessoais, vivências, atos e atuações, e eventos desencadeados no âmbito da vida das vítimas com motivo e por motivo da proibição". Acrescentou que o pertinente deve ser resolvido no mérito do caso.

Considerações da Corte

40. Tal como foi afirmado, as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estas abordagens tenham o caráter de preliminares.⁴³ Se estas abordagens não puderam ser revisadas sem analisar previamente o mérito de um caso, não podem ser analisadas por meio de uma exceção preliminar.⁴⁴ No presente caso, a Corte considera que não corresponde se pronunciar de forma preliminar sobre o contexto fático do caso, já que esta análise corresponde ao mérito do caso (par. 133 *infra*). Além disso, as alegações apresentadas pelo Estado ao interpor a exceção preliminar serão levadas em consideração ao estabelecer os fatos que este Tribunal considera como provados e determinar se o Estado é internacionalmente responsável pelas alegadas violações aos direitos convencionais, bem como ao precisar o tipo de danos que eventualmente poderiam ser causados às supostas vítimas. Em razão do exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

⁴³ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C N° 240, par. 39.

⁴⁴ Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39.

IV COMPETÊNCIA

41. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a Costa Rica é Estado Parte da Convenção desde 8 de abril de 1970 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 2 de julho de 1980.

V PROVA

42. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 50, 51 e 57 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência em relação à prova e sua apreciação,⁴⁵ a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais enviados pela Comissão e pelas partes em diversas oportunidades processuais, as declarações das supostas vítimas e testemunhas e os pareceres periciais prestados por meio da declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e na audiência pública perante a Corte, bem como as provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal (par. 11 *supra*). Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.⁴⁶

A) Prova documental, testemunhal e pericial

43. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova por parte da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado, anexados a seus escritos principais. Além disso, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelos declarantes a título informativo: Gerardo Escalante Lopez y Delia Ribas Valdés; supostas vítimas: Andrea Regina Bianchi Bruna, Ana Cristina Castillo León, Claudia María Carro Maklouf, Victor Hugo Sanabria León, e peritos: Andrea Mesén Fainardi, Antonio Marlasca López, Alicia Neuburger, Maureen Condic, Martha Garza e Paul Hunt. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das supostas vítimas Miguel Mejías e Ileana Henchoz, e dos peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo e Marco Gerardo Monroy Cabra.⁴⁷

44. O representante Molina informou à Corte que apresentou um recurso de amparo (mandado de segurança) “contra os médicos que trataram quatro das

⁴⁵ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C N° 37, pars. 69 a 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C N° 245, par. 31.

⁴⁶ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 31.

⁴⁷ Os objetos de todas estas declarações estão estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 6 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf. Por meio de comunicação de 9 de agosto de 2012 a Comissão desistiu da declaração da senhora Florencia Luna.

[supostas] vítimas, porque [estes médicos teriam] alega[do], em dois desses casos, que as ex-esposas de [seus] representados proibiram expressamente" que eles entregassem ao representante Molina "cópia do prontuário médico que originou as consultas sobre a infertilidade". A esse respeito, o representante afirmou que esta situação o deixou "em clara vulnerabilidade" e que, por isso, recorreu "às vias judiciais internas para tentar ter acesso à informação solicitada para apresentar como prova" perante a Corte. O representante informou que este amparo (mandado de segurança) foi negado. O representante expressou que o anterior era "uma clara violação processual e da boa-fé que deve imperar em todo litígio, pois haveriam flagelado o "conjunto de evidências" sabendo que, para os propósitos do presente processo, o prontuário médico guarda informação importante que, embora seja certo que pode ser suprida por outro tipo de prova, não pode ser ocultada se uma das partes teve acesso a ela, pois sua obrigação é compartilhá-la".

45. O representante solicitou "um prazo adicional" para se referir "e fazer qualquer observação, como parte do escrito de petições, argumentos e provas, acerca da prova que apresentaram as senhoras Ana Cristina Castillo León e Claudia Carro Macklounf, ex-esposas dos senhores Enrique Acuña Cartín e Víktor Hugo Sanabria León", na medida em que "por haver oferecido os prontuários médicos do caso, estariam fazendo uso dessa prova em clara violação do princípio do conjunto de evidências" e "da boa fé no litígio". O representante solicitou à Corte "que avalie a possibilidade de solicitar ao Estado que, pelas vias que correspondam, obrigue os Doutores Gerardo Escalante López e Delia María Ribas Valdéz" a "entregar cópia do prontuário médico dos senhores mencionados e dos senhores María del Socorro Calderón Porras e Carlos Vargas Solórzano, a quem sem nenhum motivo, até a presente data, foi entregue cópia do prontuário médico". A esse respeito, o Presidente tomou nota destas petições e afirmou que, caso considere que esta prova deva ser requerida para resolver o objeto do presente caso, será solicitada no momento que for considerado oportuno. A Corte considera que esta informação não é indispensável para resolver o presente caso.

B) Admissibilidade da prova

B.1) Admissibilidade da prova documental

46. No presente caso, como em outros, o Tribunal concede valor probatório aos documentos apresentados oportunamente pelas partes e pela Comissão que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida.⁴⁸ Os documentos pedidos pelo Tribunal como prova para melhor decidir (par. 11 *supra*) são incorporados ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 58 do Regulamento.

⁴⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 140, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 35.

47. O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar sua fonte e data de publicação, e os apreciará levando em consideração o conjunto do acervo probatório, as alegações do Estado e as regras da crítica sã.⁴⁹

48. Igualmente, com relação a alguns documentos apresentados pelas partes e pela Comissão por meio de links da Internet, o Tribunal estabeleceu que se uma parte proporciona ao menos o link direto do documento que cita como prova e é possível ter acesso a este, não se vê impactada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas outras partes.⁵⁰ Neste caso, não houve oposição ou observações das outras partes ou da Comissão sobre o conteúdo e autenticidade de tais documentos.

49. Por outro lado, em consideração de que os representantes enviaram, juntamente com suas alegações finais escritas, comprovantes de gastos de litígio relacionados a este caso, somente considerará aqueles que se refiram a petições de custas e gastos realizados por ocasião do procedimento perante esta Corte, com posterioridade à data de apresentação do escrito de petições e argumentos.

50. O Estado solicitou que sejam rejeitados “os relatórios psicológicos que oferece” o representante Molina “para demonstrar o suposto dano produzido pelo Estado”. afirmou que estes relatórios não analisam “qual é o suposto impacto da proibição” da FIV nas supostas vítimas, “mas se limitam a indicar as perturbações produto de seu estado de infertilidade”, o que “não é consequência de nenhuma atuação ou omissão do Estado”. Acrescentou que os relatórios “parecem mencionar os efeitos” que a FIV “causou nas mulheres, o que longe de falar bem da técnica, demonstra as graves perturbações que sofrem as mulheres que se submetem a este procedimento”, o que “não pode ser atribuível ao Estado, nem tampouco se pode pretender uma indenização por este motivo”. Finalmente, afirmou que “os relatórios psicológicos parecem evidenciar o critério das supostas vítimas e não o critério objetivo dos psicólogos”. Em sentido similar, o Estado solicitou a rejeição das “certidões psicológicas emitidas pela Dra. Andrea Meses Fernardi nos casos de Ana Cristina Castillo León e Claudia María Carro Makloulk”, as quais foram apresentadas pelo representante May, em vista de que se limitam “a analisar o impacto que a infertilidade teve nas supostas vítimas”.

51. Além disso, o Estado solicitou que sejam rejeitados os “registros econômicos” das supostas vítimas que foram apresentados pelo representante Molina e que incluem “extratos bancários” e “certidões de renda” a partir dos quais “se pretende conseguir uma indenização do Estado”. O Estado alegou que desta documentação “não se extrai nenhuma forma de demonstrar os gastos em que as supostas vítimas dizem haver incorrido e, pelo contrário, contém simples números sem nenhuma identificação que

⁴⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 146, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 36.

⁵⁰ Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 165, par. 26, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 37.

tenha relação" com o processo. Acrescentou que "tampouco se explica a importância dos dados bancários e de renda para a resolução" do caso.

52. Quanto às observações do Estado em relação a esta prova documental, o Tribunal entende que estas não impugnaram sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório da mesma. Em consequência, não gera problema quanto à admissibilidade desta prova e esta será apreciada conjuntamente com o restante do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas e da prova testemunhal e pericial

53. Em relação às declarações das supostas vítimas, das testemunhas e dos pareceres apresentados na audiência pública e por meio das declarações juramentadas, a Corte os considera pertinentes somente na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na Resolução por meio da qual se ordenou recebê-los (pars. 11 *supra*). Estas serão apreciadas no capítulo que corresponda, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e levando em consideração as observações formuladas pelas partes.⁵¹

54. Em conformidade com a jurisprudência desta Corte, as declarações das supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as alegadas violações e suas consequências.⁵² Com base no anterior, o Tribunal admite estas declarações (pars. 11 *supra*), cuja apreciação será feita com base nos critérios indicados.

55. Por outro lado, em relação às declarações perante agente dotado de fé pública, o Estado solicitou a inadmissibilidade das declarações de Paul Hunt, Antonio Marlasca, Gerardo Escalante e Delia Ribas. Além disso, realizou observações de mérito sobre algumas declarações.

56. Em relação aos temas de admissibilidade, o Estado afirmou que as declarações de Antonio Marlasca e Paul Hunt não se referiram às perguntas apresentadas pelo Estado, o que afeta o dever de cooperação processual, o princípio da boa-fé, o princípio do contraditório e o direito à defesa. A Corte reitera que o fato de que se encontre contemplado no Regulamento a possibilidade de que as partes possam formular perguntas por escrito aos declarantes propostos pela contraparte e, se for o caso, pela Comissão, impõe o dever correlato da parte que ofereceu a declaração de coordenar e realizar as diligências necessárias para que as perguntas sejam transmitidas aos declarantes e as respectivas respostas incluídas. Em certas circunstâncias, não contestar

⁵¹ Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N° 33, par. 43, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 43.

⁵² Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*, par. 43, e *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C N° 244, par. 27.

diversas perguntas pode ser incompatível com o dever de cooperação processual e com o princípio da boa-fé que rege no procedimento internacional.⁵³ Sem prejuízo disso, o Tribunal considera que a não apresentação de respostas às perguntas da contraparte não afeta a admissibilidade de uma declaração e é um aspecto que, segundo os alcances do silêncio de um declarante, poderia chegar a impactar no peso probatório que pode alcançar uma perícia, aspecto que corresponde apreciar no mérito do caso.

57. O Estado afirmou que “a não apresentação” da tradução da declaração de Paul Hunt ao espanhol dentro do prazo “viola o dever de cooperação processual e boa-fé que deve imperar no processo internacional”. O Estado afirmou que “cumprir em apresentar duas traduções no mesmo prazo concedido à Comissão, o que evidentemente implicou uma redução do tempo efetivo para a elaboração do parecer”, o que lhes “coloca em uma situação de desigualdade processual ao diminuir também o tempo [...] concedido [...] para apresentar as respectivas observações”. A esse respeito, a Corte observa que a versão em inglês do parecer foi apresentada dentro do prazo e que a demora no envio da versão em espanhol foi de sete dias. O Tribunal leva em consideração que no procedimento perante a Comissão as partes apresentaram diversa informação e prova em inglês sem que existisse tradução da mesma, o que não mereceu objeção das partes e, também, evidencia que no procedimento foram adotadas medidas para garantir em devida forma o equilíbrio processual entre as partes. Além disso, perante a Corte foram concedidos diversos prazos à Comissão e às partes para o envio de traduções ao espanhol de alguns documentos que foram apresentados em inglês. Estes aspectos permitem concluir que a falta de tradução oportuna desta declaração não gerou um prejuízo desproporcional para o Estado ou para os representantes que pudesse justificar sua inadmissibilidade.

58. O Estado solicitou à Corte que rejeite a perícia prestada por Antonio Marlasca, em vista de que “deveria ter comparecido perante agente dotado de fé pública”, “e não como ocorreu neste caso, onde claramente se observa do documento apresentado que não existiu tal comparecimento, pois o notário público afirma que se limita a transcrever o parecer já oferecido previamente”. A esse respeito, a Corte afirmou, em relação ao recebimento e apreciação da prova, que os procedimentos seguidos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas, e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto.⁵⁴ Além disso, o Tribunal admitiu em outras oportunidades declarações juramentadas que não foram oferecidas perante agente dotado de fé pública, quando não é impactada a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes,⁵⁵ o que é respeitado e garantido neste caso.

⁵³ *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, par. 33, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparaciones*. Sentença de 3 de setembro de 2012, Série C N° 249, par. 29.

⁵⁴ *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1° de março de 2005. Série C N° 120, par. 33.

⁵⁵ *Cf. Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 189; *Caso Servellón García e outros*, par. 46; e *Caso Claude Reyes e outros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C N° 151, par. 51.

59. O Estado objetou a admissibilidade das declarações a título informativo de Gerardo Escalante e Delia Ribas, e a declaração de Alicia Neuburger, porque supostamente haveriam se referido a questões que não estariam previstas no objeto de suas declarações. A Corte reitera que somente considerará as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública na medida em que se enquadrem no objeto previsto na Resolução proferida pelo Presidente.

60. Em relação aos temas do mérito, o Estado afirmou os seguintes aspectos: i) Paul Hunt "carece da análise de balanço de interesses que é indispensável para determinar a existência de um impacto desproporcional"; ii) a perícia de Alicia Neuburger "não é uma prova útil para demonstrar a relação de causalidade entre as supostas ações violatórias de direitos" e "os danos que supostamente tiveram as supostas vítimas", e "parte de um conjunto de fatos que não foram demonstrados neste processo"; iii) "o senhor Marlasca falha em sua tentativa de querer estabelecer uma distinção que possa ser considerada como racional ou objetiva entre o que é uma vida humana e uma pessoa humana"; iv) "a declaração [de Andrea Mesén] está prestada de uma forma tão geral que a faz inviável para justificar, muito menos demonstrar, um suposto dano imaterial nas supostas vítimas"; v) Gerardo Escalante "limita a natureza e o conteúdo da declaração à forma em que era realizada a FIV na Costa Rica no momento em que ele a realizava, razão pela qual não poderia fazer avaliações nem prestar opiniões sobre a técnica da fecundação *in vitro* em geral, nem sobre a regulamentação internacional"; e vi) em relação a Delia Ribas: "refere a todo momento ao termo 'pré-embrião', utilizando-o como ponto de partida para justificar o tratamento que o embrião recebe desde sua concepção (ou fecundação) até momentos antes de ser transferido ao útero materno [...] e, portanto, não é aceitável pretender fundamentar sua manipulação apoiando-se neste conceito, já que está cientificamente demonstrado que desde esta etapa inicial existe um organismo pleno e completo"; além disso, alegou que "não é corret[o] [...] justificar a prática da técnica da FIV como um tratamento a uma doença que permite aos 'pacientes' ter 'uma melhoria de sua saúde'"; "advoga em seu documento pela prática da criopreservação – ou congelamento dos embriões –, o que é incompatível com o direito à vida e à dignidade humana", e que "não contesta a segunda questão que oportunamente lhe foi perguntada".

61. Quanto a estas observações do Estado em relação às perícias, o Tribunal entende que estas não impugnaram sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório das mesmas. A Corte considerará o conteúdo destas perícias na medida em que se ajustem ao objeto para o qual foram convocadas (par. 11 *supra*). Com base no anteriormente exposto, o Tribunal admite as perícias apresentadas e as apreciará conjuntamente com o resto do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

VI. FATOS

A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação *in Vitro*

62. A infertilidade pode ser definida como a impossibilidade de alcançar uma gravidez clínica depois de haver mantido relações sexuais sem proteção durante 12 meses ou mais.⁵⁶ As causas mais comuns de infertilidade são, entre outras, danos nas trompas de Falópio, aderências tubo-ovarianas, fatores masculinos (por exemplo, baixo nível de esperma), endometrioses, fatores imunológicos ou pobre reserva ovariana.⁵⁷ Considera-se que a incidência da infertilidade afete a aproximadamente 10% das mulheres em idade reprodutiva.⁵⁸

63. As técnicas ou procedimentos de reprodução assistida são um grupo de diferentes tratamentos médicos que são utilizados para ajudar as pessoas e casais inférteis a conseguir uma gravidez, os quais incluem “a manipulação, tanto de ovócitos como de espermatozoides, ou embriões [...] para o estabelecimento de uma gravidez”.⁵⁹ Entre estas técnicas se encontram a FIV, a transferência de embriões, a transferência intratubária de gametas, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de embriões, a criopreservação de ovócitos e embriões, a doação de ovócitos e embriões, e a maternidade de substituição.⁶⁰ As técnicas de reprodução assistida não incluem a inseminação assistida ou artificial.⁶¹

64. Por sua vez, a FIV é “um procedimento no qual os óvulos de uma mulher são removidos de seus ovários, e são então fertilizados com esperma em um procedimento de laboratório. Uma vez concluído isso, o óvulo fertilizado (embrião) é devolvido ao útero da mulher”.⁶² Esta técnica é aplicada quando a infertilidade se deve à ausência ou bloqueio das trompas de Falópio da mulher, ou seja, quando um óvulo não pode passar para as trompas de Falópio para ser fertilizado e posteriormente implantado

⁵⁶ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2558); Declaração prestada pelo perito Caruzo perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso, e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2241).

⁵⁷ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

⁵⁸ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁵⁹ Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821).

⁶⁰ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁶¹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

⁶² Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559).

no útero,⁶³ ou em casos onde a infertilidade recai no parceiro de sexo masculino,⁶⁴ bem como nos casos em que a causa da infertilidade é desconhecida. As fases durante a FIV são as seguintes:⁶⁵ i) indução à ovulação; ii) aspiração dos óvulos contidos nos ovários; iii) inseminação de óvulos com espermatozoides; iv) observação do processo de fecundação e incubação dos embriões, e v) transferência embrionária ao útero materno.

65. Sobre o desenvolvimento embrionário na FIV, existem cinco etapas deste desenvolvimento que duram um total de cinco dias. Em primeiro lugar, os óvulos maduros são selecionados e são fecundados, de modo que se permita o desenvolvimento do zigoto. Nas primeiras 26 horas de desenvolvimento, o zigoto se divide em duas células, as quais posteriormente se dividem em quatro células no dia dois, e finalmente volta a se dividir para formar oito células no dia três. No dia quatro, fala-se de Mórula e, do dia quatro ao dia cinco, o embrião chega a seu estado de Blastocisto. Os embriões podem permanecer em cultivo por até cinco dias antes de serem transferidos ao útero da mulher.⁶⁶ Portanto, o embrião pode ser transferido desde o dia dois até o dia cinco. Dependendo da caracterização morfológica e da dinâmica da divisão celular, é tomada a decisão em relação a quando transferir o embrião.⁶⁷ A transferência embrionária pode ser diretamente ao útero ou às trompas de Falópio. Aos 12 dias da transferência embrionária, sabe-se se a mulher ficou grávida através de marcadores.⁶⁸

66. O primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra, em 1978.⁶⁹ Na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi reportado em 1984, na Argentina.⁷⁰ Desde que foi relatado o nascimento da primeira pessoa como resultado de Técnicas de Reprodução Assistida (doravante denominada "TRA"), "cinco milhões de pessoas nasceram no

⁶³ A esse respeito, o perito Zegers-Hochschild afirmou que "a fecundação não pode ocorrer; se não existe trompa de Falópio, o desenvolvimento embrionário não pode ocorrer, se os espermatozoides depositados na vagina não têm a capacidade de chegar à trompa não há fecundação, o mesmo se os espermatozoides chegam, mas não são capazes de fecundar". Declaração prestada pelo perito Zegers-Hochschild perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso. Também, Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.210), e Declaração da declarante Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2243).

⁶⁴ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.214).

⁶⁵ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2825 a 2830); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folhas 2245 a 2248).

⁶⁶ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2828 a 2829).

⁶⁷ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2828 a 2829).

⁶⁸ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2829 a 2830).

⁶⁹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2242).

⁷⁰ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2822).

mundo graças aos avanços desta [tecnologia]”.⁷¹ Além disso, “[a]nualmente, são realizados milhões de procedimentos de TRA. As estimativas para 2008 compreendem 1.600.000 tratamentos que deram origem a 400.000 pessoas nascidas entre 2008 e setembro de 2009” no mundo.⁷² Na América Latina “se considera que, entre 1990 e 2010, 150.000 pessoas nasceram” de acordo com o Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida.⁷³

67. Da prova disponível nos autos, a Costa Rica é o único Estado no mundo que proíbe de maneira expressa a FIV.⁷⁴

B) O Decreto Executivo

68. Na Costa Rica, o Decreto Executivo nº 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde, autorizava a prática da FIV para casais conjugais e regulamentava sua execução. Em seu artigo 1º, o Decreto Executivo regulamentava a realização de técnicas de reprodução assistida entre cônjuges, e estabelecia regras para sua realização.⁷⁵ No artigo 2º eram definidas as técnicas de reprodução assistida como “todas aquelas técnicas artificiais nas quais a união do óvulo e do espermatozoide é conseguida por meio de uma forma de manipulação direta das células germinais em laboratório”.⁷⁶

69. As normas do Decreto Executivo nº 24029-S que regulamentavam especificamente a técnica da FIV questionada no recurso de inconstitucionalidade, eram as seguintes:⁷⁷

Artigo 9. Em casos de fertilização *in vitro*, fica absolutamente proibida a fertilização de mais de seis óvulos da paciente por ciclo de tratamento.

Artigo 10. Todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento deverão ser transferidos à cavidade uterina da paciente, ficando

⁷¹ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

⁷² Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

⁷³ Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2822).

⁷⁴ O Perito Zegers-Hochschild explicou que “[a]s TRA são usadas no mundo inteiro. Isto inclui todos os países da Europa, Oceania, Ásia e Oriente Médio, assim como os países que contam com a tecnologia na África. Em relação às Américas, as TRA são realizadas em todos os países que contam com esta tecnologia, com exceção da Costa Rica. Assim é razoável concluir que a Costa Rica é o único país no mundo que [proíbe] a TRA”. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2821).

⁷⁵ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

⁷⁶ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

⁷⁷ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 85 e 86).

absolutamente proibido descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes.

Artigo 11. São absolutamente proibidas as manobras de manipulação do código genético do embrião, bem como toda forma de experimentação sobre o mesmo.

Artigo 12. É absolutamente proibido comercializar células germinais – óvulos e espermatozoides – para serem destinados a tratamento de pacientes em técnicas de reprodução assistida, sejam estas homólogas ou heterólogas.

Artigo 13. O descumprimento das disposições aqui estabelecidas faculta o Ministério de Saúde a cancelar a autorização sanitária de funcionamento e a certificação concedida ao estabelecimento no qual foi cometida a infração, devendo ser enviado o assunto de forma imediata ao Ministério Público e ao Colégio Profissional respectivo, para estabelecer as sanções correspondentes.

70. A FIV foi realizada na Costa Rica entre 1995 e 2000⁷⁸ pela entidade privada denominada "Instituto Costarricense de Infertilidade".⁷⁹ Nesse período nasceram 15 costarriquenhos.⁸⁰ A técnica foi declarada inconstitucional pela Sala Constitucional da Costa Rica em 15 de março de 2000.

C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000

71. Em conformidade com o artigo 75 da Lei da Jurisdição Constitucional,⁸¹ qualquer cidadão pode interpor a ação de inconstitucionalidade contra uma norma

⁷⁸ "Em 14 de outubro de 1995, nasc[eu] o primeiro menino produto da" fecundação *in Vitro*. Cf. Declaração da declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2388). Além disso, notas de imprensa do Diário *La Nación* de 15 de outubro de 1995, intituladas "*Nació Esteban*" e "*Esteban, alianza fecunda*" (expediente de mérito, tomo I, folha 587.40).

⁷⁹ Cf. Declaração da declarante a título informativo Ribas: "Na Costa Rica a fertilização *in vitro* foi iniciada por nosso grupo em setembro de 1994. [...] Nossos resultados correspondentes aos anos de 1994 a 1996 foram publicados na Ata Médica Costarricense [...] Como éramos o único centro no país, decidimos submeter nossos esforços ao escrutínio da Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida, da qual fomos membros desde sua criação até a decisão correspondente à proibição da técnica" (expediente de mérito, tomo V, folhas 2242 e 2248).

⁸⁰ O declarante a título informativo Escalante informou que "[e]ntre os meses de setembro de [19]94 e março de 2000, foram tratados 121 casais aos quais foram realizados 149 ciclos de Fertilização *in Vitro* completos[, os quais c]hegaram ao final da gravidez e nasceram 15 neonatos" (expediente de mérito, tomo V, folha 2392).

⁸¹ O artigo 75 estipula que "[p]ara interpor a ação de inconstitucionalidade é necessário que exista um assunto pendente de resolver perante os tribunais, inclusive de *habeas corpus* ou de amparo, ou no procedimento para esgotar a via administrativa, em que seja invocada essa inconstitucionalidade como meio razoável de amparar o direito ou interesse que é considerado lesado. Não será necessário o caso prévio pendente de resolução quando pela natureza do assunto não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto".

“quando, em virtude da natureza do assunto, não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto”. Baseando-se nesta norma, em 7 de abril de 1995, o senhor Hermes Navarro del Valle apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra o Decreto Executivo que regulamentava a FIV na Costa Rica, utilizando diversas alegações sobre violação do direito à vida.⁸² O solicitante requereu que: i) o Decreto fosse declarado inconstitucional por violar o direito à vida; ii) fosse declarada inconstitucional a prática da fecundação *in vitro*, e iii) “sejam instruídas as autoridades públicas a manter um controle minucioso da prática médica, para que estes atos não voltem a ocorrer”. Entre os argumentos alegados na ação de constitucionalidade se encontram os seguintes: i) “a porcentagem de malformações em geral foi maior que o registrado na fecundação natural”; ii) “a prática generalizada [da FIV] viola a vida humana [e] em razão das características privadas e isoladas [...] em que ocorre esta inseminação, qualquer regulamentação seria de difícil implementação e de difícil controle pelo Estado”; iii) “[a] vida humana se inicia desde o momento da fecundação, portanto, qualquer eliminação ou destruição de concebidos - voluntária ou derivada da imperícia do médico ou da inexistência da técnica utilizada - resultaria em uma evidente violação ao direito à vida contido” na Constituição costarriquenha; iv) foi feita referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Convenção sobre os Direitos da Criança; v) foi argumentado que “a fecundação *in vitro* [é] um negócio[, ...] não cura [...] uma doença[,], nem [é] um tratamento de emergência para salvar uma vida”, e vi) “é tão violatório eliminar concebidos[,], ou seja crianças[,], jogando-os no lixo, como eliminá-los de forma deliberada devido à falta de técnica no processo, pretendendo jogar uma espécie de ‘roleta russa’ com as seis crianças introduzidas na mãe”.

72. Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Corte Suprema proferiu sentença,⁸³ por meio da qual declarou “procedente a ação [e] anulou, por ser inconstitucional, [...] o Decreto Executivo nº 24029-S”.⁸⁴ As razões discutidas pela Sala Constitucional para motivar sua decisão foram, em primeiro lugar, a “infração do princípio de reserva legal”, segundo o qual “somente por meio de lei formal, emanada do Poder Legislativo pelo procedimento previsto na Constituição para a promulgação das leis, é possível regulamentar e, se for caso, restringir os direitos e liberdades fundamentais”. Em conformidade com o anterior, a Sala concluiu que o Decreto Executivo regulamentava o “direito à vida e à dignidade do ser humano”, razão pela qual “[a] regulamentação destes direitos pelo Poder Executivo [era] incompatível com o Direito da Constituição”.

⁸² Ação de inconstitucionalidade apresentada em 7 de abril de 1995 (expediente de anexos à contestação, tomo VII, folhas 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 e 10466).

⁸³ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 76 a 96).

⁸⁴ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 95).

73. Por outro lado, ao considerar que era aplicável o artigo 4.1 da Convenção Americana, a Sala Constitucional afirmou o seguinte:

A pergunta, "quando começa a vida humana?" tem importância transcendental no assunto que aqui é discutido, pois deve se definir desde quando o ser humano é sujeito de proteção jurídica em nosso ordenamento. Existem divergências entre os especialistas. Alguns consideram que os embriões humanos são entidades que se encontram em um estado de desenvolvimento no qual não possuem mais que um simples potencial de vida. [...] Afirmam que, antes da fixação do pré-embrião este se compõe de células não diferentes, e que essa diferença celular não acontece senão depois de que se fixou na parede uterina e depois do aparecimento da linha primitiva - primeiro esboço do sistema nervoso-; a partir desse momento se formam os sistemas de órgãos e os órgãos. [...] Ao contrário, outros afirmam que todo ser humano tem um começo único que se produz no mesmo momento da fecundação. Definem o embrião como a forma original do ser ou a forma mais jovem de um ser e opinam que não existe o termo pré-embrião, pois antes do embrião, no estágio precedente, há um espermatozoide e um óvulo. Quando o espermatozoide fecunda o óvulo essa entidade se converte em um zigoto e, portanto, em um embrião. *A mais importante característica desta célula é que tudo o que será permitido evoluir para o indivíduo já se encontra em seu lugar; toda a informação necessária e suficiente para definir as características de um novo ser humano aparecem reunidas no encontro dos vinte e três cromossomos do espermatozoide e dos vinte e três cromossomos do ovócito.* [...] Ao descrever a segmentação das células que se produz imediatamente depois da fecundação, indica-se que no estágio de três células existe um minúsculo ser humano e a partir dessa fase todo indivíduo é único, rigorosamente diferente de qualquer outro. *Em resumo, uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico.*⁸⁵ (Sem grifo no original)

74. Além disso, a Sala Constitucional determinou que as práticas de FIV "atentam claramente contra a vida e a dignidade do ser humano".⁸⁶ Para sua fundamentação, a Sala Constitucional afirmou que: i) "[o] ser humano é titular de um direito a não

⁸⁵ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88 e 89).

⁸⁶ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 94).

ser privado de sua vida nem a sofrer ataques ilegítimos por parte do Estado ou de particulares, mas não somente isso: o poder público e a sociedade civil devem ajudá-lo a se defender dos perigos para sua vida”; ii) “uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico”, e iii) “como o direito [à vida] se declara a favor de todos, sem exceção, deve-se proteger tanto no ser já nascido como no por nascer”.⁸⁷

75. Por outro lado, a Sala Constitucional manifestou que “[a] normativa internacional [...] estabelece princípios de orientação sólidos em relação ao tema da vida humana”,⁸⁸ para o que citou o artigo I da Declaração Americana, o artigo 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 4 da Convenção Americana. Em relação ao artigo 4 da Convenção, a Sala considerou que “[e]ste instrumento internacional dá um passo decisivo, pois tutela o direito [à vida] a partir do momento da concepção[, ademais] proíbe contundentemente impor a pena de morte a uma mulher em estado de gravidez, o que constitui uma proteção direta e, portanto, um reconhecimento pleno da personalidade jurídica e real do não nascido e de seus direitos”.⁸⁹ Além disso, a Sala fez referência ao artigo 6 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Sobre este ponto, a Sala concluiu que “[a]s normas citadas impõem a obrigação de proteger o embrião contra os abusos a que pode ser submetido em um laboratório e, em especial, do mais grave deles, aquele capaz de eliminar a existência”.⁹⁰

76. Finalmente, a Sala concluiu:

O embrião humano é pessoa desde o momento da concepção, de modo que não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte. [...] A objeção principal da sala é que a aplicação da técnica significa uma elevada perda de embriões, que não se pode justificar no fato de que o seu objetivo é conseguir um ser humano, dotar de um filho um casal que de outra forma não poderia tê-lo. O essencial é que os embriões, cuja vida se procura primeiro e depois se frustra, são seres humanos e o ordenamento constitucional não admite nenhuma distinção entre eles. Não é válido tampouco o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não

⁸⁷ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88, 90).

⁸⁸ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

⁸⁹ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 91).

⁹⁰ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 92).

chegam a se implantar ou que, ainda que consigam a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propicia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar. Segundo a Sala pôde constatar, a aplicação da Técnica de Fecundação *in Vitro* e Transferência Embrionária, na forma em que se desenvolve na atualidade, atenta contra a vida humana. Este Tribunal sabe que os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados aqui desapareçam. Entretanto, *as condições nas quais se aplica atualmente levam a concluir que qualquer eliminação ou destruição de concebidos – voluntária ou derivada da imperícia de quem executa a técnica ou da inexistência desta – viola seu direito à vida, visto que a técnica não é conforme com o Direito da Constituição e, por isso, o regulamento questionado é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em razão de que a técnica, considerada em si mesma, contravém o direito à vida, deve-se deixar constância expressa de que, nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente sua aplicação, ao menos, insiste-se, enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas.*⁹¹ (sem grifo no original)

77. Os magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda apresentaram conjuntamente seu voto dissidente à sentença.⁹² Neste voto, os magistrados consideraram que a FIV "não é incompatível com o direito à vida nem com a dignidade humana mas, ao contrário, constitui um instrumento que a ciência e a técnica concederam ao ser humano para favorecê-la, já que a infertilidade [...] deve ser vista como a consequência de um estado genuíno de enfermidade".⁹³ Igualmente, manifestaram que as "[t]écnicas de [r]eprodução [a]ssistida [...] são oferecidas como um meio para exercer o legítimo exercício do direito à reprodução humana, o qual, ainda que não esteja expressamente reconhecido [na] Constituição Política, deriva-se do

⁹¹ Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 94 e 95).

⁹² Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994 a 10996).

⁹³ Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

direito à liberdade e à autodeterminação, os direitos à intimidade pessoal e familiar e à liberdade para fundar uma família”.⁹⁴

D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza

78. Em 30 de maio de 2008, a senhora Henchoz interpôs uma ação de inconstitucionalidade contra a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a qual foi rejeitada categoricamente.⁹⁵ Nesta decisão, a Sala considerou que sua jurisprudência é vinculante “*erga omnes*, salvo para si mesma, de maneira que o critério vertido nel[a] pode ser modificad[o] quando existam motivos para isso ou razões de ordem pública”.⁹⁶

79. Posteriormente, a senhora Henchoz interpôs uma demanda judicial contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, com a finalidade de que lhe fosse permitido realizar a FIV. A Caixa alegou a impossibilidade de realizar este procedimento em razão da Sentença de 15 de março de 2000.⁹⁷ Por meio da sentença de 14 de outubro de 2008, o Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda concluiu que a FIV como mecanismo de reprodução assistida, não estava proibida na Costa Rica enquanto não incorresse nos vícios indicados pela Sala Constitucional, “em especial porque o desenvolvimento atual deste procedimento médico possibilita, em um ciclo reprodutivo feminino, a fecundação de um só óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.⁹⁸

80. O Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda ordenou à Caixa Costarriquenha de Previdência Social elaborar um diagnóstico e realizar os exames médicos correspondentes a fim de determinar a viabilidade para realizar os métodos de reprodução assistida, incluindo a FIV, na senhora Henchoz.⁹⁹ Além disso, afirmou que este procedimento seria realizado respeitando as diretrizes proferidas pela Sala Constitucional, a partir do desenvolvimento atual da técnica, “de maneira que não e[ra] válida a fecundação de mais de um óvulo por ciclo reprodutivo da paciente para sua transferência, nem e[ra] possível a fecundação de dois ou mais óvulos nesse

⁹⁴ Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

⁹⁵ Cf. Decisão nº 2008009578. Ação de inconstitucionalidade promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

⁹⁶ Sentença da Sala Constitucional 2005-10602, 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

⁹⁷ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5845 a 5872).

⁹⁸ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

⁹⁹ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5871).

mesmo ciclo reprodutivo e, muito menos, a seleção de um embrião dentre vários, sua destruição, descarte, congelamento ou experimentação em relação a algum deles".¹⁰⁰

81. A Caixa Costarriquenha de Previdência Social apelou da sentença proferida pelo Tribunal Superior e, em 7 de maio de 2009, os magistrados da Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça anularam esta decisão e declararam improcedente a demanda.¹⁰¹ A Primeira Sala afirmou que "ficou demonstrado [...] que a técnica da fertilização *in vitro* seria contra-indicada para a demandante em razão de sua idade, pois aos 48 anos já perdeu sua capacidade reprodutiva com seus próprios óvulos, o que torna extraordinariamente improvável e remota uma gravidez de maneira assistida", somada ao fato de que a demandante, "depois da sentença impugnada, manifestou através de distintos meios de comunicação coletiva que não se submeteria à técnica da fertilização *in vitro* em razão de sua idade".¹⁰²

82. Por outro lado, em 6 de janeiro de 2005, a Defensoria dos Habitantes emitiu o ofício n° 00117-2005-DHR, motivado por uma denúncia interposta pela senhora Espinoza, no qual afirmou que, depois de haver comparecido a um Hospital parte da Caixa Costarriquenha de Previdência Social, este lhe haveria negado a possibilidade de um tratamento de fertilidade argumentando a ausência de programas para tais efeitos¹⁰³ e não lhe haveria sido entregue um medicamento denominado "menotropina", o qual havia sido dado em outras oportunidades à paciente.¹⁰⁴ No mencionado ofício, a Defensoria emitiu uma série de recomendações, a saber:

[o estabelecimento de] um programa especial para o tratamento da infertilidade e esterilidade de todos os casais e mulheres que vivam esta situação, que desejem exercer seu direito de maternidade e paternidade e não tenham os recursos econômicos para optar por um serviço, atendimento e tratamentos médicos privados.¹⁰⁵

83. Além disso, a Defensoria recomendou a melhora da prestação do serviço e atendimento médico naqueles campos nos quais se requer um tratamento

¹⁰⁰ Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5872).

¹⁰¹ Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

¹⁰² Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009, enviada pelo Estado por meio da comunicação de 22 de janeiro de 2010 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

¹⁰³ Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folhas 5556 a 5562).

¹⁰⁴ Cf. Receita do medicamento "Menotropina" (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5520).

¹⁰⁵ Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

e acompanhamento médico como é o caso da infertilidade e, finalmente, o estabelecimento de diretrizes claras em matéria de medicamentos sanitários.¹⁰⁶

E) Projetos de Lei

84. A Corte observa que, no contexto de uma tentativa de cumprir as recomendações efetuadas pela Comissão Interamericana (par. 1 *supra*), no ano de 2010 foi apresentado um projeto de lei na Assembleia Legislativa para regulamentar a FIV.¹⁰⁷ Entre outros elementos, o projeto partia da proteção de todos os direitos da pessoa humana a partir da fecundação¹⁰⁸ e estabelecia que a FIV podia ser realizada “com a condição de que todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento sejam transferidos à mesma mulher que os produziu”.¹⁰⁹ Igualmente, era proibida “a redução ou destruição de embriões”.¹¹⁰ Além disso, o projeto de lei previa que “[q]uem, na aplicação da técnica da [FIV], destrua ou reduza, ou de qualquer modo mate um ou mais embriões humanos, será punido com prisão de um a seis anos”.¹¹¹ A Corte observa que o projeto de lei não foi aprovado.¹¹² Por sua vez, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS) se pronunciou de forma crítica contra o projeto e ressaltou os “riscos de gravidezes múltiplas que podem ocorrer quando todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento são transferidos à mesma mulher que os produz, o que, por sua vez, incrementa o risco do aborto espontâneo, complicações obstétricas, nascimentos prematuros e morbidade neonatal”.¹¹³ A OPS afirmou que “[t]ransferir a uma mulher todos os embriões produzidos em cada ciclo de um tratamento de [FIV], inclusive aqueles embriões que têm defeitos, pode colocar em perigo o direito à vida da mulher e inclusive ocasionar a realização de um aborto terapêutico, o que por sua vez afeta negativamente o gozo do direito à saúde e de outros direitos humanos relacionados que foram reconhecidos pelos Estados da OPS”.¹¹⁴

¹⁰⁶ Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

¹⁰⁷ Cf. Projeto de Lei sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

¹⁰⁸ Cf. artigo 6 do Projeto de Lei sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

¹⁰⁹ Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

¹¹⁰ Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

¹¹¹ Cf. artigo 19 do Projeto de Lei sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11067).

¹¹² Cf. Contestação da demanda pelo Estado (expediente de contestação, tomo III, folha 1007).

¹¹³ Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 835).

¹¹⁴ Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação *In Vitro* e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde, folha 835.

F) Situação particular das supostas vítimas

F.1) Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo

85. A senhora Grettel Artavia Murillo casou-se com o senhor Miguel Mejías Carballo em 13 de dezembro de 1993.¹¹⁵ À raiz de um acidente de trabalho ocorrido em 1985, o senhor Mejías ficou paraplégico permanentemente com 19 anos de idade,¹¹⁶ razão pela qual decidiram buscar ajuda médica.

86. A médica responsável diagnosticou a impossibilidade de o casal para procriar naturalmente, visto que era impossível chegar a uma gravidez sem assistência médica. Tendo em consideração o anterior, foram realizadas oito inseminações artificiais.¹¹⁷ Para custear os gastos das inseminações, o casal solicitou créditos fiduciários e hipotecários e hipotecou sua casa, além de vender alguns de seus pertences.¹¹⁸ Entretanto, as inseminações artificiais não deram resultado.¹¹⁹

87. Em fevereiro de 2000, a médica responsável informou ao casal que a última alternativa a seguir no tratamento contra a infertilidade seria realizar uma FIV. Um mês depois, em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Costa Rica proferiu a sentença que proibiu a prática no país.¹²⁰ O casal não tinha os recursos econômicos para viajar ao exterior para realizar o tratamento.¹²¹

¹¹⁵ Cf. Certidão do Registro Civil de 14 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo I, folha 4074).

¹¹⁶ O senhor Mejías afirmou que "um aterro desmoronou ao lado da construção e [o] enterrou, e quando conseguiram tirá[-lo] [ele] já tinha uma paraplegia completa a nível de 10 de 12 e lhe indicaram que já não podia voltar a andar, em razão de que havia sofrido uma lesão medular". Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada na audiência pública realizada no presente caso.

¹¹⁷ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075).

¹¹⁸ A esse respeito, a senhora Artavia afirmou que "para custear os gastos [seu] ex-esposo nesse momento teve que proceder a créditos fiduciários e hipotecários, os quais à data não pôde quitar em sua totalidade". Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Além disso, o senhor Mejías declarou que "já havia hipotecado [sua] casa, gastado todas as poupanças que [ele] tinha para poder [eles] realizar a fertilização *in vitro* na Costa Rica". Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹¹⁹ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Igualmente, o senhor Mejías afirmou que fizeram todas as inseminações, mas "não resultou porque [a esposa] tinha um problema de útero". Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁰ O senhor Mejías declarou que quando sua esposa foi operada para resolver o problema que tinha no útero, e quando já "estava bem para ser feita uma técnica de fertilização *In Vitro*, e [eles] felizes e contentes, foi quando os proibiram, e até o momento não pud[eram]". Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência realizada no presente caso.

¹²¹ Sobre este ponto, a senhora Artavia afirmou que desde o momento da sentença que proibiu a prática da FIV eles vinham desesperados e com frustrações "associados à impossibilidade de ir ao exterior para realizar [...] o tratamento por falta de dinheiro". Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4076). Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

88. Em 10 de março de 2011, o casal se divorciou, sendo umas das razões a impossibilidade de terem filhos biológicos.¹²²

F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón

89. Os senhores Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños se casaram em 22 de fevereiro de 1992.¹²³ Dentro de seu núcleo familiar estava a filha do primeiro casamento da senhora Henchoz.¹²⁴

90. Em 1994 decidiram ter filhos. A partir de 1994, o casal realizou 16 inseminações artificiais sem resultados.¹²⁵ Depois de realizar outras três inseminações artificiais com outro médico e de realizar outros exames, em 1999 foi diagnosticado que a única maneira através da qual poderiam ter filhos seria a FIV.¹²⁶ Para isso, o casal realizou uma série de exames de laboratório.¹²⁷ Depois disso, o médico responsável manifestou que “exist[ia] um fator masculino subótimo e realizou um ciclo de inseminação intrauterina com capacitação espermática sem resultados”.¹²⁸

91. No ano de 1999 foram realizados vários procedimentos e exames médicos na senhora Henchoz, como, por exemplo, uma miomectomia, na qual foi removido um fibroma.¹²⁹ O médico responsável afirmou que “no mês de novembro daquele ano foi insemin[ada] novamente sem resultados”.¹³⁰ Em 7 de janeiro de 2000, foram receitados medicamentos à senhora Henchoz para estímulo ovariano.¹³¹ Em 15 de

¹²² Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) e Certidão de divórcio de 10 de março de 2011 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folhas 10269 a 10285).

¹²³ Cf. Certidão do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5902).

¹²⁴ Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada na audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁵ Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que “uma doutora [lhes] recomendou que [lhes] fizesse[m] inseminações artificiais, [lhes] fiz[eram] aproximadamente 15, 16 inseminações artificiais, não v[ir]am resultados tampouco, isso foi muito difícil porque foi muito tempo também”. Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹²⁶ Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885) e declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881).

¹²⁷ Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de hematologia, resultado de urina, “anticorpos anti-espermatozoides”, histerossalpingografia, ultrassonografia transvaginal de junho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5700 a 5703).

¹²⁸ Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹²⁹ Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico “La California” de ultrassonografia vaginal e transvaginal de agosto e novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5708, 5730 a 5733); certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 23 e 25 de novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5738 - 5739 e 5742), e certidão em relação à miomectomia de 9 de setembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5789 e 5790).

¹³⁰ Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹³¹ Cf. Receita do Dr. Escalante para a senhora Henchoz Bolaños dos cinco medicamentos para estímulo ovariano de 1º de janeiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5744 e 5745).

fevereiro, a senhora Henchoz realizou dois exames de laboratório relativos a hormônios e uma ultrassonografia.¹³²

92. Em 10 março de 2000, foi proferida a sentença da Sala Constitucional, razão pela qual o casal decidiu viajar à Espanha para continuar o tratamento.¹³³ Como passos prévios para a viagem, em abril daquele ano foram realizados vários exames médicos e receitados medicamentos.¹³⁴

93. Entre os dias 18 e 28 de abril, o casal esteve na Espanha.¹³⁵ Em 21 de abril de 2000, foram feitos os trâmites e exames de laboratório necessários.¹³⁶ Em 23 de abril seguinte, implantaram dois embriões¹³⁷ na senhora Henchoz. O custo do tratamento na Espanha foi de 463.000 pesetas.¹³⁸

94. Nos dias 2, 5, 8, 15 e 16 de maio de 2000, foram realizados sete exames de comportamento de hormônios para dar acompanhamento à gravidez da senhora Henchoz.¹³⁹ O médico afirmou que "foi realizado um processo de FIV no Instituto Valenciano de Infertilidade, em Valência, Espanha [e que s]e conseguiu [iu] gravidez bioquímica que se desvane[ceu] em alguns dias. Aborto bioquímico".¹⁴⁰

95. O casal decidiu viajar à Colômbia, de maneira que para esta primeira fase da FIV na senhora Henchoz foram realizados exames médicos.¹⁴¹ O senhor Yamuni e

¹³² Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de ultrassonografia transvaginal e de exames de hormônios de 15 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5748 a 5750).

¹³³ Declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que dado que a única maneira em que podiam ter filhos era por meio da FIV, "a única forma era saindo do país, pois a Costa Rica acabava de proibi-lo. O direito a ter filhos [lhes] foi retirado no ano 2000". Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885).

¹³⁴ Cf. Certidão do Laboratório Clínico "La California" de exames de hormônios e ultrassonografia transvaginal de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5753, 5756 a 5762), e receita do estimulante de hormônios do médico responsável de 10 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5754).

¹³⁵ Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 17 de abril de 2000 e de entrada em 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767); nota do pagamento do Hotel "Renasa" em Valência de 24 de abril 2000, e Nota da FIV do Instituto Valenciano de Infertilidade (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).

¹³⁶ Cf. Certidões de trâmites e exames de laboratório de 21 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5775 e 5776).

¹³⁷ Cf. Certidão da transferência embrionária (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5773).

¹³⁸ Cf. Nota do tratamento de 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).

¹³⁹ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de exames de hormônios de 2, 5, 8 e 15 de maio de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5782 a 5787).

¹⁴⁰ Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

¹⁴¹ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de ultrassonografias transvaginais de 13, 20 e 23 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5791 a 5794 e 5799 a 5802). Certidão do Laboratório Clínico "La California" de exame de hormônios de 15 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5792).

a senhora Henchoz viajaram à Colômbia no dia 25 de novembro de 2000.¹⁴² A FIV na Colômbia foi realizada entre 25 de novembro e 3 de dezembro de 2000.¹⁴³ Nos dias 5, 13, 14 e 22 de dezembro de 2000 foram realizados cinco exames de comportamento de hormônios na senhora Henchoz, para dar acompanhamento à possível gravidez,¹⁴⁴ e nos dias 19 e 27 do mesmo mês e ano, duas ultrassonografias.¹⁴⁵ Esta nova tentativa não alcançou resultados.¹⁴⁶ Em 27 de abril de 2001, um relatório de citogenética da seção de genética humana indicou que houve duas perdas.¹⁴⁷

F.3) Oriéster Rojas e Julieta González

96. O senhor Oriéster Rojas e a senhora Julieta González se casaram em 20 de julho de 1996.¹⁴⁸ Depois de transcorridos alguns meses e diante da falta de uma gravidez da senhora González, o senhor Rojas iniciou um tratamento com a Caixa Costarriquenha de Previdência Social. Entre 1997 e 1999, o senhor Rojas realizou um procedimento cirúrgico e vários exames médicos.¹⁴⁹

97. Em 6 de fevereiro de 2001 foi iniciada a primeira fase de preparação da FIV na senhora González, razão pela qual foram emitidas duas receitas médicas, nas quais lhe foram prescritos os medicamentos conhecidos como puregon e lupron,¹⁵⁰ para poder realizar a FIV no Panamá. Em 3, 5, 9 e 12 de março de 2001, a senhora González começou o ciclo de indução à ovulação, um dos passos prévios para posteriormente ir ao Panamá para a realização da FIV.¹⁵¹

¹⁴² Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 25 de novembro de 2000 e de entrada em 2 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767).

¹⁴³ Cf. Certidão da FIV do Laboratório "Conceptum" de Bogotá, Colômbia de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5804).

¹⁴⁴ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de exames de hormônios de 5, 13, 14 e 22 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5805 a 5807 e 5810).

¹⁴⁵ Cf. Certidões do Laboratório Clínico "La California" de ultrassonografias transvaginais de 19 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5808-5809 e 5813-5814).

¹⁴⁶ Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que "fo[ram] à Colômbia, foi a mesma angústia, o mesmo não repouso, a mesma caixinha de cristal no avião. Volt[aram] aqui e, bem, não se originou um bebê". Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

¹⁴⁷ Cf. Relatório de resultados do laboratório de citogenética, seção de genética humana, INISA, Universidade da Costa Rica de 27 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folhas 5817 e 5818).

¹⁴⁸ Cf. Certidão de casamento de Oriéster Rojas e Julieta Gonzalez (expediente de anexos à contestação, tomo VIII, folha 10247).

¹⁴⁹ Cf. Prontuário médico do senhor Oriéster Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social, exames médicos, relatórios, registros médicos e receitas de agosto, outubro e dezembro de 1997, maio e julho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4224 a 4234 4256, 4257 e 4258).

¹⁵⁰ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4263-4264).

¹⁵¹ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, Exames médicos e ultrassonografias de 3, 5, 9 e 12 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4270 a 4281).

98. Entre 13 e 20 de março de 2001, o senhor Rojas e a senhora González estiveram no Panamá com o propósito de realizar um procedimento de FIV.¹⁵² Foi realizado o procedimento da FIV com microinjeção espermática (ICSI) em razão do fator masculino severo.¹⁵³ Depois deste procedimento, foram receitados medicamentos.¹⁵⁴

99. Depois de seu regresso do Panamá, a senhora González foi submetida novamente a provas de hormônios, por meio das quais se determinou que não havia gravidez.¹⁵⁵

100. Em 23 de janeiro de 2002, a senhora González e o senhor Rojas promoveram um processo de adoção direta,¹⁵⁶ o qual foi autorizado.¹⁵⁷

F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Makloun

101. A senhora Claudia Carro Makloun e o senhor Víktor Sanabria se casaram no dia 16 de abril de 1999. A senhora Carro tinha três filhos de seu primeiro casamento, enquanto o senhor Sanabria não tinha filhos de seu primeiro casamento.¹⁵⁸ Antes do casamento, o casal havia comparecido a consultas médicas e, em 21 de setembro de 1998, foi diagnosticado no senhor Sanabria "hipomotilidade espermática" e "viscosidade seminal aumentada",¹⁵⁹ associadas a infertilidade masculina, patologia que se não fosse corrigida condicionava uma muito baixa porcentagem de conseguir uma gravidez natural.¹⁶⁰

102. Por sua vez, na senhora Carro, depois de uma série de análises médicas, entre elas uma histerossalpingografia, foi diagnosticada uma lesão tubária, razão pela qual foi recomendado realizar uma FIV.¹⁶¹ Em outubro do ano de 1998, foi operada com a finalidade de reparar a lesão tubária. Em dezembro de 1999, a senhora Carro

¹⁵² Cf. Recibos de pagamento do Hotel Roma de 13, 14, 15 e 16 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4283-4285).

¹⁵³ Cf. Certidão do médico responsável segundo a qual "foi realizado [na senhora Julieta González] o ICSI no Panamá, onde teve de permanecer por três dias antes de retornar ao país." Certidão de 8 junho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4300).

¹⁵⁴ Receitas emitidas pelo médico responsável (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4286; 4289; 4290); receitas emitidas na Clínica Hospital San Fernando (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4288 e 4290), e recibos de pagamento em diversas drogarias, março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4287, 4293).

¹⁵⁵ Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, exame médico de 30 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4299).

¹⁵⁶ Cf. Expediente de adoção do senhor Oriester Rojas e da senhora Julieta González, Notificação de início do processo de adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4302).

¹⁵⁷ Cf. Sentença n° 318, Expediente n° 02-000029-0673-FA-3 autorizando a adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4498 a 4501).

¹⁵⁸ Cf. Declaração juramentada de Claudia María Carro Makloun "História de vida".

¹⁵⁹ Cf. Registro médico de Gerardo Escalante López de 12 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4700).

¹⁶⁰ Cf. Registro de Gerardo Escalante López de 14 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4702).

¹⁶¹ Cf. Registro do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011: "[...] com história de infertilidade por impermeabilidade tubária bilateral posterior a duas operações cesáreas efetuadas em seu primeiro casamento" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

foi submetida a uma primeira tentativa de FIV, a qual não teve resultados positivos. No início do ano de 2000, a senhora Carro voltou a ser intervinda cirurgicamente.¹⁶²

103. À raiz da sentença da Sala Constitucional, o casal recorreu a realizar a FIV na Espanha, no Instituto Valenciano de Infertilidade (doravante denominado “IVI”), em Madri.¹⁶³

104. O casal viajou à Espanha em outubro de 2001.¹⁶⁴ Em 22 de outubro de 2001, o IVI emitiu uma fatura de 413.000 pesetas espanholas, a título de “atuações profissionais ao paciente”.¹⁶⁵ A FIV realizada na Espanha não foi exitosa, visto que não houve gravidez.¹⁶⁶

105. Em 10 de dezembro de 2002, o casal iniciou um processo de adoção e lhes foi entregue em custódia temporária uma menina.¹⁶⁷ A senhora Carro e o senhor Sanabria se separaram em novembro de 2003 e se divorciaram em 27 de janeiro de 2005.¹⁶⁸ Em 1º de dezembro de 2006, a menina foi entregue em adoção individual ao senhor Sanabria.¹⁶⁹ Em abril de 2009, a senhora Carro adotou um menino.¹⁷⁰

F.5) Giovanni Vega e Joaquinita Arroyo

106. A senhora Joaquinita Arroyo e o senhor Giovanni Vega se casaram em 8 de dezembro de 1989.¹⁷¹

107. Aproximadamente em outubro de 1990, ao não ficar grávida, a senhora Vega iniciou um tratamento médico que implicou vários estudos.¹⁷² Posteriormente a

¹⁶² Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

¹⁶³ Para isso devia receber diariamente doses de LUPRON por via subcutânea. Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4688).

¹⁶⁴ Cf. Comprovante de compra de passagem de avião de 20 de setembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4695).

¹⁶⁵ Cf. Fatura de 413.000 pesetas espanholas emitida pelo IVI na data de 22 de outubro de 2001 em nome de Carro Maklouf, Claudia (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4690).

¹⁶⁶ Cf. Perícia psiquiátrica: “[L]he implantam dois embriões e o resultado é negativo” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4127).

¹⁶⁷ Cf. Expediente de adoção, Autorização, pelo Patronato Nacional da Infância, Escritório de Adoções, do egresso da menina com os senhores Viktor Hugo Sanabria León e Claudia María Carro Maklouf na data de 19 de maio de 2003 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folha 4776).

¹⁶⁸ Cf. Registro Civil, Certidão de divórcio de 16 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4118).

¹⁶⁹ Cf. Sentença judicial de aprovação do pedido de adoção individual por parte de Viktor Hugo Sanabria León de 1º de dezembro de 2006 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folhas 4928 a 4932).

¹⁷⁰ Cf. Perícia psiquiátrica: “No ano de 2009, [a senhora Claudia María Carro Maklouf] adot[ou] seu atual filho” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4128).

¹⁷¹ Cf. Certidão de Registro Civil de 22 de março de 2012 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folha 10251).

¹⁷² “Em fevereiro de 1991, começ[ou] com avaliações médicas para determinar por que razão não ficava grávida, passando por vários monitoramentos de ovulação, com tratamentos para estimular a ovulação”. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266). Cf. Certidão da Clínica de Ultrassonografia Paseo Colón, S.A. de anovulação de 15 de outubro de 1991 e receita de progesterona, 1 ml e Omifin por 5 dias (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4990).

esse tratamento foram feitas 12 inseminações artificiais.¹⁷³ Além disso, o senhor Vega também realizou exames médicos.¹⁷⁴

108. O casal recorreu a outro médico, foram feitos novos exames e a aplicação de outra série de procedimentos de inseminação artificial. Em algumas oportunidades foram realizadas até duas inseminações para um mesmo ciclo.¹⁷⁵

109. Em 25 de outubro de 2000, foi realizada na senhora Arroyo uma laparoscopia com o propósito de determinar as causas do problema para conceber um filho.¹⁷⁶ Em 13 de outubro de 2001, o médico responsável catalogou o caso como de "causa desconhecida" e enviou o casal à Clínica Barraquer, na Colômbia, para realizar a FIV.¹⁷⁷

110. A viagem do casal à Colômbia foi programada para aproximadamente 25 de outubro de 2001.¹⁷⁸ Esta viagem à Colômbia, onde seria realizada a segunda fase da FIV, não aconteceu. Novamente, o casal decidiu iniciar a preparação da FIV a ser realizada na Colômbia, entretanto, em 7 de março de 2002, a senhora Arroyo foi diagnosticada com "fibromas intramurais".¹⁷⁹ Em 4 de abril de 2002, foi realizada uma miomatose uterina.¹⁸⁰ Em 15 de abril foi realizada uma biopsia.¹⁸¹

111. No ano de 2003, o casal adotou uma menina. No ano de 2006, a senhora Arroyo ficou grávida e deu à luz a uma menina em 25 de junho de 2007.¹⁸²

¹⁷³ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5266 e 5267). Cf. Certidões da Clínica de Ultrassonografia Paseo Colón, S.A. de ultrassonografia para acompanhamento folicular de 24 e 27 de março, e 7 de setembro de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 4991, 4993, 4994 e 5267).

¹⁷⁴ Cf. Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 23 de abril de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4992). Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 29 de março de 1995 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5003).

¹⁷⁵ Nesse sentido, a senhora Joaquinita Arroyo afirmou que "inicia[ram] o protocolo de estudo que levou a novos monitoramentos de ovulação, ultrassonografias, um estudo radiológico de cavidade uterina e trompas". Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5268), e Certidões do Centro Médico de Diagnóstico por Ultrassonografia "La California" de ultrassonografias vaginais de 18 de abril, 14 de maio, 5 de setembro de 1996 e 28 e 29 de outubro de 1997 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5010, 5011, 5014, 5016 e 5017).

¹⁷⁶ Cf. Certidão de laparoscopia diagnóstica do Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5044 a 5046).

¹⁷⁷ Cf. Parecer do médico responsável para referir o caso ao especialista da Clínica Barraquer na cidade de Bogotá, na Colômbia, de 13 de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5050).

¹⁷⁸ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo X, folhas 5271).

¹⁷⁹ Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico "La California" de ultrassonografia transvaginal de 7 de março de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5051).

¹⁸⁰ Cf. Certidão da Associação Hospital Clínica Católica da Puríssima Conceção de miomatose uterina de 4 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5053 a 5082).

¹⁸¹ Cf. Certidão do Laboratório "Itopat S.A. de 15 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5084).

¹⁸² Cf. Certidão de nascimento de Sofia Alejandra Vega Arroyo do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5316).

F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez

112. A senhora Espinoza e o senhor Jiménez se casaram em 10 de fevereiro de 2001. No final do ano de 2001, o casal recorreu a um tratamento médico com o fim de buscar uma gravidez. No contexto deste tratamento, o casal realizou vários exames.¹⁸³ Em 23 de julho de 2002, foi feita uma laparoscopia na senhora Espinoza por um diagnóstico de endometriose, de infertilidade primária de sete anos de duração e impermeabilidade tubária.¹⁸⁴

113. Entre agosto de 2002 e 2004, o casal continuou realizando exames médicos¹⁸⁵ e de laboratório.¹⁸⁶ Durante o ano de 2004 foram realizadas na senhora Espinoza três inseminações artificiais e uma laparoscopia, por meio da qual foi determinada “a presença de endometriose pélvica e anomalia anatômica por fator tubário de infertilidade primária” na paciente e, em consequência, “a critério médico, foi sugerido avançar à técnica de reprodução assistida [FIV] como método para poder conceber para ela e seu cônjuge”.¹⁸⁷

114. Em 24 de janeiro de 2006, foi realizada na senhora Espinoza uma laparotomia exploradora por infertilidade e dor pélvica.¹⁸⁸ No ano de 2006, o médico responsável emitiu uma segunda opinião sobre recorrer à FIV. Em consequência, foram realizadas duas vezes a primeira fase da FIV na Costa Rica para ir à Colômbia. Entretanto, não houve resposta ovariana,¹⁸⁹ razão pela qual não continuou à seguinte fase da FIV.

115. Em 26 de outubro de 2007, o casal teve uma menina por gravidez natural.¹⁹⁰

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras

116. De seu primeiro casamento, a senhora María del Socorro Calderón teve dois filhos. Desde o ano de 1989 vive com o senhor Vargas e se casaram em 1995.¹⁹¹

¹⁸³ Cf. Certidões de ultrassonografia ginecológico, mamografia, histerossalpingografia, espermograma e exames de sangue realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5462 a 5486).

¹⁸⁴ Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

¹⁸⁵ Cf. Certidões de ultrassonografias transvaginais, exames de hormônios, entre outros, realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5487 a 5499).

¹⁸⁶ Cf. Certidões de exames de laboratório de 16, 19, 20, 22 e 24 de março de 2004 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5503 a 5509).

¹⁸⁷ Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

¹⁸⁸ A este respeito, a senhora Karen Espinoza afirmou que “em 2004, foi determinado que t[eve] cistos de um tamanho considerável e no Hospital México [l]he realiz[aram] uma cirurgia com risco de uma possível histerectomia”. Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

¹⁸⁹ Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

¹⁹⁰ Cf. Certidão de nascimento do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas tomo IV, anexo XVI, folha 5572).

¹⁹¹ Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616) e certidão do registro civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5631).

117. Em 1994, um médico afirmou à senhora Calderón que outro médico lhe haveria cortado as trompas de Falópio.¹⁹² Posteriormente, foram descobertos cistos nos seus ovários e lhe fizeram uma intervenção médica. Depois, diagnosticaram varicocele no senhor Vargas, o que levou a diversos exames a partir dos quais se concluiu que a única opção do casal para conceber seria a FIV.¹⁹³

118. Após a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a médica lhes explicou a necessidade de utilização de medicamentos e a necessidade de viajar ao exterior para realizar a segunda fase da FIV.¹⁹⁴ O casal decidiu adotar um menino, mas não lhes foi entregue a guarda de nenhuma criança.¹⁹⁵

F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León

119. Em 27 de setembro de 1988, o senhor Enrique Acuña Cartín se casou com a senhora Ana Cristina Castillo León.¹⁹⁶ Depois de quatro anos de casados começaram a tentar uma gravidez. No contexto dos exames realizados, em 1997 foi diagnosticada varicocele no senhor Acuña e determinado que o conteúdo espermático impossibilitaria a concepção natural, razão pela qual foi sugerido recorrer à FIV.¹⁹⁷

120. Por sua vez, a senhora Castillo recorreu a vários médicos e a diagnosticaram com endometriose e útero retrovertido. Além disso, foi determinado que a senhora Castillo sofria de "retroflexão uterina em grau 3" e uma endometriose nas trompas de Falópio, razão pela qual foi operada para corrigir a "retroversão" e revisar suas trompas. Também foi submetida a tratamentos hormonais para suspender seu período menstrual por mais de um ano.¹⁹⁸

121. Posteriormente, o casal realizou 11 inseminações artificiais.¹⁹⁹ Em março de 2000, a senhora Castillo cumpria um protocolo médico para controlar os males

¹⁹² Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616).

¹⁹³ No senhor foi realizada uma varicocelectomia, melhorando em 60% sua condição espermática, mas ainda sem chegar a parâmetros de normalidade. Tanto pelo fator tubário irreversível na paciente como pelo fator masculino existente em seu cônjuge, a única opção para conceber deste casal seria por fertilização *in vitro*. Cf. Registro médico da médica responsável de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5614).

¹⁹⁴ Cf. Registro médico da Dra. Ribas de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5613).

¹⁹⁵ Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5618).

¹⁹⁶ Cf. Certidão do registrado civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5678).

¹⁹⁷ Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5671), e registro da médica responsável de 27 de outubro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4080).

¹⁹⁸ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

¹⁹⁹ Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5673).

diagnosticados e estava à espera do resultado de uma última inseminação, que se não desse resultados positivos, teria como passo seguinte a realização de uma primeira FIV.²⁰⁰

122. Finalmente, o senhor Acuña e a senhora Castillo se divorciaram em 21 de março de 2007.²⁰¹

F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia

123. A senhora Andrea Bianchi Bruna se casou em 15 de junho de 1996 com o senhor Germán Moreno Valencia.²⁰²

124. Após três anos de casamento e diante da impossibilidade de conseguir uma gravidez, o casal recorreu a tratamento médico. No contexto do tratamento, a senhora Bianchi realizou vários exames médicos, entre eles uma histerossalpingografia, os quais indicaram que sofria de endometriose.²⁰³ Por esse motivo, a senhora Bianchi realizou uma primeira cirurgia, uma laparoscopia exploratória,²⁰⁴ a qual indicou como resultado uma obstrução total de suas trompas de Falópio, de modo que o médico lhes afirmou que não havia possibilidade de gravidez que implicasse usar o trajeto das trompas de Falópio.²⁰⁵

125. Durante o ano de 2000, o casal realizou sem êxito três inseminações artificiais. Com posterioridade à sentença da Sala Constitucional de 15 de março, foi-lhes explicado que a única opção para conseguir uma gravidez seria viajar a outro país e, em junho de 2001, lhes foi recomendado viajar imediatamente à Colômbia pelo imprevisto do desenvolvimento dos folículos no ovário. O casal viajou a Bogotá, Colômbia, para iniciar os exames. Depois de várias avaliações médicas, foi realizada a FIV. Entretanto, o procedimento não produziu resultados positivos.²⁰⁶ Em dezembro de 2001, o casal voltou a viajar à Colômbia onde foi realizada uma segunda FIV.²⁰⁷ Em 17 de dezembro de 2001, a prova de gravidez deu positiva. A senhora Bianchi deu à luz a gêmeos em 11 de julho de 2002.²⁰⁸

²⁰⁰ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4103).

²⁰¹ Cf. Certidão do registro civil de divórcio de 21 de março de 2007 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4079).

²⁰² Cf. Certidão do registro civil de casamento de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4107).

²⁰³ Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

²⁰⁴ Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas; “foi recomendado realizar uma operação conhecida como laparoscopia para visualizar a condição e disposição dos órgãos pélvicos femininos” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

²⁰⁵ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4112).

²⁰⁶ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4113 a 4116).

²⁰⁷ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011; “em dezembro, havíamos juntado o necessário para a segunda tentativa [...]” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4116).

²⁰⁸ Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4116).

VII

CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE O OBJETO DO PRESENTE CASO

Argumentos da Comissão e alegações das partes

126. O representante Molina alegou que no presente caso "houve uma política consistente e sustentada por mais de 11 anos que se mantém continuada no Estado costarriquenho em relação à proibição da [FIV] e de qualquer outro método de reprodução assistida que impregn[ou] não somente as ações e omissões de todos os poderes do Estado, mas que se est[endeu] a propiciar na sociedade civil um repúdio a pessoas que sofrem este tipo de incapacidade reprodutiva".²⁰⁹ Por outro lado, argumentou que "depois da decisão, as vítimas experimentaram uma estigmatização social que minou sua honra e reputação social". Nesse sentido, argumentou que "[a] divulgação da proibição da FIV nos meios de comunicação e a caracterização que alguns fizeram da infertilidade foi estigmatizadora para as [supostas] vítimas e seu entorno, e violou seus direitos à intimidade. [Além disso], alguns meios de comunicação, em suas campanhas contra a FIV, emitiram mensagens ofensivas e degradantes para os demandantes em geral, provocando danos em sua saúde mental". Acrescentou que as supostas "vítimas do caso foram julgadas pela sociedade civil em virtude da falta de informação existente sobre o tema, [razão pela qual] constantemente surgiam em diversos meios de comunicação certos juízos de valor dirigidos a menosprezar a luta dos casais com uma ampla gama de desqualificativos".

127. Em relação à exposição pública das supostas vítimas, o representante May argumentou que "se mantém [...] o dano moral que se deriva da exposição pública, do público e dos meios de comunicação, da vida íntima das vítimas, pois é claro que, em última instância, isso foi provocado como uma consequência cuja causa última e decisiva é a sentença de Sala Constitucional".

128. Sobre estas alegações apresentadas pelos representantes, o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*) em relação a que tais fatos não estão incluídos no escrito de submissão apresentado pela Comissão, nem são fatos supervenientes. Por outro lado, alegou que a FIV "não somente não soluciona os problemas de saúde das pessoas inférteis, principalmente das mulheres, mas aumenta os perigos para sua saúde[, porquanto] as mulheres podem sofrer a síndrome de hiperestimulação ovariana, que, em alguns casos, pode provocar desequilíbrio eletrolítico, disfunção hepática e fenômenos trombolíticos que podem ser fatais. Outras complicações incluem sangramento, infecção e torção anexial, que podem por em risco

²⁰⁹ A esse respeito, acrescentou que a suposta "política do Estado fica[va] demonstrada por várias e contínuas ações e omissões", como por exemplo: i) "[a] proibição da Sala Constitucional de se praticar [...] a FIV"; ii) "[a] proibição da Sala a que o Poder Legislativo pudesse exercer sua função [de] legislar sobre a matéria"; iii) "[a] inatividade do Legislativo e do Executivo em relação aos métodos de reprodução assistida"; iv) "[u]ma queixa perante a defensoria dos habitantes"; v) "[u]m processo contencioso-administrativo", e vi) "[u]ma ação de constitucionalidade contra a decisão da Sala".

a vida da mãe”.²¹⁰ Por outro lado, o Estado argumentou que “os efeitos psicológicos da [FIV] na mulher e no casal estão bem documentados”.²¹¹ Além disso, o Estado alegou possíveis danos às crianças concebidas com assistência da FIV e “síndromes raras”.²¹² O Estado asseverou que “outra problemática associada com a técnica da [FIV] e a hiperestimulação ovariana é a geração de gravidezes múltiplas, [as quais] são comuns na prática”, e as quais implicariam “um perigo para a saúde das mulheres”.²¹³

129. Sobre a criopreservação de embriões, o Estado argumentou que, “para conseguir uma conservação adequada, [...] são utilizados crioprotetores, agentes químicos que [...] exercem certo grau de toxicidade sobre os embriões dependendo de sua concentração e do tempo em que foram expostos”. Ao mesmo tempo, “congelar e descongelar embriões pode provocar alterações em suas características morfológicas e na taxa de sobrevivência dos blastômeros, o que pode se traduzir em taxas de implantação mais baixas”. Finalmente, o Estado afirmou também que “a [FIV] acarreta uma série de dilemas e problemas legais igualmente profundos e complicados de resolver”. A esse respeito, apresentou as seguintes problemáticas: i) “não existe consenso [...] sobre o *status* jurídico dos embriões criogenizados e na regulamentação e na duração de sua conservação e de seu destino. Particularmente problemáticas são aquelas situações nas quais os progenitores [...] se separam ou divorciam”; ii) a separação de progenitores que congelaram seus embriões pode levar a se apresentar o tema da paternidade forçada [...] na hipótese de que um dos progenitores exija a implantação do embrião apesar de sua separação ou divórcio”; iii) “a [FIV] apresenta uma profunda problemática em relação à regulamentação da paternidade”, em particular o problema “dos direitos de paternidade do esposo da mulher que se submet[eu] a uma [FIV] heterogênea - com aporte de material genético de um homem distinto de seu marido ou companheiro”, em vista de que “um dos fatores essenciais para determinar a paternidade é a determinação do material genético”.²¹⁴

²¹⁰ Assegurou que “[a] mortalidade relacionada com gravidezes por [FIV] [é] mais alta que a mortalidade materna na população geral[, já que p]ode provocar complicações no parto e pré-eclâmpsia, assim como um aumento no risco de câncer de endométrio e tumores nos ovários”.

²¹¹ Afirmou que “dentro dos problemas de índole psicológica relatados em pacientes que se submetem à [FIV] se encontram, principalmente, a depressão, a ansiedade e o sofrimento não resolvido; e se acrescentam os problemas no relacionamento do casal, tanto em seu funcionamento sexual como em seu estilo de vida”.

²¹² Alegou que “em crianças concebidas com assistência da Técnica da [FIV], o risco é 2 vezes maior para defeitos septais do coração, 2,4 vezes para lábio leporino sem ou com palato fendido, 4,5 vezes maior para atresias de esôfago, 3,7 vezes maior para atresias anorretais, 9,8 vezes maior para anomalias gastrointestinais e 1,54 vezes maior para defeitos musculoesqueléticos, em relação a crianças concebidas naturalmente. Além disso [...] é mais frequente encontrar síndromes raras”. Por outro lado, afirmou que “outros estudos [...] demonstram que a [FIV] poderia estar associada a uma alteração das mudanças epigenéticas nos gametas [FIV] e, portanto, um efeito nos padrões globais de metilação e na regulação genética, e estas mudanças poderiam alterar a expressão genética a longo prazo”.

²¹³ Argumentou que “se são comparadas as gravidezes múltiplas com as simples, os gêmeos e os trigêmeos são, respectivamente, quatro vezes e oito vezes mais propensos à morte perinatal e a um maior risco de apresentar incapacidades a longo prazo”. Afirmou que “uma alternativa para os partos múltiplos [...] consiste na prática denominada “redução embrionária”, técnica que “tem como objetivo provocar a morte seletiva dos embriões já implantados” considerando-a como uma forma de “aborto provocado” e, portanto, sujeita a sanções penais.

²¹⁴ O Estado acrescentou que iv) outra área “onde não existe consenso é o tema dos direitos de maternidade da doadora de óvulos ou da mãe por substituição - suposto ao que haverá de recorrer caso a mulher estéril

Considerações da Corte

130. A Comissão Interamericana concentrou o objeto do presente caso nos efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional. Entretanto, as partes apresentaram alegações em relação aos seguintes temas que excedem o analisado na sentença da Sala Constitucional, a saber: i) um suposto "contexto" alegado pelo representante Molina; ii) a alegada ingerência dos meios de comunicação e da sociedade na vida privada das supostas vítimas, e iii) alegações gerais sobre os problemas que a FIV poderia apresentar. Com o fim de determinar o objeto do presente caso, o Tribunal procederá a estabelecer se estas controvérsias se enquadram no anterior.

131. Em primeiro lugar, este Tribunal estabeleceu que o contexto fático do processo perante a Corte se encontra constituído pelos fatos contidos no Relatório de Mérito submetidos à consideração da Corte.²¹⁵ Em consequência, não é admissível que as partes aleguem novos fatos distintos dos contidos neste relatório, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que tenham sido mencionados no mesmo e tenham sido submetidos à consideração da Corte.²¹⁶ A exceção a este princípio são os fatos que se qualificam como supervenientes, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Além disso, as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos compreendidos no Relatório de Mérito, sempre que se atenham aos fatos contidos neste documento, enquanto são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção.²¹⁷ Portanto, corresponde à Corte decidir em cada caso sobre a procedência de alegações relativas ao contexto fático em resguardo do equilíbrio processual das partes.²¹⁸

132. A Corte nota que a Comissão não alegou o contexto mencionado pelo representante Molina. Entretanto, os fatos que o representante utiliza para alegar este contexto foram indicados pela Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito. A esse respeito, a Corte considera que o representante não apresentou suficiente informação e argumentação que permitisse enquadrar o presente caso em uma "política de Estado" contra a FIV e "de qualquer outro método de reprodução assistida" na Costa Rica. Portanto, o Tribunal considera que o presente caso não se encontra

careça de útero"; v) sobre a "concepção *post humous*", ou seja "quando a mulher solicita que lhe sejam implantados os embriões congelados de seu marido ou companheiro já falecido [...], a concepção ocorre depois da morte do portador do material genético" e isto "levanta uma questão sem resolver [...]: os direitos hereditários da criança nascida dessa concepção", e vi) "a regulamentação do regime de responsabilidade civil das clínicas e médicos praticantes da [FIV é] um tema particularmente sensível nos casos em que os médicos confundiram o material genético e implantaram embriões alheios em uma mulher distinta".

²¹⁵ Cf. *Caso "Cinco Aposentados" Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, par. 153, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

²¹⁶ Cf. *Caso "Cinco Aposentados" Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 52.

²¹⁷ Cf. *Caso "Cinco Aposentados" Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 52.

²¹⁸ Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, par. 58, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

relacionado com a alegada “política de Estado” apresentada pelo representante Molina. Sem prejuízo disso, no que seja relevante, serão levados em consideração os fatos resenhados pelo representante na hora de realizar a análise de mérito.

133. Quanto às violações alegadas pelos dois representantes em relação à ingerência dos meios de comunicação ou da sociedade na vida privada das supostas vítimas e pelos quais o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*), a Corte observa que os fatos que justificam esta alegação não foram incluídos no Relatório de Mérito emitido pela Comissão, razão pela qual não serão considerados como parte do contexto fático do presente caso.

134. Finalmente, a Corte destaca que o Estado apresentou argumentos gerais relacionados aos supostos efeitos ou problemas que a FIV poderia produzir com relação: i) aos possíveis riscos que a prática poderia produzir na mulher; ii) alegadas perturbações psicológicas nos casais que recorrerem à técnica; iii) supostos riscos genéticos que se poderiam produzir nos embriões e nas crianças nascidas desse tratamento; iv) os alegados riscos de gravidezes múltiplas; iv) os supostos problemas que implicaria a criopreservação de embriões, e v) os possíveis dilemas e problemas legais que a aplicação da técnica poderia gerar.

135. A esse respeito, a Corte considera que, embora o Estado tenha apresentado prova e argumentos sobre o anteriormente resenhado, o Tribunal somente levará em consideração, para a análise de mérito no presente caso, aquelas provas e alegações relacionadas com os argumentos explicitamente utilizados na motivação da sentença da Sala Constitucional. Nesse sentido, e em razão do caráter subsidiário²¹⁹ do Sistema Interamericano, a Corte não é competente para resolver controvérsias que não foram consideradas pela Sala Constitucional para argumentar a sentença que declarou inconstitucional o Decreto Executivo n° 24029-S.

VIII

DIREITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR E DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PESSOAL, À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, AO DIREITO A GOZAR DOS BENEFÍCIOS DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO E AO PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

136. Neste capítulo será determinado, em primeiro lugar, o alcance dos direitos à vida privada e familiar e sua relação com outros direitos convencionais para resolver a controvérsia (A). Posteriormente serão analisados os efeitos da proibição da FIV (B). Em seguida interpretar-se-á o artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso (C). Finalmente, será resolvida a suposta violação dos direitos convencionais das supostas vítimas à luz de um juízo de proporcionalidade (D).

²¹⁹ Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C N° 157, par. 66 e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C N° 220, par. 16.

A) Alcance dos direitos à integridade pessoal,²²⁰ à liberdade pessoal²²¹ e à vida privada e familiar²²² no presente caso

Argumentos da Comissão e alegações das partes

137. A Comissão observou que "a decisão [...] de ter filhos biológicos [...] pertence à esfera mais íntima [da] vida privada e familiar[, e ...] a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal". Afirmou que "a vida em comum e a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família". Considerou que "[a] utilização da [FIV] para combater a infertilidade também está estreitamente vinculada ao gozo dos benefícios do progresso científico".

138. O representante Molina alegou que a decisão de "se o casal quer ou não ter descendentes se dá no âmbito privado", e qualificou a infertilidade das supostas vítimas como "incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família".

139. O representante May alegou que a regulamentação [da FIV] deve "desenvolver e possibilitar o conteúdo dos direitos à saúde, ao acesso ao progresso científico, ao respeito à intimidade e autonomia da vontade no âmbito familiar, ao direito a fundar uma família e ao pleno exercício dos direitos reprodutivos das pessoas."

140. O Estado alegou que "a possibilidade de procriar através das técnicas de fecundação *in vitro* [...] não constitu[i] um direito reconhecido dentro do âmbito [da] liberdade pessoal", e, "[a]inda quando o direito a fundar uma família inclui a possibilidade de procriar, o Estado não deve permitir tal possibilidade a qualquer custo". Além disso, alegou que "[a] vida e dignidade humanas não devem dar provas de sua natureza frente às demandas do progresso científico ou médico".

Considerações da Corte

141. Tal como foi afirmado anteriormente (par. 3 *supra*), a Comissão considerou que a proibição da FIV violava os artigos 11.2, 17.2 e 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das supostas vítimas. Os intervenientes comuns acrescentaram a suposta violação dos artigos 4.1, 5.1, e 7 da Convenção, em

²²⁰ O artigo 5 da Convenção Americana (Direito à Integridade Pessoal), em sua parte pertinente, indica: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. [...]

²²¹ O artigo 7 da Convenção Americana (Direito à Liberdade Pessoal), em sua parte pertinente, indica: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

²²² O artigo 11 da Convenção Americana (Proteção da Honra e da Dignidade), em sua parte pertinente, expressa: [...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação [...].

O artigo 17 da Convenção Americana (Proteção da Família), em sua parte pertinente, indica:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. O Estado rejeitou a violação de todos estes direitos. A esse respeito, a Corte observa que existe controvérsia entre as partes sobre os direitos que supostamente haveriam sido violados no presente caso. A seguir, o Tribunal interpretará a Convenção Americana com o fim de determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia.

142. O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.²²³ Além disso, esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana.²²⁴ Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.²²⁵

143. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade.²²⁶ A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.²²⁷ A efetividade do exercício do direito à

²²³ Cf. *Caso do Massacre de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 194, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 161.

²²⁴ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

²²⁵ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 136. *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

²²⁶ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 135.

²²⁷ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 119, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (nº 7525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 41; *Caso X e Y Vs. Países Baixos*, (nº 8978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29; *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57; *Caso Pretty Vs. Reino Unido*, (nº 2346/02), Sentença de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, par. 61 (*"The concept of [']private life['] is a broad*

vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa.²²⁸ A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais,²²⁹ e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.²³⁰ Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico.²³¹

144. A Corte considera que o presente caso trata de uma combinação particular de diferentes aspectos da vida privada, que se relacionam com o direito a fundar uma família, o direito à integridade física e mental, e especificamente os direitos reprodutivos das pessoas.

145. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual somente protege o direito à vida familiar em seu artigo 8, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar.²³² A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 da mesma.²³³ O artigo 17 da Convenção Americana reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa

term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees").

²²⁸ Cf. T.E.D.H., *Caso R.R. Vs. Polônia*, (nº 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 197.

²²⁹ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, par. 119 e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29, e *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57.

²³⁰ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C N° 221, par. 97.

²³¹ Em sentido similar, Cf. T.E.D.H., *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, pars. 71 e 72, onde o T.E.D.H. afirmou que "private life" "[...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent", e precisou em relação ao regulamentação da prática de FIV que "the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8". No *Caso Dickson Vs. Reino Unido*, (nº 44362/04), Sentença de 4 de dezembro de 2007, par. 66, o Tribunal expressou em relação à técnica da reprodução assistida que "Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents". No *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 82, o Tribunal se referiu explicitamente ao direito de ter acesso às técnicas de reprodução assistida, como a FIV, afirmando que "the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life". Ver também T.E.D.H., *Caso P. e S. Vs. Polônia*, (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96, onde o TEDH afirmou que "While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8".

²³² Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 175.

²³³ Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 169.

e na sociedade em geral. A Corte já afirmou que o direito de proteção à família leva, entre outras obrigações, a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.²³⁴ É um direito tão básico da Convenção Americana que não pode ser derogado, ainda que as circunstâncias sejam extremas.²³⁵ O artigo 17.2 da Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, o qual está amplamente consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos.²³⁶ Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família.²³⁷

146. Em segundo lugar, o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.²³⁸ Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos.

147. Em terceiro lugar, a Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas,²³⁹ bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde.²⁴⁰ No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a

²³⁴ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 125, e *Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile*, par. 169. Ver também, *A Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 66.

²³⁵ O artigo 27.2 da Convenção Americana estabelece: “A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: [...] 17 (Proteção da Família)”.

²³⁶ Cf. o artigo 16, inciso 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito dos homens e mulheres de contrair matrimônio e fundar uma família, e no inciso 3 estabelece que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 23.2 reconhece o direito do homem e da mulher a contrair casamento e a construir uma família se têm idade para isso.

²³⁷ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, Artigo 23 - A família, 39º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), par. 5 (“O direito de fundar uma família implica, em princípio, a possibilidade de procriar e de viver juntos”).

²³⁸ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24 (A Mulher e a Saúde), 02/02/99, pars. 21 e 31 b).

²³⁹ Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, pars. 205 e 206, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 250.

²⁴⁰ Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, pars. 220, e *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, par. 137.

integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade.²⁴¹ Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.

148. A Corte afirmou que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde para alcançar uma efetiva proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal.²⁴² A saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças.²⁴³ Em relação ao direito à integridade pessoal, cabe ressaltar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde genética significa que "a mulher e o homem têm a liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito de estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de atendimento à saúde pertinentes".²⁴⁴ O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e a Declaração e o Programa de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, contêm definições sobre a saúde reprodutiva e a saúde da mulher. De acordo com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, "os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo a decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos, o intervalo entre estes e a dispor da informação e dos meios para isso, e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e

²⁴¹ Cf. T.E.D.H., *Caso Glass Vs. Reino Unido* (nº 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, pars. 74-83; *Caso Yardımcı Vs. Turquia*, (nº 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010. Final, 28 de junho de 2010, pars. 55 e 56, e *Caso P. e S. Vs. Polónia* (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm "a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life"; ver também T.E.D.H., *Caso McGinley e Egan Vs. Reino Unido*, (nº 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

²⁴² Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 99, e *Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, par. 121.

²⁴³ Cf. A constituição da Organização Mundial da Saúde, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados e entrou em vigor em 7 de abril de 1948; <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>

²⁴⁴ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000), O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 14, nota de rodapé da página 12.

reprodutiva”.²⁴⁵ Além disso, adotando um conceito amplo e integral de saúde sexual e reprodutiva, afirmou-se que:

A saúde reprodutiva é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não de simples ausência de doenças ou enfermidades, em todos os aspectos concernentes ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não o fazer, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como a outros métodos para o controle da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento à saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis.²⁴⁶

149. Além disso, segundo o Programa de Ação da Conferência, “[d]everiam ser proporcionadas técnicas de fecundação *in vitro* em conformidade com diretrizes éticas e normas médicas apropriadas”.²⁴⁷ Na Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, os Estados se comprometeram a “garantir a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de homens e mulheres no [...] atendimento de saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva”.²⁴⁸ Na Plataforma de Ação, aprovada conjuntamente com a Declaração, definiu-se o atendimento da saúde reprodutiva como “o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem à saúde e ao bem-estar reprodutivo, ao evitar e resolver os problemas relacionados com a saúde reprodutiva”.²⁴⁹ De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS), a saúde sexual e reprodutiva implica que “as pessoas possam desfrutar de uma vida sexual satisfatória, segura

²⁴⁵ Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁶ Cf. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁷ Cf. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁸ Cf. Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 30; www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf.

²⁴⁹ Cf. Plataforma de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 94, que afirma também que “a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de planejamento da família de sua escolha, assim como o direito a outros métodos para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento da saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis”; <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

e responsável, bem como a capacidade para se reproduzir e a liberdade de decidir se se reproduzem, quando e com que frequência".²⁵⁰ A saúde reprodutiva implica também os direitos do homem e da mulher a serem informados e a ter livre escolha e acesso a métodos para regular a fecundidade que sejam seguros, eficazes, de fácil acesso e aceitáveis.

150. Finalmente, o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva guarda relação com o direito a ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito ao gozo dos benefícios do progresso científico foi reconhecido internacionalmente²⁵¹ e, no âmbito interamericano, encontra-se contemplado no artigo XIII da Declaração Americana²⁵² e no artigo 14.1 b) do Protocolo de San Salvador. É importante mencionar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Declaração sobre este direito, afirmou a relação entre este e a satisfação das necessidades materiais e espirituais de todos os setores da população.²⁵³ Portanto, e em conformidade com o artigo 29 b) da Convenção Americana, o alcance dos direitos à vida privada, autonomia reprodutiva e a fundar uma família, derivados dos artigos 11.2 e 17.2 da Convenção Americana, estende-se ao direito de toda pessoa a se beneficiar do progresso científico e de suas aplicações. Do direito de acesso ao mais alto e efetivo progresso científico para o exercício da autonomia reprodutiva e a possibilidade de formar uma família se deriva o direito a ter acesso aos melhores serviços de saúde em técnicas de assistência reprodutiva e, em consequência, a proibição de restrições desproporcionais e desnecessárias *de iure* ou *de facto* para exercer as decisões reprodutivas que correspondam em cada pessoa.

151. No presente caso, o Estado considera que os direitos mencionados podiam ser exercidos de diversas maneiras, sob o pressuposto de que não existia uma proibição absoluta da FIV. Este aspecto foi controvertido pelas demais partes. Por essa razão, a Corte determinará a seguir se existiu uma restrição aos direitos que foram mencionados para depois analisar a justificativa do Estado para argumentar tal restrição.

B) Efeitos da proibição absoluta da FIV

Argumentos da Comissão e alegações das partes

152. A Comissão caracterizou o resultado da decisão da Sala Constitucional como uma "proibição" da FIV de caráter "absolut[o]", que constitui "uma limitação do direito

²⁵⁰ Organização Pan-Americana da Saúde, Saúde nas Américas 2007, Volume I - Regional, Washington D.C., 2007, pág. 151, citado na declaração perante agente dotado de fé pública do perito Paul Hunt.

²⁵¹ O Artigo 15 b) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe que "os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: [...] b) desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações".

²⁵² O artigo XIII da Declaração Americana estabelece: "Toda pessoa tem o direito de [...] gozar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas".

²⁵³ Cf. Nações Unidas, Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada pela Assembleia Geral em sua resolução 3384 (XXX), de 10 de novembro de 1975, par.

a formar uma família de acordo com as decisões do casal". Além disso, a Comissão argumentou que "enquanto a [FIV] constitui um meio para materializar uma decisão protegida pela Convenção Americana, a proibição de ter acesso à técnica constitui necessariamente uma interferência ou restrição no exercício dos direitos convencionais".

153. O representante Molina caracterizou o resultado da sentença da Sala Constitucional como uma "proibição absoluta" e "continuada" da FIV, em vista de que "não somente resultou em uma ingerência ou invasão abusiva e arbitrária na autonomia e privacidade das [supostas] vítimas do caso, mas se constituiu em uma anulação absoluta do direito a decidir ter filhos biológicos".

154. O representante May argumentou que "[a] proibição da [FIV] perpetua uma situação de inabilidade física para o pleno gozo da saúde corporal, corrigível com a participação da ciência moderna", razão pela qual "é também uma forma de agressão física contra os casais estéreis ao lhes ser limitada a possibilidade de superar sua condição de doença ou deficiência". Acrescentou que "[a] proibição da prática da [FIV...] é uma real limitação do exercício pleno das funções naturais da mulher e do homem".

155. O Estado alegou que a decisão da Sala Constitucional não resultou em uma "proibição" da FIV como tal, em razão de que a sentença "não anulou de maneira definitiva a possibilidade de realizar a fecundação *in vitro* na Costa Rica [, mas] unicamente anulou uma técnica específica existente desde o ano de 1995 e regulamentada pelo Decreto Executivo". Acrescentou que "não podem ser praticados métodos de fecundação que atentem contra" "o direito à vida desde a concepção", mas "quando o Estado considere que 3. uma determinada técnica seja compatível com esses parâmetros, pode permiti-la e regulamentá-la". Argumentou que "[a] [sentença] expressamente afirma que esta técnica poderia ser regulamentada se forem seguidos certos parâmetros considerados necessários para cumprir a proteção à vida dos embriões[, de modo que] não é verdade que tenha sido cerceada a possibilidade de se efetuar o procedimento na Costa Rica, mas o procedimento deve ser ajustado aos requerimentos da Sala Constitucional". O Estado alegou que "deve ser considerado como um fato controvertido que as supostas vítimas pudessem efetivamente fazer parte de uma lista de espera para realizar o procedimento" da FIV "no ano de 2000 quando se dá a proibição", em particular, porque "muitos dos casais não foram diagnosticados com infertilidade, até muito tempo depois de iniciado o processo perante a Comissão e outros ainda se encontravam efetuando procedimentos de inseminação nesse momento".

156. Por outro lado, o Estado alegou que a Sentença "não proíbe a FIV em geral, mas se refere exclusivamente à técnica que era usada naquele momento, por meio da qual se sabe que a vida humana em uma porcentagem considerável dos casos não tem possibilidade de continuar". Em relação à possibilidade de realizar a FIV atualmente, o Estado afirmou que "[hoje] a ciência não pratica uma técnica *in vitro* que seja compatível com o direito à vida protegido na Costa Rica; prova disso é que, em razão do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tentou-se regulamentar o tema e foi apresentado à Assembleia Legislativa da Costa Rica um

projeto de lei que regulamentasse esta técnica, mas que, por sua vez, protegesse o direito à vida desde a concepção, tal como foi concebido na Costa Rica. Nessa linha, o projeto proibia o congelamento de embriões e obrigava a implantar todos os óvulos fecundados sem possibilidade de fazer seleção". Acrescentou que é por isso que "qualquer técnica que se tente na Costa Rica protegendo a vida desde a concepção, resultará medicamente inviável atualmente e, por isso, a impossibilidade de implementação até este momento, 12 anos depois da sentença da Sala Constitucional".

Considerações da Corte

157. O Tribunal constata que a Sala Constitucional anulou o Decreto Executivo por meio do qual se autorizava a prática da FIV por considerá-lo inconstitucional (par. 72 *supra*). Tanto os dois representantes como a Comissão caracterizaram a decisão como "proibição absoluta", que não permite a realização desta técnica sob nenhum motivo, enquanto o Estado alegou que seria uma "proibição relativa", porquanto a possibilidade de praticar e regulamentar a FIV poderá ocorrer quando a técnica consiga cumprir os requisitos estabelecidos pela Sala Constitucional em sua sentença, ou seja, quando, em palavras do Estado, a FIV não atente contra "o direito à vida desde a concepção".

158. A esse respeito, a Corte observa que na sentença da Sala Constitucional foi incluído um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, pois manifestou que "como o direito se declara a favor de todos, sem exceção, - qualquer exceção ou limitação destrói o conteúdo próprio do direito - deve ser protegido tanto no ser já nascido como no por nascer".²⁵⁴ Entretanto, a Sala Constitucional afirmou que "os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados [al]i desapareçam",²⁵⁵ razão pela qual a Sala manifestou que "dev[ia] deixar expressa constância de que nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente [a] aplicação [da FIV], ao menos [...] enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas".²⁵⁶

159. O Tribunal constata que a Sala Constitucional considerou que se a técnica da FIV pudesse ser realizada respeitando um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, esta poderia ser realizada no país. Entretanto, a Corte considera que embora na sentença da Sala Constitucional tenham sido utilizadas palavras condicionantes para admitir a prática da FIV no país, a verdade é que 12 anos depois de proferida a sentença, esta técnica não é realizada na Costa Rica (par. 67 *supra*). Por isso, o Tribunal considera que a "condição suspensiva" estabelecida na sentença, até o momento, não produziu efeitos práticos reais. Por isso, sem entrar a catalogá-la como proibição "absoluta" ou

²⁵⁴ Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

²⁵⁵ Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

²⁵⁶ Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

“relativa”, é possível concluir que a decisão da Sala Constitucional causou como fato não controvertido que a FIV não seja praticada no território costarricense e que, portanto, os casais que desejem recorrer a esta técnica não podem realizá-la neste país. Além disso, em razão de que a Sala Constitucional condicionou a possibilidade de realizar a técnica a que não houvesse nenhuma perda embrionária na aplicação da mesma, isto implica, na prática, uma proibição da mesma, uma vez que a prova nos autos indica que, até o momento, não existe uma opção para realizar a FIV sem que exista alguma possibilidade de perda embrionária.²⁵⁷ Em outras palavras, seria impossível cumprir a condição imposta pela Sala.

160. Apesar de que o efeito, na prática, foi o afirmado anteriormente, a Corte considera que a restrição ou ingerência que foi gerada às supostas vítimas a partir da decisão da Sala Constitucional adoece de problemas de previsibilidade. A esse respeito, a Corte recorda que uma norma ou mandato é previsível se formulado com a suficiente precisão que permita a uma pessoa regular sua conduta com base na mesma.²⁵⁸ Em particular, o Tribunal observa que a sentença não é suficientemente clara, a princípio, para deixar estabelecido se a prática da FIV se encontrava ou não proscria no país, o que se evidencia com o debate que apresentaram as partes em relação a se a proibição é absoluta ou não (pars. 152 a 156 *supra*) ou com a sentença de 14 de outubro de 2008 do Tribunal Superior do Contencioso e Civil de Fazenda, na qual afirmou que era possível realizar a FIV no país se fosse realizada “a fecundação de um único óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.²⁵⁹

161. A sentença da Sala Constitucional implicou, então, que já não fosse realizada a FIV na Costa Rica. Além disso, esta sentença gerou a interrupção do tratamento médico que algumas das supostas vítimas do presente caso haviam iniciado, enquanto outras se viram obrigadas a viajar a outros países para poder ter acesso à FIV. Estes fatos constituem uma interferência na vida privada e familiar das supostas vítimas, que tiveram de modificar ou variar as possibilidades de ter acesso à FIV, o que constituía uma decisão dos casais em relação aos métodos ou práticas que desejavam tentar, com o fim de procriar um filho ou uma filha biológicos. A referida sentença provocou uma modificação no curso de ação dos casais, em relação a uma decisão que já haviam tomado: a de tentar ter filhos através da FIV. A Corte esclarece que a ingerência no presente caso não se encontra relacionada ao fato de que as famílias tenham ou não podido ter filhos, pois ainda se houvessem podido ter acesso à técnica

²⁵⁷ Cf. Declarações do perito Zegers (expediente de mérito, tomo VI, folha 2848) e da perita Garza (expediente de mérito, tomo VI, folha 2576).

²⁵⁸ Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2011. Série C Nº 233, par. 199; ver também T.E.D.H., *Caso Landvreugd Vs. Países Baixos*, (nº 37331/97), Sentença de 4 de junho de 2002. Final, 4 de setembro de 2002, par. 59 (“[T]he Court reiterates that a rule is ‘foreseeable’ if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct”).

²⁵⁹ Sentença nº 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso, Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, Expediente nº 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

da FIV, não é possível determinar se este objetivo teria sido alcançado, de maneira que a ingerência se circunscreve à possibilidade de tomar uma decisão autônoma sobre o tipo de tratamento que queriam tentar para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos. Sem prejuízo do anterior, a Corte observa que algumas das supostas vítimas afirmaram que uma das causas que influiu na ruptura do laço matrimonial foi o impacto da proibição da FIV na impossibilidade de terem filhos.²⁶⁰

162. Ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que em geral causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada. Antes de efetuar um juízo de proporcionalidade a esse respeito, o Tribunal considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do "direito à vida" do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar perda de embriões.

C) Interpretação do artigo 4.1. da Convenção Americana para o presente caso

Argumentos da Comissão e alegações das partes

163. A Comissão afirmou que "o artigo 4.1 da Convenção p[oderia] ser interpretado no sentido de conceder uma faculdade ao Estado de regulamentar a proteção da vida desde o momento da concepção, mas não necessariamente um mandato para conceder esta proteção". Argumentou que este artigo "não estabelec[ia] um direito absoluto ou categórico em relação às etapas pré-natais da vida" e que existia "um reconhecimento internacional e comparado do conceito de proteção gradual e incremental da vida na etapa pré-natal". Acrescentou que "a interpretação do artigo 4.1 da Convenção indica que o exercício de uma faculdade concebida por este instrumento internacional não está isento de escrutínio [da Corte] quando interfere com o exercício de outros direitos estabelecidos no mesmo, tais como, no presente caso, os direitos à vida privada, familiar, autonomia e a fundar uma família".

²⁶⁰ Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) ("Quero deixar claro que o Estado, através de um de seus Poderes, cerceou meu direito a ser mãe e, portanto, levou ao [f]racasso o meu relacionamento matrimonial pelas depressões que sofremos tanto meu ex-marido como eu, à raiz [da] proibição [da FIV], sendo que o melhor foi que terminássemos o relacionamento, deixando ainda uma ferida maior, e com um dano moral incalculável") e Declaração de Ana Cristina Castillo León perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folha 2224) ("Embora seja certo que um casamento pode se romper ou se desgastar por muitas razões, oito anos de constantes tratamentos de hormônios, visitas a médicos, laboratórios, farmácias, constantes gastos econômicos, exposição de nossa vida íntima a ser julgada pela sociedade, tensão de casal por não poder resolver o problema de ter filhos, definitivamente causam grande dano em um relacionamento de casal. Esse é meu caso. A grande desilusão, frustração de ver os direitos constitucionais de formar uma família e não contar com mais poder aquisitivo para ir a outro país em busca de uma [fecundação] *In Vitro* foram uma grande dificuldade em meu casamento. Deu-se a dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio era iminente").

164. O representante Molina alegou que “a concepção [...] não é um conceito unívoco” e que “a decisão da Sala se cingiu a uma determinada corrente filosófica sobre [sua] definição, [...] desatendendo a tutela que implica [va] a incapacidade reprodutiva de procriar”. Acrescentou que “a frase ‘em geral’ [...] supõe exceções suficientes para que não se deixem desprotegidos outros direitos” e que “deve [...] existir uma interpretação em relação ao direito à vida que permita e não restrinja de maneira absoluta a proteção dos direitos convencionais”.

165. O representante May alegou que o direito à vida “não tem caráter absoluto nem irrestrito” e “está sujeito a exceções e a condições”. Declarou que “a jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos [...] nunca afirmou que o não nascido seja credor de uma proteção absoluta, irrestrita e incondicional a partir do momento da concepção ou implantação” e “[t]ampouco os Tribunais Constitucionais formularam tal asseveração”. Afirmou que, embora “[o] direito interno pode conceder proteção mais ampla [...], essas ampliações não podem “suprimir o gozo e o exercício dos direitos”. Argumentou que as definições de vários dicionários afirmam que o “momento da fertilização é um processo distinto ao da concepção ou implantação”. Além disso, argumentou que qualquer proteção jurídica da vida a partir da “concepção” deve surgir a partir da implantação do embrião no útero materno, pois antes da implantação exitosa e saudável no útero materno não há nenhuma possibilidade de que se gere um novo ser”. Manifestou que “[p]ostular a fertilização como o surgimento de uma nova pessoa humana é arbitrário e incorreto” e “menospreza também o papel da mãe durante o desenvolvimento no útero”. Por outro lado, argumentou que “o nascimento com vida determina a existência da pessoa humana e o reconhecimento de sua personalidade jurídica”, de maneira que “não é titular de um direito irrestrito e incondicional à vida”, e “[o] não nascido é um bem jurídico, mas não uma pessoa”.

166. O representante May alegou que “o artigo 4.1 [da Convenção Americana não] contempla [...] dentro de seu conteúdo ou *ratio legis* o embrião” e que os tratados internacionais de direitos humanos não contêm “uma referência expressa da qual se possa deduzir que um embrião ou um pré-embrião são vida humana, menos ainda que seja pessoa humana ou ser humano”. Além disso, seria insustentável a “posição da margem de apreciação” porque faria depender o conteúdo substantivo dos direitos humanos da interpretação estatal”. O representante May alegou que “[n]enhum texto internacional, exceto o artigo 4.1 [da Convenção], protege o direito à vida a partir do momento ou processo da concepção ou implantação”, enquanto os “demais instrumentos internacionais se referem unicamente a um direito que protege a vida do ser que nasceu vivo e não ao não nascido”.

167. O Estado alegou que “a evidência científica [...] demonstra que o início da vida humana começa com a concepção, ou seja, com a fertilização ou fecundação”, a qual ocorre quando “as membranas das células do espermatozóide e do óvulo se fundem”. Considerou que “[c]ientificamente o zigoto [e] um adulto são equivalentes [por serem] organismos humanos completos em diferentes etapas do ciclo humano”. Acrescentou

que o zigoto "não é simplesmente uma célula humana [...], mas um novo ser humano", que "abriga todas as instruções necessárias para construir o corpo humano, o qual imediatamente inicia uma complexa sequência de eventos que estabelece as condições moleculares para o contínuo processo de desenvolvimento embrionário" e, "por divisões sucessivas e diferenciação, formará cada uma das células presentes no embrião, feto, recém-nascido, criança e adulto". Além disso, afirmou que se deve "prote[ger] ao mais vulnerável dos seres humanos: o embrião e reconhecer sua dignidade intrínseca além de sua vinculação com o útero materno". Concluiu que "se o embrião humano é [...] um ser humano, em conformidade com a mesma definição que dá o artigo 1.2. [da Convenção], o embrião humano é pessoa".

168. Em relação a uma interpretação teleológica, o Estado argumentou que, "embora no momento de elaborar a Convenção Americana, em 1968, não se tinha certeza de quando ocorria a concepção, e não existia a [FIV], é claro que a norma obriga os Estados a proteger a vida humana desde sua etapa embrionária mais precoce", em vista de que "a intenção da maioria dos Estados do sistema interamericano sempre foi proteger a vida humana desde [o] momento da concepção", razão pela qual os "termos 'concepção' e 'fecundação' devem ser tratados como sinônimos". Argumentou que do processo de aprovação da Convenção Americana "se observa claramente que não é verdade que a intenção dos Estados não tenha sido a proteção da vida desde a concepção pois, ao contrário, esse foi o objetivo buscado ao se aprovar a norma, à diferença do que havia ocorrido anos atrás ao se emitir a Declaração Americana". Alegou que a interpretação da palavra "concepção" não pode ser realizada por meio de referência ao Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, por não ser "a literatura de referência que normalmente se utiliza para entender termos científicos", tampouco "foi atualizada a definição de concepção em conformidade com os avanços científicos desde 1947" e uma "interpretação desta natureza tem um caráter restritivo, o que não é permitido pelo artigo 29.1 da Convenção". Por outro lado, argumentou que "a frase 'em geral' está pensada unicamente para casos excepcionais como a legítima defesa, risco de morte da mãe ou aborto involuntário".

169. Em relação a outros tratados internacionais de direitos humanos, o Estado afirmou que a Declaração Universal de Direitos Humanos "protege o ser humano a partir de sua individualidade, a qual pode ser determinada a partir do momento da união do óvulo e do espermatozoide" e que o "Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe". Acrescentou que o "direito à vida de forma absoluta foi admitid[o ...] inclusive pelo Comitê de Direitos Humanos", e que a Convenção sobre os Direitos da Criança protege "[a] criança inclusive antes de nascer". Sobre este último tratado, alegou que "os Estados acordaram que o conceito [de criança] deveria ter tal amplitude que permitisse que os países que optassem por dar proteção aos menores [de idade] desde antes de seu nascimento pudessem ser parte do instrumento internacional sem ter de modificar sua respectiva legislação", de modo que argumentou que existe "uma

margem de apreciação a fim de conceder a condição de criança aos menores não nascidos”, como o faz a normativa costarriquenha sobre a matéria.

170. Finalmente, o Estado alegou que “a doutrina do consenso moral como fator da margem de apreciação [...] estabeleceu que, a fim de restringi-lo, o consenso deve ser claro e evidente”. A esse respeito, argumentou que: i) não “existe consenso em relação ao estatuto jurídico do embrião”; ii) “não existe consenso sobre o início da vida humana, [portanto] deve-se também conceder margem de apreciação sobre a regulamentação da técnica” da FIV, e iii) não é válido o argumento de que “como existem outros Estados que, por omissão legislativa, permitem a prática da [FIV], a Costa Rica perdeu sua margem de apreciação”. Considerou que “[a] doutrina da margem de apreciação foi amplamente desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos” e que na jurisprudência da Corte Interamericana existem alguns precedentes que “contemplam a possibilidade de o Estado regulamentar determinadas matérias em conformidade com sua discricionariedade”.

Considerações da Corte

171. A Corte afirmou que o objeto do presente caso se centra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas (par. 135 *supra*). A decisão da Sala Constitucional considerou que a Convenção Americana exigia proibir a FIV tal como se encontrava regulamentada no Decreto Executivo (par. 76 *supra*). Para isso, a Sala interpretou o artigo 4.1 da Convenção entendendo que este artigo exigia uma proteção absoluta do embrião (par. 75 *supra*). Por sua vez, o Estado ofereceu argumentos complementares para defender essa interpretação realizada pela Sala. A esse respeito, a Corte analisou com muito detalhe o presente caso tendo em consideração que interveio o mais Alto Tribunal da Costa Rica, e que este em sua sentença, realizou uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana. Entretanto, esta Corte é a intérprete última da Convenção, motivo pelo qual considera relevante precisar o pertinente em relação aos alcances deste direito. Em consequência, o Tribunal analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas (par. 75 *supra*) é admissível à luz deste tratado e tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes.

172. Até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que o presente caso suscita em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes atribuíveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos.²⁶¹ Em virtude deste papel fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das

²⁶¹ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, par. 144, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C N° 214, par. 186.

condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito. Além disso, a Corte afirmou que o direito à vida pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição.²⁶² Isso inclui adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e proteger o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna.

173. No presente caso, a Sala Constitucional considerou que estes e outros alcances do direito à vida obrigam a efetuar uma proteção absoluta do embrião no contexto da inviolabilidade da vida desde a concepção (par. 76 *supra*). Para analisar se existe uma obrigação de proteção absoluta nesses termos, a Corte procede a analisar o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana em relação às palavras "pessoa", "ser humano", "concepção" e "em geral". O Tribunal reitera sua jurisprudência segundo a qual uma norma da Convenção deve ser interpretada de boa-fé, de acordo com o sentido comum que há de se atribuir aos termos do tratado em seu contexto e tendo em consideração o objeto e fim da Convenção Americana, qual seja a eficaz proteção da pessoa humana,²⁶³ bem como por meio de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos²⁶⁴. Nesse contexto, a seguir será realizada uma interpretação: i) em conformidade com o sentido comum dos termos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, e iv) do objeto e fim do tratado.

C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos

174. O artigo 1 da Convenção Americana estabelece:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. *Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.* (sem grifo no original)

²⁶² Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 120, e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C. N° 252, par. 145.

²⁶³ *Mutatis mutandi, Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 33.

²⁶⁴ Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, par. 38, e *Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 244, par. 33.

175. O artigo 4.1 da Convenção Americana afirma:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

176. No presente caso, a Corte observa que o conceito de “pessoa” é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à “concepção” e ao “ser humano”, termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica.

177. O Tribunal constata que a Sala Constitucional optou por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começa a vida (par. 73 *supra*). A partir disso, a Sala Constitucional entendeu que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida (par. 73 *supra*).

178. A esse respeito, no presente caso as partes também enviaram como prova um conjunto de artigos científicos e de pareceres periciais que a seguir serão utilizados para determinar o alcance da interpretação literal dos termos “concepção”, “pessoa” e “ser humano”. Além disso, a Corte se referirá ao significado literal da expressão “em geral” estabelecida no artigo 4.1 da Convenção.

179. O Tribunal faz notar que a prova nos autos evidencia como a FIV transformou a discussão sobre como era entendido o fenômeno “da concepção”. De fato, a FIV reflete que pode passar um tempo entre a união do óvulo e do espermatozoide, e a implantação. Por tal razão, a definição de “concepção”, que tinham os redatores da Convenção Americana, mudou. Antes da FIV não era contemplada cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher.²⁶⁵

180. A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião.²⁶⁶ Outra corrente entende “concepção” como o

²⁶⁵ A esse respeito, o perito Zegers afirmou que “em 1969, ninguém imaginou que seria possível gerar vida humana fora do corpo da mulher. Foram 10 anos mais tarde que foi comunicado pela primeira vez o nascimento do primeiro bebê usando TRA”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁶⁶ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: Is this cell a Human Being?, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: The Westchester Institute For Ethics & the Human Person, Vol 1, n° 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a

momento de implantação do óvulo fecundado no útero.²⁶⁷ O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião.²⁶⁸

181. Por sua vez, o perito Zegers afirmou que quando foi assinada a Convenção Americana, em 1969, a Real Academia da Língua Espanhola definia "concepção" como "ação e efeito de conceber",²⁶⁹ "conceber" como "ficar grávida a fêmea" e "fecundar"²⁷⁰ como "unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser".²⁷¹ A Corte observa que o Dicionário atual da Real Academia da Língua Espanhola mantém quase por completo as definições das palavras anteriormente mencionadas.²⁷² Além disso, o perito afirmou que:

uma mulher concebeu quando o embrião se implantou em seu útero [...]. [A] palavra concepção faz referência explícita à gravidez ou gestação[, que] começa com a implantação do embrião[.] [...] já que a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião. Somente há evidências da presença de um embrião quando este se uniu celularmente à mulher e os sinais químicos deste evento podem

6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: Diário ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁶⁷ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁶⁸ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condit, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, nº 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: Diário ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004, (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁶⁹ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁷⁰ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁷¹ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012). Em sentido similar, a perita Bergallo declarou que o dicionário da Real Academia, "vigente na edição 19, que era a vigente na época de elaboração da Convenção, definia concepção incluindo o dado da fecundação e da proteção do embrião implantado". Declaração da perita Paola Bergallo perante a Corte durante a audiência pública realizada no presente caso.

²⁷² A esse respeito, o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola atualmente vigente define "concepção" como "ação e efeito de conceber". A palavra "conceber" é definida em sua terceira acepção como "dito de uma fêmea: Ficar grávida". E a palavra "fecundar" é definida como "unir a célula reprodutora masculina à feminina para dar origem a um novo ser". Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=concepci%C3%B3n>; <http://lema.rae.es/drae/?val=concebir>, e <http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

ser identificados nos fluídos da mulher. Este sinal corresponde a um hormônio chamado Gonadotropina Coriônica e *o mais precoce que pode ser detectado é sete dias depois da fecundação, com o embrião já implantado no endométrio.*²⁷³ (sem grifo no original)

182. Por outro lado, segundo o perito Monroy Cabra, a palavra concepção é “um termo médico-científico e foi interpretado no sentido de que é produzido [com] a fusão entre o óvulo e o espermatozoide”.²⁷⁴ Em termos parecidos, a perita Condíc considerou que “a vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um ‘momento de concepção’ observável”.²⁷⁵

183. Então, além destas duas possíveis hipóteses sobre o momento em que se deve entender que ocorre a “concepção”, as partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano,²⁷⁶ enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno.²⁷⁷ Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso.²⁷⁸

184. A Corte observa que, embora alguns artigos afirmem que o embrião é um ser humano,²⁷⁹ outros artigos ressaltam que a fecundação ocorre em um minuto,

²⁷³ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846). Além disso, o perito Zegers afirmou que “[s]e a intenção houvesse sido definir o direito à proteção desde o momento da fecundação, haveria sido usada essa palavra que no dicionário define perfeitamente tal evento”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁷⁴ Declaração do perito Monroy Cabra perante a Corte Interamericana durante a audiência pública realizada no presente caso.

²⁷⁵ Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condíc (expediente de mérito, tomo V, folha 2592).

²⁷⁶ Nesse sentido, *inter alia*: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656), e Maureen L. Condíc, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594).

²⁷⁷ Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

²⁷⁸ A esse respeito, a perita Condíc afirmou que “um número de definições alternativas de quando inicia a vida humana foram oferecidas, incluindo a singamia (aproximadamente 24 horas depois da fusão espermatozoide-óvulo), implantação (aproximadamente cinco dias depois da fusão espermatozoide-óvulo), formação da linha primitiva (aproximadamente 14 dias depois da fusão espermatozoide-óvulo) e início da função cerebral”. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condíc (expediente de mérito, tomo V, folha 2589).

²⁷⁹ Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condíc, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condíc, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, n° 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a

mas que o embrião se forma sete dias depois, razão pela qual se alude ao conceito de "pré-embrião".²⁸⁰ Algumas posturas associam o conceito de pré-embrião aos primeiros 14 dias, porque depois disso se sabe se há uma criança ou mais.²⁸¹ A perita Condic, o perito Caruso e determinada literatura científica rejeitam estas ideias associadas ao conceito de pré-embrião.²⁸²

185. Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais,²⁸³ no sentido de que não existe uma definição

6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: Diário ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

²⁸⁰ O declarante a título informativo Escalante afirmou que "[d]esde o momento da fertilização ou fecundação – ou seja penetração do espermatozoide no óvulo - e durante os 14 dias seguintes, o óvulo fertilizado consiste em um grupo celular crescente, com células idênticas, onde não há tecidos especializados nem órgãos. Neste período (pré-embrionário) não há individualidade já que uma de oito células pode se dividir em duas de quatro e se ambos implantam, nasceriam gêmeos idênticos e igualmente, em sentido contrário, a fusão de duas de quatro células em uma de 8, faria nascer somente um bebê". Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2441).

²⁸¹ A esse respeito, o declarante a título informativo Escalante afirmou que "antes dos 14 dias na formação da espécie humana não existe individualidade. [...] Portanto, uma paciente que tenha, por exemplo, dois embriões em um laboratório de FIV em preparação para sua transferência, dois ou três dias depois, mesmo que tenha 'filhos em processo', não está grávida". Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2386).

²⁸² A esse respeito, o perito Caruso manifestou que "desconhecia o que era um "pré-embrião". O termo foi utilizado pela primeira vez por um biólogo de rãs, Clifford Grobstein, em 1979. Ele acreditava que em razão de que os gêmeos idênticos podem surgir até os 14 dias depois da fertilização, antes disso, somente um "indivíduo genético" está presente, não um indivíduo em desenvolvimento e, portanto, um embrião ou "pessoa" não estava presente. Entretanto, o termo "pré-embrião" e individualidade foram desacreditados por quase todos os biólogos humanos e rechaçado pelo Comitê de Nomenclatura da Associação Americana de Anatomistas para a inclusão na Terminologia Embriológica. Estes termos não são utilizados em nenhum livro oficial de Embriologia Humana ou nas Etapas de Carnegie do Desenvolvimento Embrionário". Resumo escrito da perícia apresentada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2937.216). Além disso, a perita Condic afirmou que "[a]lguém tentaram se referir a um embrião prévio à singamia (ou prévio à implantação ou à formação da linha primitiva, ver abaixo) como um "pré-embrião", mas este não é um termo científico legítimo". Declaração perante agente dotada de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2590).

²⁸³ Em relação a decisões de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) ("Não necessitamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Se os que estão formados em suas respectivas disciplinas da medicina, filosofia e teologia não conseguem chegar a nenhum consenso, a judicatura [...] não está em situação de especular uma resposta"). Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido, *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto do juiz Munby, par. 54 e 60 ("Não é parte de minha função, tal como a concebo, determinar o momento em que começa a vida [...]. Assim, mesmo a biologia e a medicina não podem nos dizer o momento preciso em que "a vida" realmente começa"). Corte Suprema de Justiça da Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentença de 15 de dezembro de 2009, [2009] IESC 82, Voto do juiz Murray C.J. ("Na minha opinião, não deve ser um tribunal de leis, confrontado com as opiniões mais divergentes, mesmo que as mais eruditas disponíveis nas citadas disciplinas, pronunciar-se sobre a verdade do momento preciso quando começa a vida humana); Voto do juiz Denham J, par. 46 (Este não é o espaço adequado para tratar de definir "a vida", "o começo da vida", "o momento que a alma entra no feto", "vida em potencial", "a singular vida humana", quando começa a vida, ou outros imponderáveis relacionados com o conceito da vida. Este não é o foro apropriado para decidir princípios da ciência, da teologia ou da ética. Este é um tribunal de leis ao qual foi pedido interpretar a Constituição e tomar uma decisão jurídica sobre a interpretação de um artigo da Constituição). Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006

consensual sobre o início da vida.²⁸⁴ Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham.

186. Apesar do anterior, a Corte considera que é procedente definir, em conformidade com a Convenção Americana, como deve ser interpretado o termo “concepção”. A esse respeito, a Corte ressalta que a prova científica concorda em diferenciar dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação. O Tribunal observa que somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção. Tendo em consideração a prova científica apresentada pelas partes no presente caso, o Tribunal constata que, embora ao ser fecundado o óvulo dê lugar a uma célula diferente e com a informação genética suficiente para o possível desenvolvimento de um “ser humano”, a verdade é que se este embrião não se implanta no corpo da mulher, suas possibilidades de desenvolvimento são nulas. Se um embrião nunca conseguisse se implantar no útero, não poderia se desenvolver, já que não receberia os nutrientes necessários, nem estaria em um ambiente adequado para seu desenvolvimento (par. 180 *supra*).

187. Nesse sentido, a Corte entende que o termo “concepção” não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece. Prova do anterior, é que somente é possível estabelecer se foi produzida ou não uma gravidez uma vez que se implantou o óvulo fecundado no útero, ao se produzir o hormônio denominado “Gonodotropina Coriônica”, que somente é detectável na mulher que tem um embrião unido a ela.²⁸⁵ Antes disso, é

(Considera esta Corporação que determinar o momento exato a partir do qual se inicia a vida humana é um problema ao qual se deu várias respostas, não somente sob distintas perspectivas como a genética, a médica, a religiosa, ou a moral, entre outras, mas também em virtude dos diversos critérios expostos por cada um dos respectivos especialistas, e cuja avaliação não corresponde à Corte Constitucional nesta decisão). TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (n° 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

²⁸⁴ Cf. Maureen L. Condict; *‘Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos’* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, folhas 6580 a 6594). Em particular, afirmou-se que “[a]tualmente há pouco consenso entre cientistas, filósofos, eticistas e teólogos sobre o momento em que começa a vida humana. Enquanto muitos afirmam que a vida começa “no momento da concepção”, não se definiu rigorosamente e precisamente quando ocorre este momento. De fato, os órgãos legislativos de diferentes países definiram o “momento” da concepção de maneira muito diferente. Por exemplo, o Canadá define o embrião humano como “um organismo humano durante os primeiros 56 dias de seu desenvolvimento depois da fecundação ou da criação”, que é muito similar à definição proposta nos Estados Unidos da América. Recentes declarações de bioeticistas, políticos e cientistas sugeriram que a vida humana começa ainda mais tarde, na etapa das oito células (aproximadamente três dias depois da fecundação) (por exemplo, Peters 2006); quando o embrião se implanta no útero, 5-6 dias depois da fecundação; Agar (2007), Hatch (2002), ou no momento da formação da linha primitiva (2 semanas depois da fecundação).

²⁸⁵ Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

impossível determinar se no interior do corpo ocorreu a união entre o óvulo e um espermatozoide e se esta união se perdeu antes da implantação. Além disso, já foi afirmado que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação (par. 181 *supra*). Ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação.

188. Por outro lado, em relação à expressão "em geral", o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola afirma que significa "em comum, geralmente" ou "sem especificar nem individualizar nenhuma coisa".²⁸⁶ Segundo a estrutura da segunda frase do artigo 4.1 da Convenção, o termo "em geral" está relacionado com a expressão "a partir da concepção". A interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular. Os demais métodos de interpretação permitirão entender o sentido de uma norma que contempla exceções.

189. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal entende o termo "concepção" desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, a expressão "em geral" permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.

190. Por outro lado e levando em consideração que o artigo 4.1 é assunto matéria da discussão do presente caso e o foi no âmbito do debatido perante a Sala Constitucional, o Tribunal considera pertinente interpretar este artigo utilizando os seguintes métodos de interpretação, a saber, a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e teleológica.

C.2) Interpretação sistemática e histórica

191. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados em função do sistema jurídico ao qual pertencem.²⁸⁷ Nesse sentido, o Tribunal considerou que "ao dar interpretação a um tratado não somente são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)",²⁸⁸ isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

192. No presente caso, a Sala Constitucional e o Estado apresentaram seus argumentos a partir de uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,

²⁸⁶ Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20geral> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

²⁸⁷ Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 43.

²⁸⁸ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1° de outubro de 1999. Série A N° 16, par. 113, e *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 192.

do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “PIDCP”), da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Em particular, o Estado afirmou que outros tratados distintos à Convenção Americana exigem a proteção absoluta da vida pré-natal. A Corte entra a analisar esta alegação a partir de uma apreciação geral do disposto nos sistemas de proteção em relação à proteção do direito à vida. Portanto, serão analisados: i) o Sistema Interamericano; ii) o Sistema Universal; iii) o Sistema Europeu, e iv) o Sistema Africano.

193. Por outro lado, segundo o artigo 32 da Convenção de Viena, os meios complementares de interpretação, em especial os trabalhos preparatórios do tratado, são utilizáveis para confirmar o sentido resultante daquela interpretação ou quando esta deixe ambíguo ou obscuro o sentido ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou não razoável.²⁸⁹ O anterior implica que costumam ser utilizados somente de forma subsidiária,²⁹⁰ depois de haver utilizado os métodos de interpretação consagrados no artigo 31 da Convenção de Viena, com o objetivo de confirmar o sentido que se encontrou ou para estabelecer se subsiste uma ambiguidade na interpretação ou se a aplicação é absurda ou não razoável. Entretanto, no presente caso, a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes. Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir.

C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos

i) Trabalhos preparatórios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

194. Em conformidade com a resolução XL da Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, realizada em 1945, o Comitê Jurídico Interamericano formulou um Projeto de uma Declaração Internacional dos Direitos e Deveres do Homem para consideração da Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, em 1948.²⁹¹ Na Conferência se analisou este texto e o texto preliminar para a Declaração Internacional dos Direitos Humanos preparada pelas Nações Unidas em dezembro de 1947.²⁹²

²⁸⁹ Cf. *Restrições à Pena de Morte* (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3, par. 49

²⁹⁰ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 68

²⁹¹ Cf. Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendações e Relatórios, Documentos Oficiais, 1945-1947*, Rio de Janeiro, 1960, págs. 61-115.

²⁹² Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.a)

195. O artigo I do Projeto apresentado pelo Comitê Jurídico expressava o seguinte sobre o direito à vida:

Toda pessoa tem direito à vida, inclusive os que estão por nascer, bem como os incuráveis, dementes e débeis mentais.

A pena capital somente pode ser aplicada nos casos em que uma lei preexistente a tenha estabelecido para crimes de excepcional gravidade.²⁹³

196. Posteriormente, formou-se um grupo de trabalho,²⁹⁴ que apresentou à Sexta Comissão um novo texto preliminar com o título de Declaração Americana dos Direitos e Deveres Essenciais do Homem,²⁹⁵ cujo novo artigo I dizia:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade de sua pessoa.²⁹⁶

197. Este novo artigo e outras mudanças introduzidas foram explicadas pelo grupo de trabalho em seu relatório à Sexta Comissão, como um arranjo ao qual se chegou para resolver os problemas suscitados pelas delegações de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela, principalmente como consequência do conflito entre as leis desses Estados e o texto preliminar do Comitê Jurídico,²⁹⁷ em vista de que a definição do alcance do direito à vida no Projeto do Comitê Jurídico era incompatível com as leis sobre a pena capital e o aborto na maioria dos Estados americanos.²⁹⁸

198. Em 22 de abril de 1948, o artigo I da Declaração foi aprovado pela Sexta Comissão com uma pequena mudança de redação no texto.²⁹⁹ O texto definitivo da Declaração foi aprovado na sétima sessão plenária da conferência em 30 de abril de 1948.³⁰⁰ A única diferença na última versão foi a supressão da referência à "integridade",³⁰¹ sendo a versão finalmente aprovada a seguinte:

²⁹³ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 449.

²⁹⁴ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, págs. 474 e 475.

²⁹⁵ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, págs. 476 e 478.

²⁹⁶ Cf. IX Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 479.

²⁹⁷ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.d) (citando IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, p. 474-484, 513-514).

²⁹⁸ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.e).

²⁹⁹ IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. V, pág. 578. O texto ficou assim: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança e integridade de sua pessoa".

³⁰⁰ Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

³⁰¹ Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. VI, pág. 248.

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.³⁰²

199. A Corte observa que vários países, entre estes Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, estabeleciam no direito interno exceções à penalização do aborto em casos de perigo para a vida da mulher, grave perigo para a saúde da mulher, abortos eugênicos, ou em casos de estupro.³⁰³

200. Tendo em consideração estes antecedentes da Declaração Americana, a Corte considera que os trabalhos preparatórios não oferecem uma resposta definitiva sobre o ponto em controvérsia.

ii) Trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

201. Na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em 1959, foi decidido promover a preparação de uma Convenção de Direitos Humanos, e foi encomendado ao Conselho Interamericano de Juristas a preparação de um projeto para esse fim.³⁰⁴ O Conselho Interamericano de Juristas elaborou este projeto³⁰⁵ com o propósito de que fosse considerado na Nona Conferência Internacional Americana, marcada para ser realizada em 1960. O Conselho Interamericano levou em consideração as experiências do Sistema Europeu de Direitos Humanos com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em relação ao direito à vida, foi incorporado no artigo 2 do projeto a seguinte formulação:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.³⁰⁶

202. Tal redação, sem a expressão “em geral”, a qual foi incorporada posteriormente, havia sido proposta pelos três projetos nos quais se baseou a Convenção Americana.³⁰⁷

³⁰² Cf. IX. Conferência Internacional Americana - Atas e Documentos, Vol. VI, p. 248, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

³⁰³ Cf. Luis Jiménez de Asua, *Códigos Penais Ibero-Americanos*, Vols. I, II, citado em Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*, Res. n° 23/81, Caso 2141 (1981), par. 19.f).

³⁰⁴ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 97.

³⁰⁵ Aprovado em 8 de setembro de 1959, por Resolução n° XX do Conselho Interamericano de Juristas; Doc. CIJ-41, 1959.

³⁰⁶ Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959, Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos*, 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³⁰⁷ Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Santiago do Chile, setembro, 1959; o Projeto da Convenção sobre Direitos

203. Posteriormente, a Segunda Conferência Interamericana Extraordinária de 1965 encomendou ao Conselho da OEA que atualizasse e completasse o "Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos" elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas em 1959, levando em consideração os Projetos de Convenção apresentados pelos Estados do Chile e do Uruguai, e ouvindo o critério da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.³⁰⁸

204. Para conciliar as diferentes opiniões sobre a formulação "desde o momento da concepção", suscitadas desde a IX Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, à raiz das legislações dos Estados americanos que permitiam o aborto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos revisou o artigo 2 (direito à vida) e decidiu introduzir, antes da formulação "desde o momento da concepção", as palavras "em geral".³⁰⁹ Esse arranjo deu origem ao novo texto do artigo 2.1, que afirmava:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção.³¹⁰

205. Esta proposta foi revisada pelo relator da Comissão, que reiterou sua opinião dissidente e propôs a eliminação da formulação "em geral, desde o momento da concepção", a fim de evitar toda possibilidade de conflito com o inciso 1.º do artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece este direito unicamente de forma geral.³¹¹ Entretanto, a Comissão considerou que, "por razões de princípio, era fundamental consagrar a proteção do direito à vida na forma como

Humanos apresentado pelo Governo do Chile à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 35, e o Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos apresentado pelo Governo do Uruguai à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49. Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236, 280 e 298.

³⁰⁸ Também foi encomendado ao Conselho da OEA que este projeto revisado fosse submetido aos governos para que formulassem as observações e emendas que considerassem pertinentes e que convocasse uma Conferência Especializada Interamericana para considerar o projeto, as observações e aprovar a Convenção. O Conselho da OEA solicitou a opinião da Comissão Interamericana e esta, por sua vez, emitiu um parecer sobre a matéria que transmitiu ao Conselho da OEA em 4 de novembro de 1966 (Primeira Parte) e em 10 de abril de 1967 (Segunda Parte). Cf. "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, e "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Segunda Parte", OEA/Ser.L/V/II.16/doc.8., em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 ss. e 334 ss. Ademais, por Resolução de 7 de junho de 1967, o Conselho da OEA formulou uma consulta aos governos dos Estados membros sobre a possibilidade da coexistência dos Pactos assinados nas Nações Unidas e uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Posteriormente, o Conselho encomendou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a redação de um texto revisado e completo para um Anteprojeto da Convenção. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2.

³⁰⁹ Cf. "Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.

³¹⁰ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 321.

³¹¹ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

havia recomendado ao Conselho da Organização dos Estados Americanos em seu parecer (primeira parte)".³¹² Portanto, decidiu manter sem mudanças o texto do artigo 2.1 da proposta.

206. Na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada de 7 a 22 de novembro de 1969, que aprovou a Convenção Americana, as delegações da República Dominicana e do Brasil apresentaram emendas separadas de eliminação da expressão "em geral, desde o momento da concepção".³¹³

207. A delegação da República Dominicana considerou, em relação ao texto do direito à vida (artigo 3), que "se fortaleceriam os conceitos universais dos direitos humanos se o texto interamericano fosse igual ao que se adotou nas Nações Unidas, no Artigo 6(1) do Pacto".³¹⁴

208. A delegação do Brasil justificou sua proposta de eliminação considerando que "[e]sta cláusula final é vaga e, por isso, não terá eficácia para impedir que os Estados Partes na futura convenção incluam em suas leis internas os mais variados casos de aborto".³¹⁵ Alegou que "[e]sta cláusula pod[ia] provocar dúvidas que dificultar[iam] não somente a aceitação deste artigo, como sua aplicação, se prevalecesse [esta] redação",³¹⁶ e concluiu que "[m]elhor ser[ia], assim, que [fosse] eliminada a cláusula 'em geral desde o momento da concepção', pois e[ra] matéria que dev[ia] ser deixada à legislação de cada país".³¹⁷

209. A delegação dos Estados Unidos, apoiando a posição do Brasil, sugeriu que "se acomod[asse] este texto com o Artigo 6, parágrafo 1, do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas".³¹⁸

210. A delegação do Equador propôs a eliminação das palavras "em geral",³¹⁹ e o delegado da Venezuela considerou que "em relação ao direito à vida, desde o

³¹² *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

³¹³ Cf. "Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969", e "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 50 ss., e 121 ss.

³¹⁴ Cf. "Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969", pág. 57.

³¹⁵ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, pág. 121.

³¹⁶ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", pág. 121.

³¹⁷ Cf. "Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969", pág. 121.

³¹⁸ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, pág. 160.

³¹⁹ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, pág. 160.

momento da concepção do ser humano, não pode haver concessões",³²⁰ de modo que considerou "inaceitável uma Convenção que não consagre este princípio".³²¹

211. Finalmente, por voto da maioria, a conferência adotou o texto preliminar submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos,³²² o qual continua até o presente como texto do artigo 4.1 da Convenção Americana.

212. No momento de ratificar a Convenção, somente o México fez uma declaração interpretativa, esclarecendo que, "em relação ao parágrafo 1 do Artigo 4, considera que a expressão 'em geral' [...] não constitui obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida 'a partir do momento da concepção' já que esta matéria pertence ao domínio reservado dos Estados".³²³

213. Por outro lado, em virtude de que o Estado costarrriquenho qualifica o embrião como "ser humano" e "pessoa", a seguir são brevemente resumidos os trabalhos preparatórios em relação a estas expressões. O projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas,³²⁴ estabelecia no artigo 1 que:

Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição.³²⁵

214. Por sua vez, o artigo 2(1) estabelecia que:

O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção.³²⁶

215. O Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai³²⁷ previa o artigo 1 em termos idênticos ao Projeto do Conselho Interamericano de Juristas,³²⁸ enquanto o artigo 2(1) afirmava:

³²⁰ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³²¹ Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

³²² Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, págs. 161 e 481.

³²³ Cf. Declaração Interpretativa do México. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acesso 28 de novembro de 2012).

³²⁴ Cf. Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959. Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁵ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁶ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁷ Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai, Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 298.

³²⁸ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.³²⁹

216. No “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos Cíveis e Políticos), Primeira Parte”, e no “Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas”,³³⁰ a Comissão sugeriu, em relação ao artigo 1 do Projeto do Conselho Interamericano de Juristas, “para maior brevidade e precisão técnica da redação”, a substituição da expressão “seres humanos” por “pessoas”.³³¹ Entretanto, manteve ao mesmo tempo a expressão “ser humano” no artigo 2(1), ao propor a seguinte formulação que incluía a expressão “em geral”:

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.³³²

217. Finalmente, o Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos estabelecia no artigo 1:

1. Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição [...]
2. Pessoa, para os efeitos desta Convenção, é todo ser humano.

218. Além disso, o artigo 3(1) afirmava:

Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.

³²⁹ *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³³⁰ Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Anexo ao documento, OEA/Ser.L/V/II.16, doc. 18, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 356 ss.

³³¹ Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 318.

³³² *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 e 356.

219. A Corte observa que durante os trabalhos preparatórios foram utilizados os termos "pessoa" e "ser humano" sem a intenção de fazer uma diferença entre estas duas expressões. O artigo 1.2 da Convenção esclareceu que os dois termos devem ser entendidos como sinônimos.³³³

220. Por outro lado, a Corte constata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos da América*,³³⁴ rejeitou o pedido dos peticionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos,³³⁵ que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, a Comissão rejeitou o argumento dos peticionários segundo o qual "o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção",³³⁶ considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, "enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio".³³⁷ Em relação à interpretação da Convenção Americana, a Comissão afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta.³³⁸ Considerou que "[a] adição da frase 'em geral, desde o momento da concepção' não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula 'em geral, desde o momento da concepção' são substancialmente diferentes da cláusula mais curta 'desde o momento da concepção', que aparec[ia] repetida muitas vezes no documento dos peticionários".³³⁹

221. A Corte conclui que os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão "e, em geral, desde o momento da concepção", nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras "em geral".

³³³ O artigo 1.2 foi analisado pela Corte em casos nos quais foi solicitada a violação de direitos em detrimento de pessoas jurídicas, o que foi rejeitado pelo Tribunal porque não foram reconhecidas como titulares de direitos consagrados na Convenção Americana. Cf. *Caso Cantos Vs. Argentina. Exceções Preliminares*. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C N° 85, par. 29 e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 398. Entretanto, nestes casos a Corte não desenvolveu argumentos de maior alcance sobre o significado do artigo 1.2 no contexto das controvérsias às que se circunscreve o presente caso.

³³⁴ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

³³⁵ Cf. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, *Casos Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113, e *Doe Vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

³³⁶ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

³³⁷ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

³³⁸ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 25.

³³⁹ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 30.

iii) Interpretação sistemática da Convenção Americana e da Declaração Americana

222. A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana³⁴⁰ e da Declaração Americana.³⁴¹ Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 *supra*), pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.

223. Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o *status* de pessoa ao embrião.

C.2.b) Sistema Universal dos Direitos Humanos

i) Declaração Universal dos Direitos Humanos

224. Em relação à alegação do Estado segundo a qual “a Declaração Universal dos Direitos Humanos [...] protege o ser humano desde [...] o momento da união do óvulo e do espermatozoide”, a Corte considera que, de acordo com os trabalhos preparatórios deste instrumento, o termo “nascem” foi utilizado precisamente para excluir o não nascido dos direitos que consagra a Declaração.³⁴² Os redatores rejeitaram expressamente a ideia de eliminar tal termo, de modo que o texto resultante expressa a plena intenção de que os direitos consagrados na Declaração são “inerentes desde o momento de nascer”.³⁴³ Portanto, a expressão “ser humano”, utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não foi entendida no sentido de incluir o não nascido.

ii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

225. Em relação à alegação do Estado segundo a qual o “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe”, a Corte observa que durante a segunda sessão da

³⁴⁰ Cf. A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 e 25.2 da Convenção Americana.

³⁴¹ Cf. A esse respeito, os artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da Declaração Americana.

³⁴² E/CN.4/SR/35 (1947)

³⁴³ E/CN.4/SR/35 (1947)

Comissão de Direitos Humanos, realizada de 2 a 17 de dezembro de 1947, o Líbano propôs a proteção do direito à vida desde o momento da concepção.³⁴⁴ Diante da resistência contra a formulação "desde o momento da concepção" à luz da admissibilidade do aborto em muitos Estados, o Líbano sugeriu a formulação "em qualquer fase do desenvolvimento humano" ("*at any stage of human development*").³⁴⁵ Esta formulação, aceita inicialmente,³⁴⁶ foi apagada posteriormente.³⁴⁷ Outra proposta do Reino Unido de regulamentar o assunto do aborto em um artigo autônomo foi considerada inicialmente,³⁴⁸ mas depois foi também abandonada.³⁴⁹ Durante a Sexta Sessão da Comissão de Direitos Humanos, de 27 de março a 19 de maio de 1950, fracassou uma nova tentativa do Líbano de proteger a vida humana desde o momento da concepção.³⁵⁰ Nas deliberações do Terceiro Comitê da Assembleia Geral da ONU, de 13 a 26 de novembro de 1957, um grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México e Marrocos) propôs a emenda ao artigo 6.1 nos seguintes termos: "a partir do momento da concepção, este direito [à vida] estará protegido pela lei".³⁵¹ Entretanto, esta proposta foi rejeitada com 31 votos contra, 20 votos a favor, e 17 abstenções.³⁵² Portanto, os trabalhos preparatórios do artigo 6.1 do PIDCP indicam que os Estados não pretendiam tratar o não nascido como pessoa e conceder o mesmo nível de proteção que às pessoas nascidas.

226. Nem em sua Observação Geral nº 6 (direito à vida),³⁵³ nem em sua Observação Geral nº 17 (Direitos da Criança),³⁵⁴ o Comitê de Direitos Humanos se pronunciou sobre o direito à vida do não nascido. Ao contrário, em suas observações finais aos relatórios dos Estados, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que se viola o direito à vida da mãe quando as leis que restringem o acesso ao aborto obrigam a mulher a recorrer ao aborto inseguro, expondo-a a morrer.³⁵⁵ Estas decisões permitem afirmar que do PIDCP não se deriva uma proteção absoluta da vida pré-natal ou do embrião.

³⁴⁴ Cf. UN Doc. E/CN.4/386, 398.

³⁴⁵ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁶ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁷ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁸ Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁹ Cf. UN Doc. E/CN.4/SR.35, § 12 (1947).

³⁵⁰ Cf. UN Doc. E/CN.4/SR.149, § 16 (1950).

³⁵¹ Cf. UN Doc. A/C.3/L.654.

³⁵² Cf. UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957).

³⁵³ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 6, Direito à vida (artigo 6), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

³⁵⁴ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 17, Direitos da criança (artigo 24), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

³⁵⁵ À maneira de exemplo, o Comitê de Direitos Humanos emitiu as seguintes observações finais neste sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolívia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Equador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gâmbia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Quênia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN (2005); Kuwait, §§ 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesoto, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Ilhas Maurício, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marrocos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguai, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Peru, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Peru, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polônia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República da Tanzânia, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad e Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/

iii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

227. Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê “CEDAW”, por suas siglas em inglês) deixam claro que os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação. A esse respeito, no Caso *L.C. Vs. Peru*, o Comitê considerou o Estado culpado por violar os direitos de uma menina a quem lhe foi negada uma intervenção cirúrgica transcendental sob pretexto de estar grávida, privilegiando o feto sobre a saúde da mãe. Em vista de que a continuação da gravidez representava um grave perigo para a saúde física e mental da jovem, o Comitê concluiu que negar um aborto terapêutico e postergar a intervenção cirúrgica constituiu discriminação de gênero e uma violação de seu direito à saúde e à não discriminação.³⁵⁶

228. O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde.³⁵⁷ O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.³⁵⁸

iv) Convenção sobre os Direitos da Criança

229. O Estado alegou que o embrião deve ser considerado como “criança” e que, em consequência, existe uma obrigação especial de proteção em relação a ele. A Corte procederá a analisar se tal interpretação encontra fundamento no *corpus juris* internacional de proteção das crianças.

230. O artigo 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança afirma que “[o]s Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”. O termo “criança” é definido no artigo 1 da Convenção como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”. Por sua vez, o Preâmbulo

VEN (2001), e Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Além disso, no Caso *K.L. Vs. Peru*, o Comitê de Direitos Humanos determinou que, ao haver negado um aborto terapêutico a uma mulher apesar de que a continuação da gravidez colocava em grave perigo sua vida e saúde mental, o Estado violou seu direito a não ser submetida a tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *K.L. Vs. Peru*, CDH, Com. nº 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). Esta interpretação foi ratificada no Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, no qual o Comitê observou que negar o aborto legal em um caso de estupro causou à vítima sofrimento físico e mental, com o que se violou seu direito à intimidade e a não ser submetida a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, CDH, Com. nº 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

³⁵⁶ Caso *L.C. Vs. Peru*, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

³⁵⁷ Cf. Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1996).

³⁵⁸ Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999).

à Convenção afirma que "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento".³⁵⁹

231. Os artigos 1 e 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança não se referem de maneira explícita a uma proteção do não nascido. O Preâmbulo faz referência à necessidade de oferecer "proteção e cuidado especiais [...] antes [...] do nascimento". Entretanto, os trabalhos preparatórios indicam que esta frase não teve a intenção de fazer extensivo ao não nascido o disposto na Convenção, em especial o direito à vida. No caso, nos trabalhos preparatórios se indica que esta frase não tinha "a intenção de violar a interpretação do artigo 1 ou de nenhuma outra disposição da Convenção". De fato, enquanto o projeto revisado para uma Convenção sobre os Direitos da Criança, apresentado pela Polônia, não fazia alusão à vida pré-natal no Preâmbulo,³⁶⁰ o Vaticano pediu a ampliação do Preâmbulo com a expressão "antes e depois do nascimento",³⁶¹ o que causou opiniões conflitantes entre os Estados. Como ato de compromisso, as delegações combinaram uma expressão tomada da Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959.³⁶²

232. Diante da dificuldade de encontrar uma definição de "criança" no artigo 1 do Projeto, foi eliminada a referência ao nascimento como início da infância.³⁶³ Posteriormente, no contexto das deliberações, as Filipinas solicitaram a inclusão da expressão "tanto antes como depois do nascimento" no Preâmbulo,³⁶⁴ à qual vários Estados se opuseram.³⁶⁵ Como ato de compromisso, decidiu-se que fosse incluída no Preâmbulo tal referência, mas que os trabalhos preparatórios deixassem claro que o Preâmbulo não determinaria a interpretação do artigo 1 da Convenção.³⁶⁶

233. O Comitê para os Direitos da Criança não emitiu nenhuma observação da qual se possa deduzir a existência de um direito à vida pré-natal.

C.2.c) Sistema Europeu dos Direitos Humanos

234. O artigo 2.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante denominada "CEDH") afirma que "[o] direito de qualquer pessoa à vida está protegido

³⁵⁹ Cf. Convenção sobre os Direitos da Criança, par. 9 do preâmbulo.

³⁶⁰ Cf. UN Doc. E/CN.4/1349 (1979).

³⁶¹ Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶² Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, §§ 277 (1980) ("*Recognizing that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child adopted in 1959, the child due to the needs of his physical and mental development requires [...] legal protection in conditions of freedom, dignity and security*").

³⁶³ Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶⁴ Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 34 (1989).

³⁶⁵ Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 36 (1989).

³⁶⁶ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) ("*Ao aprovar este parágrafo do preâmbulo, o Grupo de Trabalho não pretende emitir um juízo prévio sobre a interpretação do artigo 1 ou de qualquer outra disposição da convenção pelos Estados Partes*").

pela lei”.³⁶⁷ Os autores da CEDH se basearam para sua redação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua “autoridade moral e valor técnico”.³⁶⁸

235. A antiga Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado o “TEDH”) se pronunciaram sobre o alcance não absoluto da proteção da vida pré-natal no contexto de casos de aborto e de tratamentos médicos relacionados com a fecundação *in vitro*.

236. No *Caso Paton Vs. Reino Unido*, de 1980, sobre uma alegada violação do artigo 2 da CEDH em detrimento do não nascido pelo aborto realizado por vontade da mãe em conformidade com as leis nacionais, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos afirmou que os termos em que está redigida a CEDH “tendem a corroborar a apreciação de que [o artigo 2] não inclui o que está por nascer”.³⁶⁹ Acrescentou que reconhecer um direito absoluto à vida pré-natal seria “contrário ao objeto e propósito da Convenção”.³⁷⁰ Afirmou que “[a] vida do feto se encontra intimamente ligada à da grávida e não pode ser considerada à margem dela. Se o artigo 2 compreendesse o feto e sua proteção, na ausência de uma limitação, fosse entendida como absoluta, o aborto teria que ser considerado proibido inclusive quando a continuação da gravidez apresentasse grave perigo para a vida da grávida. Isso significaria que ‘a vida em formação’ do feto seria considerada de maior valor que a vida da grávida”.³⁷¹ Além disso, nos *Casos R.H. Vs. Noruega* (1992) e *Boso Vs. Itália* (2002), sobre a suposta violação do direito à vida em detrimento dos não nascidos pela existência de leis estatais que permitiam o aborto, a Comissão confirmou sua postura.³⁷²

237. No *Caso Vo. Vs. França*, no qual foi necessário realizar um aborto terapêutico na petionária em razão do perigo para sua saúde produzido à raiz de tratamentos médicos inadequados, o Tribunal Europeu afirmou que:

³⁶⁷ Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, artigo 2.1, aprovado em 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. nº. 5 (em vigor desde 3 de setembro de 1953).

³⁶⁸ *Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. ([T]he Committee considered that it was preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the ‘Universal Declaration of Human Rights’).*

³⁶⁹ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 9. (*Thus both the gernal usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn).*

³⁷⁰ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 20. (*The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention).*

³⁷¹ *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 19. (*The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman).*

³⁷² *Cf. R.H. Vs. Norway, Decision on Admissibility, App. nº 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992), Boso Vs. Italy, App. nº 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).*

À diferença do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que indica que o direito à vida deve ser protegido "em geral, desde o momento da concepção", o artigo 2 da Convenção é silencioso em relação às limitações temporais do direito à vida e, em particular, não define "todos" [...] os quais sua "vida" é protegida pela Convenção. A Corte não determinou o problema do "início" do "direito de toda pessoa à vida" dentro do significado da disposição e se o não nascido tem esse direito à vida." [...]

O problema a respeito de quando começa o direito à vida vem dentro de uma margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados devem gozar nessa esfera apesar da interpretação evolutiva da Convenção, um "instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições de hoje em dia" [...] As razões para essa conclusão são, em primeiro lugar, que o problema de que esta proteção não foi resolvida dentro da maioria dos Estados parte, na França em particular, onde é tema de debate [...] e, em segundo lugar, que não há um consenso europeu sobre a definição científica e legal do início à vida. [...]

No âmbito europeu, a Corte observa que não há nenhum consenso em relação à natureza e ao *status* do embrião e/ou feto [...], ainda que eles tenham recebido alguma proteção à luz do progresso científico e das consequências potenciais de pesquisa dentro da engenharia genética, procriação médica assistida ou experimentação com embriões. *No máximo, pode-se considerar que os Estados estão de acordo que o embrião/ou feto é parte da raça humana. A potencialidade deste ser e sua capacidade de se converter em pessoa – gozando de proteção sob as leis civis, também, em muitos Estados, tal como, por exemplo, França, no contexto das leis de sucessão e doação, e também no Reino Unido [...] – requer proteção em nome da dignidade humana, sem torná-lo uma "pessoa" com o "direito à vida" para os efeitos do artigo 2. [...]*

Não é desejável, nem ainda é possível tal como estão as coisas neste momento, contestar em abstrato se um não nascido é uma pessoa para os efeitos do artigo 2 da Convenção.³⁷³ (Sem grifo no original).

³⁷³ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, pars. 75, 82, 84 e 85. (*Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected "in general, from the moment of conception", Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define "everyone" [...] whose "life" is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the "beginning" of "everyone's right to life" within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.* [...]) *The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States*

238. No Caso *A, B e C Vs. Irlanda*,³⁷⁴ o Tribunal Europeu reiterou que:

com relação à pergunta sobre quando começa o direito à vida, que entrou na margem de apreciação dos Estados porque não havia consenso europeu sobre a definição científica e legal sobre o começo da vida, portanto, era impossível responder à pergunta de se a pessoa não nascida era uma pessoa que devia ser protegida em conformidade com os efeitos do artigo 2. Em razão de que os direitos demandados em nome do feto e os direitos da mãe estão inextricavelmente interconectados, [...] a margem de apreciação concedida à proteção da pessoa não nascida por parte do Estado se traduz necessariamente em uma margem de apreciação segundo a qual cada Estado equilibra os direitos conflitantes da mãe.

239. Entretanto, o TEDH esclareceu que “essa margem de apreciação não é ilimitada” e que “a Corte tem que supervisionar se a interferência constitui um equilíbrio justo dos interesses contraditórios envolvidos [...]. A proibição de um aborto para proteger a vida da pessoa não nascida não se justifica automaticamente em virtude da Convenção com base na deferência sem restrições à proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor importância”.³⁷⁵

240. Em relação a casos relacionados com a prática da FIV, o TEDH teve de se pronunciar no Caso *Evans Vs. Reino Unido* sobre a suposta violação do direito à vida dos embriões preservados em razão de que a legislação nacional exigia sua

themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. [...]

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2. [...]

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention).

³⁷⁴ TEDH, Caso *A, B e C Vs. Irlanda*, (nº. 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 237. *([T]he question of when the right to life begins came within the States’ margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State’s protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).*

³⁷⁵ TEDH, Caso *A, B e C Vs. Irlanda*, (nº 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238. *(“this margin of appreciation is not unlimited” “the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature”).*

destruição em razão da retirada do consentimento do parceiro da peticionária sobre sua implantação. A Grande Câmara do TEDH reiterou sua jurisprudência estabelecida no *Caso Vo. Vs. França*, afirmando que:

na ausência de um consenso europeu em relação à definição científica e legal do início da vida, o problema de quando se inicia o direito à vida se encontra dentro da margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados deveriam desfrutar nesta esfera. No direito inglês, tal como foi afirmado pelos tribunais internos no presente caso do peticionário [...], um embrião não tem direitos independentes ou interesses e não pode alegar – ou alegar em seu nome – um direito à vida de acordo com o artigo 2.³⁷⁶

241. A Grande Câmara do TEDH confirmou a decisão em relação à não violação do direito à vida, consagrado no artigo 2, ao indicar que “os embriões criados pelo peticionário [e sua companheira] não têm o direito à vida dentro do significado do artigo 2 da Convenção e que, portanto, não houve uma violação a tal provisão”.³⁷⁷

242. Nos *Casos S.H. Vs. Áustria*,³⁷⁸ e *Costa e Pavan Vs. Itália*,³⁷⁹ que trataram, respectivamente, da regulamentação da FIV em relação à doação de óvulos e espermatozoides por terceiros, e do diagnóstico genético pré-implantacional, o TEDH nem sequer se referiu a uma suposta violação de um direito próprio dos embriões.

C.2.d) Sistema Africano de Direitos Humanos

243. O artigo 4 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos afirma que “[o]s seres humanos são invioláveis. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade de sua pessoa”.³⁸⁰ Os redatores da Carta rejeitaram expressamente uma terminologia que protegesse o direito à vida a partir do momento da concepção.³⁸¹ O Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos

³⁷⁶ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 54. (*in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant's case [...], an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim—or have claimed on its behalf—a right to life under Article 2*).

³⁷⁷ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 56. “*the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision*”.

³⁷⁸ Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011.

³⁷⁹ Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (nº 54270/10). Sentença de 28 de agosto de 2012.

³⁸⁰ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em 27 de junho de 1981, artigo 4, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) (em vigor desde 21 de outubro 1986).

³⁸¹ Proposta para uma Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 17, Doc. OUA CAB/LEG/67/1 (1979) (onde se adota a redação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, substituindo “momento da concepção” por “momento de nascer” - *This right shall be protected by law and, in general, from the moment of his birth*).

da Mulher (Protocolo de Maputo) não se pronuncia sobre o início da vida e, ademais, estabelece que os Estados devem tomar medidas adequadas para “proteger os direitos reprodutivos da mulher, permitindo o aborto com medicamentos em casos de agressão sexual, estupro e incesto e quando a continuação da gravidez ponha em perigo a saúde mental e física da grávida ou a vida da grávida ou do feto”.³⁸²

C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática

244. A Corte conclui que a Sala Constitucional se baseou no artigo 4 da Convenção Americana, no artigo 3 da Declaração Universal, no artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Entretanto, nenhum destes artigos ou tratados permite argumentar que o embrião possa ser considerado como pessoa nos termos do artigo 4 da Convenção. Tampouco é possível desprender esta conclusão dos trabalhos preparatórios ou de uma interpretação sistemática dos direitos consagrados na Convenção Americana ou na Declaração Americana.

C.3). Interpretação evolutiva

245. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades³⁸³ que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.³⁸⁴ Ao efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte concedeu especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional³⁸⁵ ou jurisprudência de tribunais internos³⁸⁶ na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos. Por sua vez, o Tribunal Europeu³⁸⁷ utilizou o direito comparado

³⁸² Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher, 2ª Sessão Ordinária, Assembleia da União, aprovado em 11 de julho de 2003, art. 14.2.c.

³⁸³ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114, e *Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

³⁸⁴ Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114, e *Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

³⁸⁵ No *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, a Corte teve em consideração para sua análise que: se adverte que um número considerável de Estados partes da Convenção Americana adotaram disposições constitucionais reconhecendo expressamente o direito a um meio ambiente saudável.

³⁸⁶ Nos *Casos Heliodoro Portugal Vs. Panamá e Tiú Tojin Vs. Guatemala*, a Corte teve em consideração sentenças de tribunais internos da Bolívia, Colômbia, México, Panamá, Peru, e Venezuela sobre a imprescritibilidade de crimes permanentes como o desaparecimento forçado. Além disso, no *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, a Corte utilizou pronunciamentos de tribunais constitucionais de países americanos para apoiar a delimitação que realizou ao conceito de desaparecimento forçado. Outros exemplos são os *Casos Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile* e o *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*.

³⁸⁷ Por exemplo, no caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti* contra a Noruega, o Tribunal Europeu teve em consideração um documento do “*European Platform of Regulatory Authorities*” no qual foi realizada uma comparação de 31 países nessa região, com o fim de determinar em quais deles era permitida a propaganda

como um mecanismo para identificar a prática posterior dos Estados, ou seja, para especificar o contexto de um determinado tratado. Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena autoriza a utilização para a interpretação de meios tais como os acordos ou a prática,³⁸⁸ ou regras relevantes do Direito Internacional³⁸⁹ que os Estados tenham manifestado sobre a matéria do tratado, o que se relaciona com uma visão evolutiva da interpretação do tratado.

246. No presente caso, a interpretação evolutiva é de especial relevância, tendo em consideração que a FIV é um procedimento que não existia no momento em que os redatores da Convenção adotaram o conteúdo do artigo 4.1 da Convenção (par. 179 *supra*). Portanto, a Corte analisará dois temas no contexto da interpretação evolutiva: i) os desenvolvimentos pertinentes no Direito Internacional e comparado em relação ao *status* jurídico do embrião, e ii) as regulamentações e práticas do direito comparado em relação à FIV.

C.3.a) O *status* jurídico do embrião

247. Foi afirmado que, no Caso *Vo. Vs. França*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que a potencialidade do embrião e sua capacidade para se converter em uma pessoa requer uma proteção em nome da dignidade humana, sem convertê-lo em uma "pessoa" com "direito à vida" (par. 237 *supra*).

248. Por sua vez, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina (doravante denominada a "Convenção de Oviedo"), adotada no âmbito do Conselho da Europa,³⁹⁰ estabelece o seguinte em seu artigo 18:

Artigo 18. Pesquisa em embriões *in vitro*:

1. Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião.
2. A criação de embriões humanos com fins de pesquisa é proibida.

política paga ou não e em quais este tipo de propaganda era gratuita. De igual maneira, no Caso *Hirst Vs. Reino Unido* este Tribunal teve em consideração a "normatividade e prática dos Estados Parte" com o fim de determinar em que países é permitido suprimir o sufrágio ativo a quem foi condenado por um crime, razão pela qual foi estudada a legislação de 48 países europeus.

³⁸⁸ Cf. TEDH, *Caso Rasmussen Vs. Dinamarca*, (nº 8777/79), Sentença de 28 de novembro de 1984, par. 41; *Caso Inze Vs. Áustria*, (nº 8695/79) Sentença de 28 de outubro de 1987, par. 42, e *Caso Toth Vs. Áustria*, (nº 11894/85), Sentença de 25 novembro de 1991, par. 77.

³⁸⁹ 389 Cf. TEDH, *Caso Golder Vs. Reino Unido*, (nº 4451/70), Sentença de 12 de dezembro de 1975, par. 35.

³⁹⁰ A Convenção de Oviedo estabelece em seu artigo primeiro que os Estados Partes "protegem o ser humano em sua dignidade e identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais em face das aplicações da biologia e da medicina" e acrescenta que "[c]ada Parte deve adotar, em seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção". A Convenção de Oviedo foi adotada em 4 de abril de 1997 em Oviedo, Astúrias, e entrou em vigência em 1º de dezembro de 1999. Foi ratificada por 29 Estados Membros do Conselho da Europa, com seis reservas.

249. Em consequência, este tratado não proíbe a FIV, mas sim a criação de embriões com propósitos de pesquisa. Sobre o *status* do embrião nesta Convenção, o TEDH afirmou que:

A Convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina [...] toma o cuidado de não definir o termo “toda pessoa”, e seu relatório explicativo afirma que, na ausência de unanimidade sobre a definição, os Estados membros decidiram permitir ao direito interno fazer as precisões pertinentes para esse efeito da aplicação desta Convenção [...]. O mesmo se aplica ao Protocolo Adicional sobre a proibição de clonar seres humanos e ao Protocolo Adicional sobre pesquisa biomédica, que não definem o conceito de “ser humano”.³⁹¹

250. Por sua vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia,³⁹² no *Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*,³⁹³ afirmou que a Diretriz 98/44/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 6 de julho de 1998, relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas, “não t[inha] por objetivo regulamentar a utilização de embriões humanos no contexto de pesquisas científicas[, e que s]eu objetivo se circunscrev[ia] à patenteabilidade das invenções biotecnológicas”.³⁹⁴ Entretanto, precisou que “ainda que a finalidade de pesquisa científica dev[ia] se distinguir dos fins industriais ou comerciais, a utilização de embriões humanos com fins de pesquisa, que constitu[ia] o objetivo do pedido de patente, não p[odia] se separar da própria patente e dos direitos vinculados a esta”,³⁹⁵ com a consequência de que “a exclusão da patenteabilidade em relação com o uso de embriões humanos com fins industriais ou comerciais contemplada no artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz, também se ref[eria] ao uso com fins de pesquisa científica, podendo unicamente ser objeto de patente a utilização com fins terapêuticos ou de diagnóstico que se aplica ao embrião e que lhe seja útil”.³⁹⁶ Com esta decisão, o Tribunal de Justiça afirmou a exclusão de patenteabilidade de

³⁹¹ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84. (*The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine [...] is careful not to give a definition of the term “everyone”, and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention [...] The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of “human being”.*)

³⁹² O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma Instituição da União Europeia (UE) à qual se atribui a faculdade jurisdicional ou poder judiciário na União. Sua missão é interpretar e aplicar o Direito da União Europeia, e se caracteriza por sua natureza orgânica composta e seu funcionamento e autoridade supranacionais. Sua sede está em Luxemburgo.

³⁹³ Cf. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*.

³⁹⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 40.

³⁹⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 43.

³⁹⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 46.

embriões humanos, entendidos em um sentido amplo,³⁹⁷ por razões éticas e morais,³⁹⁸ quando esta se relaciona com fins industriais e comerciais. Entretanto, nem a direttriz, nem a sentença estabelecem que os embriões humanos devam ser considerados "pessoas" ou que tenham um direito subjetivo à vida.

251. Por outro lado, no *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, o TEDH considerou permissível a proibição de realizar a FIV com óvulos e espermatozoides doados por terceiros, ressaltando que:

O poder legislativo austríaco não excluiu a procriação artificial por completo. [...] Este tentou reconciliar o desejo de fazer disponível a procriação medicamente assistida com a inquietude que existe entre importantes setores da sociedade sobre o papel e as possibilidades da medicina reprodutiva contemporânea, o que dá lugar a questões morais e éticas de natureza muito sensíveis.³⁹⁹

252. Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o TEDH, em suas considerações prévias sobre o direito europeu relevante para a análise do caso, ressaltou que no "caso Roche c. Roche e outros ([2009] IESC 82 (2009)), a Corte Suprema da Irlanda estabeleceu que o conceito de criança por nascer ("*unborn child*") não se aplica a embriões obtidos no contexto de uma fecundação *in vitro*, e estes últimos não se beneficiam da proteção prevista pelo artigo 40.3.3 da Constituição da Irlanda, que reconhece o direito à vida da criança por nascer. Neste caso, a demandante, que já teve um filho como resultado da técnica da fecundação *in vitro*, recorreu à Corte Suprema a fim de obter a implantação de outros três embriões obtidos no contexto

³⁹⁷ Cf. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV, par. 38 ("Constitui um 'embrião humano' no sentido do artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz todo óvulo humano a partir do estado da fecundação, todo óvulo humano não fecundado no qual tenha sido implantado o núcleo de uma célula humana madura e todo óvulo humano não fecundado estimulado para se dividir e se desenvolver por meio de partenogênese". O artigo da Diretriz estabelece: 1. Ficarão excluídas da patenteabilidade as invenções cuja exploração comercial seja contrária à ordem pública ou à moralidade, não podendo se considerar como tal a exploração de uma invenção pelo simples fato de que esteja proibida por uma disposição legal ou regulamentar. 2. Em virtude do disposto no item 1, serão consideradas não patenteáveis, em particular: [...] c) as utilizações de embriões humanos com fins industriais ou comerciais").

³⁹⁸ Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 104. (*the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. [...] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.*)

³⁹⁹ Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 104. (*the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. [...] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.*)

da mesma fecundação, apesar da ausência do consentimento de seu companheiro, de quem havia se separado”.⁴⁰⁰

253. Portanto, a Corte observa que as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida.

C.3.b) Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado

254. Das perícias apresentadas pelas partes na audiência pública, foi estabelecido que a Costa Rica é o único país da região que proíbe e, portanto, não pratica a FIV (par. 67 *supra*).

255. Então, da prova apresentada pelas partes nos autos, a Corte observa que embora a FIV seja realizada em um grande número de países,⁴⁰¹ o anterior não necessariamente implica que esta se encontre regulamentada por meio de normas jurídicas. A esse respeito, o Tribunal destaca que, das legislações comparadas anexadas pelas partes sobre técnicas de reprodução assistida (Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Peru, Uruguai), observa-se que existem normas que regulamentam algumas práticas na matéria. O Tribunal constata que, por exemplo, existe: i) a proibição de clonagem humana, no Chile⁴⁰² e no Peru;⁴⁰³ ii) as legislações de Brasil,⁴⁰⁴ Chile⁴⁰⁵ e Peru⁴⁰⁶ proíbem a utilização das técnicas de reprodução assistida para fins diferentes da procriação humana; iii) o Brasil estabelece que o número ideal de óvulos e pré-embriões

⁴⁰⁰ TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (n° 54270/10). Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 33 (“33. En outre, la Cour relève que, dans l’affaire Roche c. Roche et autres ([2009] IESC 82 (2009)), la Cour Suprême irlandaise a établi que la notion d’enfant à naître (« unborn child ») ne s’applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d’une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l’article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l’enfant à naître. Dans cette affaire, la requérante, ayant déjà eu un enfant à la suite d’une fécondation in vitro, avait saisi la Cour Suprême en vue d’obtenir l’implantation de trois autres embryons obtenus dans le cadre de la même fécondation, malgré l’absence de consensus de son ancien compagnon, duquel elle s’était séparée entre-temps”). A Corte toma nota de que em 28 de novembro de 2012, o governo italiano interpôs perante a Grande Sala do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o pedido de revisão deste caso “em razão de que a petição original foi apresentada diretamente perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sem antes haver esgotado [...] todos os recursos internos e sem ter em necessária consideração a margem de apreciação que cada Estado tem na adoção de sua própria legislação” (tradução da Secretaria da Corte). Disponível em: <http://www.governo.it/Presidenza/Comunicati/dettaglio.asp?d=69911> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

⁴⁰¹ O relatório de 2009 do Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida (RLA) informou que nesse período “relataram 135 centros pertencentes a onze países. A maioria dos centros estão no Brasil e no México, a maioria dos ciclos foram realizados no Brasil e na Argentina”. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2825).

⁴⁰² Cf. Lei 20.120 de 2006, Ministério da Saúde do Chile, Artigo 5, (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8424 a 8426).

⁴⁰³ Cf. Lei Geral da Saúde do Peru n° 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

⁴⁰⁴ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358 de 1992, Princípio Geral, n° 5 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴⁰⁵ Cf. Projeto de Lei de Reprodução Humana Assistida, Artigo 1 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8437 a 8443).

⁴⁰⁶ Cf. Lei Geral da Saúde do Peru n° 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multipariedade,⁴⁰⁷ e proíbe a utilização de procedimentos que "apontem a uma redução embrionária"⁴⁰⁸ e a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime,⁴⁰⁹ e iv) existem diversos tipos de regulamentações sobre a crioconservação. Por exemplo, no Chile se proíbe o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões,⁴¹⁰ e no Brasil⁴¹¹ e na Colômbia⁴¹² é permitida a crioconservação de embriões, espermatozoides e óvulos. Por outro lado, em alguns países, como Argentina,⁴¹³ Chile⁴¹⁴ e Uruguai,⁴¹⁵ já estão buscando tomar medidas

⁴⁰⁷ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992, Princípio Geral, nº 6 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428). Sobre a transferência embrionária a perita Garza explicou que "as Diretrizes emitidas pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) em 1999 aconselham que não mais de 2 embriões devem ser transferidos às mulheres que têm mais probabilidades de ficar grávidas, e não mais de 5 nas pacientes com uma probabilidade menor de gravidez. No ano de 2006, em um esforço por reduzir ainda mais a incidência das gravidezes múltiplas de alta ordem, a ASRM e a Sociedade de Tecnologia de Reprodução Assistida (SART) desenvolveram diretrizes para assistir os programas de TRA e os pacientes, para determinar o número apropriado da etapa de clivagem (geralmente 2-3 dias), embriões ou blastócitos (geralmente 5 ou 6 dias depois da fertilização) para transferir. Estas diretrizes recomendam que: as mulheres com menos de 35 anos, que têm mais probabilidades de ficar grávidas, devem ser encorajadas a considerar a transferência de um único embrião; as mulheres, com idades entre 35-37 anos, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 2 embriões; as mulheres, com idades entre 38-40, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 3 embriões em estado de clivagem ou não mais de 2 blastócitos. As mulheres, com idades além dos 40 anos, e as que têm menos probabilidades de ficar grávidas, podem ter mais embriões transferidos". Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folhas 2566 e 2567).

⁴⁰⁸ Cf. Princípio Geral nº 7, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴⁰⁹ Cf. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 do Brasil (expediente de mérito, tomo I, anexo 20, folhas 249 a 262). Artigo 5.

⁴¹⁰ Cf. Normas Aplicáveis à Fertilização *In Vitro* e à Transferência Embrionária, *Extenta* nº 1072 de 28 de junho de 1985, Santiago, Ministério da Saúde, República do Chile (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8456 a 8459). O artigo 8 estabelece que: "a Instituição e a respectiva equipe de especialistas devem manter e proporcionar às autoridades do Ministério da Saúde informação completa e fidedigna sobre: a) Lugar e local onde se efetua a FIV e TE; b) Instituição que patrocina e se faz responsável pelo Programa da FIV e TE, definindo claramente os objetivos e procedimentos do programa; c) Os especialistas e profissionais que conduzem e participam do processo da FIV e TE, sua formação e idoneidade; d) Os protocolos de trabalho onde serão registrados os detalhes do processo da FIV e TE indicando o número de óvulos obtidos, fertilizados ou implantados. A esse respeito, deve se estabelecer que todos os óvulos fertilizados e normais devem ser transferidos à mãe e que não se praticará o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões muito menos com fins de investigação".

⁴¹¹ Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

⁴¹² Cf. Decreto 1546 de 1998, Presidente da República da Colômbia, Artigo 48 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8277 a 8303).

⁴¹³ Projeto de Lei que foi aprovado em 28 de junho de 2012 pela Câmara de Deputados que prevê que as obras sociais, as entidades de medicina privada e o sistema de saúde pública deverão incorporar como prestações obrigatórias a cobertura integral e interdisciplinar dos procedimentos que a Organização Mundial da Saúde define como "Reprodução Humana Assistida". Texto com os seis artigos disponíveis aqui: <http://www.1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010>

⁴¹⁴ O perito Zegers declarou que o Chile "não discutiu formalmente a cobertura dos tratamentos de infertilidade no âmbito legislativo, entretanto, o governo destinou recursos econômicos especiais ao Fundo Nacional da Saúde para cobrir os tratamentos de TRA a uma população crescente de mulheres de baixos recursos". Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2824).

⁴¹⁵ Cf. Projeto de Lei "Técnicas de reprodução assistida" aprovado pela Câmara de Representantes em 9 de outubro de 2012 e atualmente em estudo na Comissão de Saúde Pública do Senado. Disponível em:

para que os tratamentos de reprodução assistida sejam cobertos pelos programas ou políticas de saúde estatal.

256. A Corte considera que, apesar de que não existem muitas regulamentações normativas específicas sobre a FIV na maioria dos Estados da região, estes permitem que a FIV seja praticada dentro de seus territórios. Isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção interpretou-se que a Convenção permite a prática da FIV. O Tribunal considera que estas práticas dos Estados estão relacionadas com a maneira em que interpretam os alcances do artigo 4 da Convenção, pois nenhum destes Estados considerou que a proteção ao embrião deva ser de tal magnitude que não sejam permitidas as técnicas de reprodução assistida ou, particularmente, a FIV. Nesse sentido, esta prática generalizada⁴¹⁶ está associada ao princípio de proteção gradual e incremental – e não absoluta – da vida pré-natal e à conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa.

C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

257. Em uma interpretação teleológica se analisa o propósito das normas envolvidas, para o que é relevante analisar o objeto e fim do mesmo tratado e, caso seja pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção. Nesse sentido, tanto a interpretação sistemática como a teleológica estão diretamente relacionadas.⁴¹⁷

258. Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula “em geral” tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.

259. Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada “proteção mais ampla” no âmbito interno não pode permitir nem justificar a

<http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

⁴¹⁶ O artigo 31.3 b) da Convenção de Viena estabelece que: “[j]untamente com o contexto, será levado em consideração: qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação”.

⁴¹⁷ *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 59.

supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela.

260. A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula "em geral, desde a concepção" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe.

261. No âmbito europeu, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Alemanha, ressaltando o dever geral do Estado de proteger o não nascido, estabeleceu que "[a] proteção da vida, [...] não é em tal grau absoluta que goze sem exceção alguma de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos",⁴¹⁸ e que "[o]s direitos fundamentais da mulher [...] subsistem frente ao direito à vida do *nasciturus* e consequentemente têm de ser protegidos".⁴¹⁹ Além disso, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, "[a] proteção que a Constituição concede ao '*nasciturus*' [...] não significa que esta proteção tenha caráter absoluto".⁴²⁰

262. Por sua vez, na região, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos afirmou que "[é] razoável e lógico que um Estado, em um determinado momento, proteja outros interesses [...] como, por exemplo, os da potencial vida humana", o qual deve ser ponderado com a intimidade pessoal da mulher - a qual não se pode entender como um direito absoluto - e "outras circunstâncias e valores".⁴²¹ Por outro lado, segundo a Corte Constitucional da Colômbia, "embora corresponda ao Congresso adotar as medidas idôneas para cumprir o dever de proteção da vida [...] isto não significa que estejam justificadas todas as que profira com esta finalidade, porque, apesar de sua relevância constitucional a vida não tem o caráter de um valor ou de um direito de caráter absoluto e deve ser ponderada com os outros valores, princípios e direitos constitucionais".⁴²² A Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina afirmou que nem da Declaração Americana nem da Convenção Americana se deriva um mandato de maneira que corresponda interpretar, de modo restritivo, o alcance das normas criminais que permitem o aborto em certas circunstâncias, "já que as normas pertinentes destes instrumentos foram expressamente delimitadas em sua formulação para que delas não se derivasse a invalidez de um caso de aborto"

⁴¹⁸ BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.b. (Tradução da Secretaria da Corte).

⁴¹⁹ BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.c.aa. (Tradução da Secretaria da Corte).

⁴²⁰ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença de Recurso Prévio de Constitucionalidade 53/1985, 11 de abril de 1985, par. 8.

⁴²¹ Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

⁴²² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006, VI.5.

como o previsto no Código Penal argentino.⁴²³ Em sentido similar, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México declarou que, do fato de que a vida seja uma condição necessária da existência de outros direitos não se pode validamente concluir que se deve considerar a vida como mais valiosa que qualquer um desses outros direitos.⁴²⁴

263. Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula “em geral” do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos.

C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederá a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.

D) Proporcionalidade da medida de proibição

Argumentos da Comissão e alegações das partes

265. A Comissão afirmou que foram cumpridos os requisitos de legalidade, finalidade e idoneidade. Entretanto, a Comissão considerou que na análise de idoneidade “pode ter incidência” a evidência científica de “que a técnica de reprodução assistida da [FIV] impõe um risco de perda dos embriões [...] que] é comparável ao processo natural de reprodução”. Sobre a necessidade da medida, a Comissão afirmou que “existiam formas menos restritivas para satisfazer o objetivo buscado

⁴²³ Corte Suprema de Justiça da Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentença de 13 de março de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10.

⁴²⁴ Cf. Sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação de 28 de agosto de 2008, ação de inconstitucionalidade 146/2007, acumulada à ação 147/2007. Em particular, na sentença se afirmou que: “Em outros termos, podemos aceitar como verdadeiro que se não se está vivo não se pode exercer nenhum direito, mas daí não poderíamos deduzir que o direito à vida goze de preeminência frente a qualquer outro direito. Aceitar um argumento semelhante nos obrigaria a aceitar também, por exemplo, que o direito a se alimentar é mais valioso e importante que o direito à vida, porque o primeiro é uma condição do segundo”. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal do Brasil afirmou que, “para que ao embrião “*in vitro*” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposta não autorizada pela Constituição”. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de 29 de maio de 2008, pág. 5.

pelo Estado e acomodar os interesses em jogo, como por exemplo, através de outras formas de regulamentação que poderiam se assimilar mais ao processo natural de concepção, tal como uma regulamentação que diminua o número de óvulos fecundados". Finalmente, argumentou que "existem suficientes elementos para concluir que a proibição afetou de maneira desproporcional os direitos em jogo", em razão de que: i) "os direitos impactados, [...] são particularmente relevantes para a identidade de uma pessoa e sua autonomia"; ii) "a proteção da vida no âmbito internacional e constitucional comparado es[tá] habitualmente sujeita a graus de proteção que se apli[cam] de maneira incremental"; iii) deve-se considerar "o caráter severo da violação dos direitos envolvidos", já que "[o] efeito foi equivalente a uma anulação do exercício de seus direitos"; iv) é viável considerar que a proibição da [FIV], na prática, não contribui a uma proteção significativa da vida dos embriões, em contraste com a alta frequência [de perda embrionária] no processo natural de concepção", e v) é importante se referir "à consistência e coerência na ação estatal relativa aos embriões", já que existiriam "práticas permitidas atualmente na Costa Rica [...] que] implicam um risco de fecundação destes óvulos, de perda embrionária e de gravidezes múltiplas". A Comissão observou que a proibição da FIV "teve dois efeitos que se encontram sob o alcance do direito à igualdade: i) impediu às [supostas] vítimas superar a situação de desvantagem em que se encontravam através do benefício do progresso científico, em particular, de um tratamento médico, e ii) teve um impacto específico e desproporcional em relação às mulheres".

266. O representante Molina coincidiu com a Comissão e acrescentou, em relação à legalidade da medida, que a Sala Constitucional "exced[eu] suas faculdades limitando o Poder Legislativo a exercer sua função primordial". Além disso, argumentou que "a ambiguidade" na formulação da proibição da Sala Constitucional "gera[va] dúvidas e abr[ia] o campo ao arbítrio da autoridade". Acrescentou que o fim da sentença era "a proteção absoluta [do] direito à vida dos embriões humanos", razão pela qual o considerou um "suposto fim legítimo". Por sua vez, negou a idoneidade da medida por considerar a sentença "um meio discriminatório" e "arbitrária", já que "não ponderou nem dimensionou entre os diferentes direitos convencionais". Por outro lado, argumentou que "[o] Estado escolheu a medida mais lesiva de todas, a medida que anulou por completo a única possibilidade que os casais tinham para realizar sua decisão privada de se converter em pais e mães biológicos".

267. O representante Molina alegou que a satisfação do direito à vida não justifica a restrição dos direitos à família, honra e dignidade, e igualdade perante a lei. Qualificou a infertilidade das supostas vítimas como "incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família". Igualmente, argumentou que "o benefício obtido com a medida é nulo, ao passo que o dano causado com a proibição é máximo, [portanto] não se pode predicar como proporcional a medida da proibição da FIV". Além disso, argumentou que "a decisão da Sala Constitucional [...] incidiu em uma discriminação por uma incapacidade reprodutiva", considerando que a "sentença estabelece uma clara diferença entre [...] casais [...] que podem conceber

naturalmente e [...] casais que somente podem fazê-lo por meio de métodos de reprodução assistida”, e que “[a] discriminação realizada pela Sala não somente é evidente na sentença como tal, mas nos efeitos que a mesma provocou sobre as pessoas e casais que pretendiam conceber por meio de métodos de reprodução assistida”. Finalmente, considerou a sentença como uma “forma de discriminação em função de suas possibilidades econômicas”.

268. O representante May alegou que “[a infertilidade] é uma doença, uma incapacidade e, portanto, uma incapacidade do ser humano para fecundar ou para conceber, em resumo, uma incapacidade para procriar”. O representante May alegou que embora a “proibição absoluta” à prática da FIV “poderia parecer neutra”, “não tem o mesmo efeito em cada pessoa[, mas...] produz um impacto desproporcional naqueles que são inférteis, negando-lhes a oportunidade de superar sua condição física e conceber de uma forma biológica”.

269. O Estado alegou que a Comissão “nem sequer questionou a legalidade da medida adotada pelo Tribunal Constitucional” e “aceitou que a restrição [...] constitui uma limitação prevista na lei e no ordenamento jurídico”. Argumentou que “o fim buscado pelo Estado costarricense ao proibir a [FIV] é legítimo, pois pretende proteger o direito à vida dos embriões”. Argumentou que “a legitimidade do fim proposto depende de como se defina a palavra ‘concepção’, pois se é equiparada à palavra ‘fertilização’, sim existiria idoneidade da medida adotada pelo Estado ao proibir a” FIV. Em relação à necessidade da medida, argumentou que “a Comissão parte de uma premissa equivocada de afirmar que neste caso o Estado costarricense pôde adotar uma medida menos restritiva”. A esse respeito, argumentou que “ficou demonstrado que no estado atual da ciência, não existe evidência de que a [FIV] ofereça garantias de proteção à vida do não nascido fecundado *in vitro*”.

270. Em relação à proporcionalidade da medida, o Estado alegou que “ao balancear o prejuízo que a medida restritiva gera no titular da liberdade, e o benefício que a coletividade obtém a partir disso ao se proteger o valor mais fundamental da sociedade que é o direito à vida, o Estado deve necessariamente inclinar a balança para este último”. Afirmou que a “problemática associada com a Fertilização *in Vitro* é o alto índice de morte dos embriões humanos que são transferidos à cavidade uterina por métodos artificiais”. Mencionou alguns fenômenos “para explicar alguns dos problemas que podem estar envolvidos na alta ineficiência da FIV”: i) “o estado de maturação dos óvulos utilizados: a indução de uma multiovulação, que é feita habitualmente para aplicar a FIV, realiza-se com o tratamento de gonadotrofinas mas, com frequência, o estado de maturação dos óvulos obtidos por este procedimento é deficiente”; ii) “visto que na [FIV] não são realizados os procedimentos de seleção de espermatozoides normais e maduros que ocorrem na natureza, em muitíssimos casos a concepção se dá através de espermatozoides defeituosos”; iii) “a porcentagem de embriões que detém seu desenvolvimento entre as etapas de zigoto e blastócito é mais elevada quando a geração do desenvolvimento ocorre *in vitro* do que *in vivo* [...]”. O embrião gerado tem uma melhor viabilidade intrínseca que o criado *in vitro*; ou seja, os embriões criados no laboratório são menos saudáveis”, e iv) “foi demonstrado que

o embrião envia sinais para preparar o endométrio para a implantação, o que poderia explicar em parte por que no caso da FIV, ao não estar presente no corpo da mulher o embrião pré-implantado, a taxa de implantação é tão baixa". Nesse sentido, argumentou que "[a] única saída é a proibição da técnica, pois somente desta forma existe garantia para a vida do embrião desde a fecundação" e, portanto, "não poderia se obrigar a ponderar neste caso de maneira diferente os direitos envolvidos, pois não existe forma de fazê-lo". Por outro lado, o Estado afirmou que "a Sentença da Sala Constitucional [...] não é omissa em relação ao juízo de ponderação[, já que] foi considerado que a proscrição constitucional da técnica *in vitro* era necessária para proteger o direito à vida dos embriões". Por sua vez, acrescentou que "[o] fato de que na Costa Rica a Sala Constitucional tenha avaliado a existência do aborto terapêutico [...] não é contraditório com a proibição da FIV, em razão de que nesse caso "o juízo de ponderação devia ser realizado entre o direito à vida da mãe e o direito à vida do embrião".

271. Finalmente, em relação à alegada discriminação indireta, o Estado afirmou que "[a] situação de infertilidade é uma condição natural que não é induzida pelo Estado". Além disso, argumentou que "não existe consenso em que a infertilidade seja, *per se*, uma doença" ou possa "ser considerada uma incapacidade". A esse respeito, alegou que "[a] concepção assistida é distinta do tratamento de uma doença", já que a FIV não "cura" a infertilidade, pois "não constitui um tratamento para modificar a situação que faz com que um casal ou uma pessoa seja infértil, mas constitui um meio para substituir o procedimento natural da fecundação". Por outro lado, argumentou que a proibição da FIV "não está orientada a estabelecer discriminação contra as pessoas que não podem ter filhos de forma natural nem muito menos contra as mulheres", pois a proibição "estava dirigida a todas as pessoas independentemente de sua condição: solteiras, casadas, mulheres ou homens, férteis ou inférteis". Portanto, alegou que a proibição da FIV não teve uma "especial intensidade" em relação às mulheres, de modo que não discrimina de forma indireta pois "não tem sua origem unicamente em problemas das mulheres".

Considerações da Corte

272. A Corte afirmou que a decisão de ter filhos biológicos através do acesso a técnicas de reprodução assistida faz parte do âmbito dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e à vida privada e familiar. Além disso, a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal. A seguir será analisada a suposta justificativa da interferência que o Estado realizou em relação ao exercício destes direitos.

273. A esse respeito, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que um direito pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei no sentido formal e material,⁴²⁵ perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e

⁴²⁵ Cf. *A Expressão "Leis" no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6, pars. 35 e 37.

proporcionalidade.⁴²⁶ No presente caso, a Corte ressaltou que o “direito absoluto à vida do embrião”, como base para a restrição dos direitos envolvidos, não tem fundamento na Convenção Americana (par. 264 *supra*), razão pela qual não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos, nem apreciar as controvérsias em relação à declaração de inconstitucionalidade em sentido formal pela suposta violação do princípio da reserva de lei. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal considera pertinente expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens pretendidas com a proteção do embrião.⁴²⁷

274. Para isso, a restrição teria de alcançar uma importante satisfação da proteção da vida pré-natal, sem anular os direitos à vida privada e a fundar uma família. Para realizar esta ponderação deve ser analisado: i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro.⁴²⁸

275. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que o possível conflito entre o direito à vida privada, que inclui os direitos à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade, e “a possibilidade de que disposições de proteção para o não nascido sejam estendidas em certas circunstâncias, deve ser resolvido ponderando vários [...] direitos ou liberdades reclamados por uma mãe e um pai envolvidos em uma relação entre os dois ou vis-à-vis ao feto”.⁴²⁹ Este Tribunal expressou que uma “consideração indevida da proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor ordem, não constitui uma ponderação razoável e proporcional entre direitos e interesses em conflito”.⁴³⁰ Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o Tribunal Europeu considerou que a proibição absoluta do diagnóstico pré-implantacional não era proporcional, devido à legislação nacional inconsistente em relação aos direitos reprodutivos, que, proibindo o diagnóstico pré-implantacional, permitia ao mesmo tempo o término da gravidez se um feto posteriormente demonstrasse sintomas de uma grave doença detectável pelo diagnóstico pré-implantacional.⁴³¹

276. A Corte efetuará uma ponderação na qual analisará: i) a severidade da interferência ocorrida nos direitos à vida privada e familiar e aos demais direitos envolvidos no presente caso. Além disso, esta severidade é analisada desde o impacto desproporcional relacionado com: ii) a incapacidade; iii) o gênero, e iv) a situação socioeconômica. Finalmente, será avaliada: v) a controvérsia sobre a alegada perda embrionária.

⁴²⁶ Cf. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C N° 193, par. 56, e *Caso Atala Rizzo e Crianças Vs. Chile*, par. 164.

⁴²⁷ *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 83, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, par. 93.

⁴²⁸ *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 84.

⁴²⁹ TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (n° 53924/00), Sentença de 8 de julho de 2004, par. 80, e *Caso RR Vs. Polônia*, (n° 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 181.

⁴³⁰ TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (n° 25579/05), Grande Câmara. Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238.

⁴³¹ Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (n° 54270/10), Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 71.

D.1) Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso

277. Como foi indicado anteriormente (par. 144 *supra*), o alcance do direito à vida privada e familiar ostenta uma estreita relação com a autonomia pessoal e os direitos reprodutivos. A sentença da Sala Constitucional teve o efeito de interferir no exercício destes direitos das supostas vítimas, uma vez que os casais tiveram de modificar seu curso de ação em relação à decisão de tentar ter filhos através da FIV. De fato, a Corte considera que uma das ingerências diretas na vida privada se relaciona ao fato de que a decisão da Sala Constitucional impediu que fossem os casais quem decidissem sobre se desejavam ou não se submeter na Costa Rica a este tratamento para ter filhos. A ingerência se faz mais evidente se for considerado que a FIV é, na maioria dos casos, a técnica à qual recorrem as pessoas ou casais depois de haver tentado outros tratamentos para enfrentar a infertilidade (por exemplo, o senhor Vega e a senhora Arroyo realizaram 21 inseminações artificiais) ou, em outras circunstâncias, é a única opção com a que conta a pessoa para poder ter filhos biológicos, como no caso do senhor Mejías Carballo e da senhora Calderón Porras (pars. 85 e 117 *supra*).

278. A Corte afirmou que a ingerência no presente caso não está relacionada ao fato de não haver podido ter filhos (par. 161 *supra*). A seguir será analisado o grau de severidade da violação do direito à vida privada e a formar uma família, e do direito à integridade pessoal, tendo em consideração o impacto da proibição da FIV na intimidade, autonomia, saúde mental e nos direitos reprodutivos das pessoas.

279. Em primeiro lugar, a proibição da FIV impactou na intimidade das pessoas, visto que, em alguns casos, um dos efeitos indiretos da proibição foi que, ao não ser possível praticar esta técnica na Costa Rica, os procedimentos utilizados para recorrer a um tratamento médico no exterior exigiam expor aspectos que faziam parte da vida privada. A esse respeito, a senhora Bianchi Bruna afirmou que:

[a]o casal, a nós como esposos, o estresse econômico que significa conseguir esta quantia de dinheiro o quanto antes, porque aqui prima também um fator de tempo que é muito importante, já que temos um diagnóstico [...] e não se sabe em quanto tempo a gente pode juntar essa soma, menos se teremos que juntá-la várias vezes; o estresse deste tipo que um casal tem de enfrentar, quantos casais não se separam por estresse econômico simples e corrente; é enorme a falta de privacidade no fato de que no trabalho todos os meus empregadores tinham de ficar sabendo que eu estava me submetendo a este tratamento porque tinha de estar constantemente pedindo licença, ao mesmo tempo que dizia tenho de me demitir justamente antes de que tivesse de sair de viagem porque ninguém me daria a permissão para sair de viagem em 24, com notificação de 24 horas; no acompanhamento me pediam até 24 horas antes de viajar, depois tinha que viajar com 24 horas de notificação à Colômbia e daí em diante continuavam o

procedimento durante cinco dias e depois tinha que voltar à Costa Rica para fazer, 10 dias depois, o teste de gravidez e posteriormente acompanhar a gravidez. Isto levava a que todo o mundo se desse conta [...] A intimidade é totalmente violada, todo mundo não somente fica sabendo que ainda que fosse a mulher a que era infértil, todo mundo assume que o casal também é, ou que não foi capaz de realizar essa procriação; isso para ele foi muito difícil também, além de ter de estar me apoiando constantemente em coisas que realmente não entende [...], submeteu-me a um estresse social e familiar já que minha família se viu dividida de repente.⁴³²

280. Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños explicou dificuldades adicionais similares, as quais são possíveis de inferir que não teriam surgido se houvesse podido ter acesso à FIV em seu país. Afirmou, em relação à sua viagem à Europa para ter acesso à FIV, que “no mesmo dia que chega[ram], tiv[eram] de procurar o hotel, tiv[eram] de procurar a clínica, o médico, nunca havia[m] ido à Europa, [...] é um lugar totalmente estranho, estava sem [sua] família, sem [seus] entes queridos, estava[m] sozinhos, [s] e sentia como expatriada, assim [s]e sentia. Chega[ram], encontra[ram] o médico, um médico que não [os] conhece, que não sabe nem quem [você é]”.⁴³³

281. Em segundo lugar, em relação à violação da autonomia pessoal e do projeto de vida dos casais, a Corte observa que a FIV costuma ser realizada como último recurso para superar graves dificuldades reprodutivas. Sua proibição afetou com maior impacto os planos de vida dos casais cuja única opção de procriar era a FIV, como ocorria nos casos do senhor Mejías e da senhora Calderón Porras. Em sentido similar, a senhora Arroyo Fonseca, que havia tentado várias inseminações e que ao final conseguiu ter filhos, manifestou que, em determinado momento, “não tev[e] a oportunidade de superar [seu] problema de infertilidade com uma técnica de reprodução assistida que [naquele momento lh]e teria permitido ter mais filhos”.⁴³⁴

282. Em terceiro lugar, viu-se impactada a integridade psicológica das pessoas ao lhes negar a possibilidade de ter acesso a um procedimento que faz possível aplicar a liberdade reprodutiva desejada. A esse respeito, uma das vítimas expressou que, depois da proibição, ele e sua companheira, “ca[íram] em uma etapa de depressão tremenda, [ela] chorava o tempo todo, fechava-se no quarto e se negava a sair, [lh]e recordava a todo momento a ilusão de ter um filho seu, dos nomes que tínhamos [...]. Também tiveram de viver outras experiências amargas, por exemplo, deixa[ram] de ir à Igreja porque cada domingo era um martírio ir à missa e escutar o padre se referir às pessoas que queriam [a FIV] como pessoas que matavam crianças e como

⁴³² Declaração da senhora Bianchi Bruna na audiência realizada em 28 de outubro de 2008 perante a Comissão Interamericana.

⁴³³ Declaração da senhora Ileana Henchoz prestada na audiência pública realizada no presente caso.

⁴³⁴ Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266).

Deus reprovava e abominava essas crianças [...]. Não volt[aram] a nenhuma igreja, e [se] senti[ram] abandonados pelo próprio Deus".⁴³⁵

283. Por sua vez, a senhora Carro Maklouf expressou que sentiu "uma indescritível intromissão em [sua] vida privada" e enfatizou que para seus outros filhos "também era uma ilusão ter um irmãozinho, já que eles eram adultos, e o tema havia se convertido em um projeto familiar, eles também sofreram a [seu] lado toda a dor que [lh]e trouxe esta decisão da Sala Constitucional"⁴³⁶. A senhora Bianchi Bruna explicou que quando a FIV, como "última opção, [...] foi proibida [...] sent[iu] uma tormenta de dor e incredulidade dando voltas em [sua] mente". Por outro lado, a senhora Artavia Murillo declarou que a decisão estatal "lev[ou] ao fracasso de [seu] relacionamento matrimonial pelas depressões que sofre[ram] à raiz de tal proibição (fertilização *in vitro*) tanto as de [seu] ex-marido como as [suas], sendo assim que o melhor foi que terminássemos o mesmo, deixando uma ferida ainda maior, e com um dano moral incalculável".⁴³⁷

284. De maneira que, em face do afirmado anteriormente, os casais sofreram uma interferência severa em relação à tomada de decisões sobre os métodos ou práticas que desejavam tentar com o fim de procriar um filho biológico. Mas também existiram impactos diferentes, relacionados à situação de incapacidade, ao gênero e à situação econômica, que foram alegados pelas partes em conexão com uma possível discriminação indireta no presente caso.

D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica

285. A Corte Interamericana afirmou reiteradamente que a Convenção Americana não proíbe todas as distinções de tratamento. A Corte marcou a diferença entre "distinções" e "discriminações",⁴³⁸ de forma que as primeiras constituem diferenças compatíveis com a Convenção Americana por serem razoáveis e objetivas e as segundas constituem diferenças arbitrárias que redundam em prejuízo dos direitos humanos.

⁴³⁵ Declaração juramentada (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo IV, anexo XXI, folha 5620).

⁴³⁶ Declaração juramentada de Claudia María Carro Maklouf "História de vida" (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4140).

⁴³⁷ Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077).

⁴³⁸ Sobre o conceito de "discriminação", embora a Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não contenham uma definição deste termo, a Corte e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tomaram como base as definições contidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher para afirmar que a discriminação constitui "toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseiem em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, o idioma, a religião, a opinião política ou de outra natureza, a origem nacional ou social, a posição econômica, o nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenham por objeto ou por resultado anular ou menosprezar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas". Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A N° 18, par. 92.

No presente caso, os efeitos da sentença de inconstitucionalidade estão relacionados à proteção do direito à vida privada e familiar, e o direito de formar uma família, e não com a aplicação ou interpretação de uma determinada lei interna que regule a FIV. Portanto, a Corte não analisará a suposta violação do direito à igualdade e não discriminação no contexto do artigo 24,⁴³⁹ mas à luz do artigo 1.1⁴⁴⁰ da Convenção, em relação aos artigos 11.2 e 17 da mesma.⁴⁴¹

286. O Tribunal afirmou que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação determina que os Estados devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos.⁴⁴² O Comitê de Direitos Humanos,⁴⁴³ o Comitê contra a Discriminação Racial,⁴⁴⁴ o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher⁴⁴⁵ e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁴⁶ reconheceram o conceito da discriminação indireta. Este conceito implica que uma norma ou prática aparentemente neutra tem repercussões particularmente negativas em uma pessoa ou grupo com algumas características determinadas.⁴⁴⁷ É possível que quem tenha estabelecido esta norma ou prática não seja consciente dessas consequências práticas e, em tal caso, a intenção de discriminar não é o essencial e procede uma inversão do ônus da prova. A esse respeito, o Comitê das Pessoas com Deficiência afirmou que “uma lei que se aplique com imparcialidade pode ter um efeito discriminatório se não são levadas em consideração

⁴³⁹ O artigo 24 da Convenção (Igualdade perante a Lei) indica que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

⁴⁴⁰ O artigo 1.1 da Convenção Americana (Obrigação de Respeitar os Direitos) dispõe que: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

⁴⁴¹ A Corte afirmou que se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24. Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte do Contencioso-Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C N° 182, par. 209, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, par. 272.

⁴⁴² Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 141, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 88.

⁴⁴³ Cf. Comitê de Direitos Humanos, Comunicação n° 993/2001, *Althammer Vs. Áustria*, 8 de agosto de 2003, par. 10.2. (“que o efeito discriminatório de uma norma ou medida que é à primeira vista neutra ou não tem propósito discriminatório também pode dar lugar a uma violação da proteção igual perante a lei”), e Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação.

⁴⁴⁴ Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Comunicação n° 31/2003, *L.R. et al. Vs. Eslováquia*, 7 de março de 2005, par. 10.4.

⁴⁴⁵ Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral n° 25 referente a medidas especiais de caráter temporal (2004), par. 1 (“pode haver discriminação indireta contra a mulher quando as leis, as políticas e os programas se baseiam em critérios que aparentemente são neutros sob o ponto de vista do gênero, mas que, de fato, repercutem negativamente na mulher”).

⁴⁴⁶ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2 de julho de 2009.

⁴⁴⁷ *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito Reparações e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C N° 251, par. 234.

as circunstâncias particulares das pessoas às que se aplique".⁴⁴⁸ Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também desenvolveu o conceito de discriminação indireta, estabelecendo que quando uma política geral ou medida tem um efeito desproporcionalmente prejudicial em um grupo particular, esta pode ser considerada discriminatória ainda que não tenha sido dirigida especificamente a esse grupo.⁴⁴⁹

287. A Corte considera que o conceito de impacto desproporcional está ligado ao de discriminação indireta, razão pela qual se analisa se no presente caso existiu um impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica.

D.2.a) Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade

288. A Corte toma nota que a Organização Mundial da Saúde (doravante denominada "OMS") definiu a infertilidade como "uma doença do sistema reprodutivo definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas" (par. 62 *supra*). Segundo o perito Zegers-Hochschild, "a infertilidade é uma doença que tem vários efeitos na saúde física e psicológica das pessoas, bem como consequências sociais, que incluem instabilidade matrimonial, ansiedade, depressão, isolamento social e perda de *status* social, perda de identidade de gênero, ostracismo e abuso [...]. [G] era angústia, depressão, isolamento e debilita os laços familiares". A perita Garza testemunhou que "[é] mais exato considerar a infertilidade como um sintoma de uma doença subjacente. As doenças que causam infertilidade têm um duplo efeito, [...] dificultando o funcionamento da infertilidade, mas também causando problemas de saúde para o homem ou a mulher, tanto a curto como a longo prazo". Em sentido similar, a Associação Médica Mundial reconheceu que as tecnologias reprodutivas "diferem do tratamento de doenças em que a incapacidade para serem pais sem ajuda médica nem sempre é considerado uma doença. Mesmo quando possa ter profundas consequências psicossociais e, portanto médicas, não é em si mesma limitante da vida. Entretanto, constitui-se uma causa significativa de doenças mentais graves e seu tratamento é claramente médico".⁴⁵⁰

289. Do artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominada "CDPD") se observa o direito das pessoas com deficiência de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva.⁴⁵¹ O

⁴⁴⁸ Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Comunicação nº 3/2011, *Caso H. M. Vs. Suécia*, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, par. 8.3.

⁴⁴⁹ TEDH, *Caso Hoogendijk Vs. Holanda*, nº 58641/00, Primeira Câmara, 2005; TEDH, Grande Câmara, *D. H. e outros Vs. República Checa*, nº 57325/00, 13 de novembro de 2007, par. 175, e TEDH, *Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido*, nº 24746/94, 4 de maio de 2001, par. 154.

⁴⁵⁰ *The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006*, disponível em: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Tradução da Secretaria da Corte]. Declaração citada no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana (expediente de mérito, tomo I, nota de pé 36) e na contestação da demanda (expediente de mérito, tomo III, folha 1086).

⁴⁵¹ O Artigo 25.1 estabelece que: Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência.

perito Caruso considerou que somente se pode falar da infertilidade como deficiência em determinadas condições e hipóteses e, portanto, somente em casos específicos.⁴⁵² O perito Hunt observou que “a infertilidade involuntária é uma deficiência”,⁴⁵³ considerando que:

[o] Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual a Costa Rica é Parte, reconhece que a ‘deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas’. De acordo com o modelo biopsicossocial da OMS sobre deficiência, esta tem um ou mais dos três níveis de dificuldade no funcionamento humano: um impedimento físico-psicológico; uma limitação de uma atividade devido a um impedimento (limitação de uma atividade) e uma participação restringida devido a uma limitação de atividade. De acordo com a Classificação Internacional de Funcionamento, da Deficiência e da Saúde da OMS, os impedimentos incluem problemas no funcionamento do corpo; as limitações das atividades são dificuldades que uma pessoa pode ter ao realizar uma atividade; e as participações restringidas são problemas que uma pessoa pode experimentar em diversas situações da vida.⁴⁵⁴

290. O Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), em seu artigo 18, afirma que “[t]oda pessoa impactada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”. A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “CIADDIS”) define o termo “deficiência” como “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. Por sua vez, a CDPD estabelece que as pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física,

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral”.

⁴⁵² Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁵³ Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2650).

⁴⁵⁴ Declaração do perito Paul Hunt, folha 2650.

mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas". A deficiência resulta da interação entre as limitações funcionais de uma pessoa e as barreiras existentes no entorno que impedem o exercício pleno de seus direitos e liberdades.⁴⁵⁵

291. Nas Convenções anteriormente mencionadas se tem em consideração o modelo social para abordar a deficiência, o que implica que a deficiência não é definida exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se inter-relaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva⁴⁵⁶. Os tipos de limites ou barreiras que comumente encontram as pessoas com diversidade funcional na sociedade são, entre outras, atitudinais⁴⁵⁷ ou socioeconômicas.⁴⁵⁸

292. Toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre,⁴⁵⁹ como a deficiência.⁴⁶⁰ Nesse sentido, é obrigação dos Estados propender pela inclusão das pessoas com deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade,⁴⁶¹ com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras.⁴⁶²

⁴⁵⁵ O Preâmbulo da CDPD reconhece que "a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas".

⁴⁵⁶ *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133.

⁴⁵⁷ *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. Assembleia Geral da ONU, Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, GA/RES/48/96, 4 de março de 1994, Quadragésimo oitavo período de sessões, par. 3 ("em relação à deficiência, também há muitas circunstâncias concretas que influem nas condições de vida das pessoas que a sofrem: a ignorância, o abandono, a superstição e o medo são fatores sociais que ao longo de toda a história isolaram as pessoas com deficiência e atrasaram seu desenvolvimento").

⁴⁵⁸ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 104, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. também Artigo III.2 da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, Pessoas com Deficiência, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de setembro de 1994, par. 9.

⁴⁵⁹ Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, pars. 111 e 113, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 244.

⁴⁶⁰ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 103, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134.

⁴⁶¹ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134. Cf. Artigo 5 das Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência.

⁴⁶² Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 13.

293. Com base nestas considerações e tendo em consideração a definição desenvolvida pela OMS segundo a qual a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo (par. 288 *supra*), a Corte considera que a infertilidade é uma limitação funcional reconhecida como uma doença e que as pessoas com infertilidade na Costa Rica, ao enfrentar as barreiras geradas pela decisão da Sala Constitucional, deviam ser consideradas protegidas pelos direitos das pessoas com deficiência, que incluem o direito de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva. Esta condição demanda uma atenção especial para que se desenvolva a autonomia reprodutiva.

D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero

294. A Corte considera que a proibição da FIV pode afetar tanto homens como mulheres e lhes pode produzir impactos desproporcionais diferentes em virtude da existência de estereótipos e preconceitos na sociedade.

295. Em relação à situação das mulheres inférteis, o perito Hunt explicou que “em muitas sociedades se atribui a infecundidade em grande medida e de forma desproporcional à mulher, devido ao persistente estereótipo de gênero que define a mulher como a criadora básica da família”. Citando as conclusões de pesquisas do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisas Conexas da Organização Mundial da Saúde (OMS), afirmou que:

[a] responsabilidade pela infecundidade é comumente compartilhada pelo casal. [...] Entretanto, por razões biológicas e sociais, a culpa pela infecundidade não é compartilhada de forma equilibrada. A carga psicológica e social da fecundidade, na maioria das sociedades, é muito superior sobre a mulher. A condição de uma mulher se identifica com frequência em sua fecundidade, e a falta de filhos pode ser vista como uma desgraça social ou causa de divórcio. O sofrimento da mulher infértil pode ser muito real”.⁴⁶³

296. A Corte observa que a OMS afirmou que, embora o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminidade é definida muitas vezes através da maternidade. Nestas situações, o sofrimento pessoal da mulher infértil é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, a estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.⁴⁶⁴ Segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde, existe

⁴⁶³ Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

⁴⁶⁴ Preâmbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction”*, Genebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

uma brecha de gênero com relação à saúde sexual e reprodutiva, já que as doenças relacionadas à saúde sexual e reprodutiva têm impacto em aproximadamente 20% entre as mulheres e 14% dos homens.⁴⁶⁵

297. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher afirmou que quando uma "decisão de adiar a intervenção cirúrgica devido à gravidez esteve influenciada pelo estereótipo de que a proteção do feto deve prevalecer sobre a saúde da mãe", esta é discriminatória.⁴⁶⁶ A Corte considera que, no presente caso, estamos diante de uma situação parecida de influência de estereótipos, na qual a Sala Constitucional deu prevalência absoluta à proteção dos óvulos fecundados sem considerar a situação de deficiência de algumas das mulheres.

298. Por outro lado, a perita Neuburger explicou que "[o] modelo de identidade de gênero é definido socialmente e moldado pela cultura; sua posterior naturalização obedece a fatores socioeconômicos, políticos, culturais e históricos. Segundo estes fatores, as mulheres são criadas e socializadas para serem esposas e mães, para cuidar e atender o mundo íntimo dos afetos. O ideal de mulher, ainda em nossos dias, encarna-se na entrega e no sacrifício, e como culminação destes valores, concretiza-se na maternidade e em sua capacidade de dar à luz. [...] A capacidade fértil da mulher é considerada, ainda hoje, por uma boa parte da sociedade, como algo natural, que não admite dúvidas. Quando uma mulher tem dificuldades férteis ou não pode engravidar, a reação social costuma ser de desconfiança, de desqualificação e, em ocasiões, até de maltrato. [...] O impacto da incapacidade fértil nas mulheres costuma ser maior que nos homens, porque [...] a maternidade lhe[s] foi designada como uma parte fundante de sua identidade de gênero e transformada em seu destino. O peso de sua autoculpabilização aumenta em um grau extremo quando surge a proibição da FIV [...]. As pressões familiares e sociais constituem uma carga adicional que incrementa a autoculpabilização".⁴⁶⁷

299. Por outro lado, embora a infertilidade possa afetar homens e mulheres, a utilização das tecnologias de reprodução assistida se relaciona em especial com o corpo das mulheres. Ainda que a proibição da FIV não esteja expressamente dirigida para as mulheres e, portanto, parece neutra, tem um impacto negativo desproporcional sobre elas.

300. A esse respeito, o Tribunal ressalta que o processo inicial da FIV (indução à ovulação) foi interrompido em vários dos casais, como por exemplo, nos casais Artavia Murillo e Mejías Carballo (par. 87 *supra*), Yamuni e Henchoz (par. 92 *supra*), Arroyo e Vega (par. 108 *supra*), Vargas e Calderón (par. 118 *supra*), e Acuña e Castillo (par. 121 *supra*). Este tipo de interrupção na continuidade de um tratamento tem um impacto diferente nas mulheres porque era em seus corpos onde se concretizavam

⁴⁶⁵ Cf. Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), 'Capítulo 2: Condições de Saúde e Tendências' em Saúde nas Américas 2007 Volume I Regional, Washington, 2007, página 143. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI).

⁴⁶⁶ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *Caso L.C. Vs. Peru*, Com. nº. 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

⁴⁶⁷ Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Alicia Neuburger (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

intervenções como a indução ovariana ou outras intervenções destinadas a realizar o projeto familiar associado à FIV. Por outro lado, as mulheres poderiam acudir à FIV sem necessidade de um parceiro. A Corte concorda com o Comitê CEDAW quando ressaltou que é necessário considerar “os direitos de saúde das mulheres sob uma perspectiva que leve em consideração seus interesses e suas necessidades em razão dos fatores e dos traços distintivos que as diferenciam dos homens, a saber: (a) fatores biológicos [...], tais como [...] sua função reprodutiva”.⁴⁶⁸

301. Por sua vez, em relação à situação dos homens inférteis, o senhor Mejías Carballo declarou que lhe dá “medo formar um casal de novo”. Acrescentou que “foi muito difícil, depois [da proibição da FIV] começaram os problemas onde já era como uma exigência querer ter um filho, que os anos passavam, que chegavam aniversários, que chegava o dia das mães, o dia dos pais, o Natal, quando todos [seus] irmãos e sobrinhos entregavam os presentes a seus filhos, e [...] chegava o dia das mães, e outro ano mais do dia das mães e [ele] sem filho, ou seja, tudo isso vai nos perseguindo moralmente”.⁴⁶⁹ O senhor Vargas manifestou que “por anos [s]e sent[iu] menor, não [s]e sentia homem, acreditava que [sua] impossibilidade de conceber um filho era uma falta de hombridade e assim [s]e castig[ou] sozinho no silêncio de [seu] s pensamentos e na dor de milhares de lágrimas que segurou para que tampouco [o] vissem chorar”.⁴⁷⁰ Por sua vez, o senhor Sanabria León explicou que recebeu “a mensagem de impossibilidade e, diante disso, [s]e sent[iu] deficiente, [sua] percepção de [s]i mesmo foi impactada negativamente e [se] irrit[ou] e [se] resse[ntiu] com [seu] corpo, [s]e recus[ou]; enfim, a imagem de [s]i mesmo foi severamente desvalorizada”.⁴⁷¹ A perita Neuburger explicou que “[aos] homens a deficiência fértil lhes ocasiona um forte sentimento de impotência e, como resultado, um questionamento de sua identidade de gênero. O ocultamento social de sua disfunção fértil costuma ser estratégia defensiva pelo temor à chacota e ao questionamento de outros homens”.⁴⁷²

302. A Corte ressalta que estes estereótipos de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los. O Tribunal não está validando estes estereótipos e unicamente os reconhece e visibiliza para precisar o impacto desproporcional da interferência gerada pela sentença da Sala Constitucional.

D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica

303. Finalmente, a proibição da FIV teve um impacto desproporcional nos casais inférteis que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV

⁴⁶⁸ Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24, par. 12.

⁴⁶⁹ Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁷⁰ Cf. Declaração juramentada de Giovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5281).

⁴⁷¹ Declaração juramentada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo II, folha 4937).

⁴⁷² Declaração da perita Alicia Neuburger perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

no exterior.⁴⁷³ Consta dos autos que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Giovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras não tinham os recursos econômicos para realizar de maneira exitosa o tratamento da FIV no exterior.⁴⁷⁴

304. O senhor Mejías Carballo, em seu testemunho durante a audiência pública perante esta Corte, declarou que ele e sua ex-esposa se sentiram "muito tristes [...] porque não podiam sair a outro país, porque não tinham o dinheiro, já que não podiam realizar o tratamento aqui na Costa Rica porque a haviam proibido".⁴⁷⁵ Em sua declaração juramentada, a senhora Artavia Murillo afirmou que ela e seu ex-companheiro se sentiram "totalmente desesperados e com enormes frustrações, começa[ram] a aparecer muitas diferenças entre [eles] ao verem truncadas as esperanças de serem pais, associado à impossibilidade de ir ao exterior para realizar tal prática por falta de dinheiro, implicando isso uma diminuição efetiva da utilidade individual e, portanto, uma perda líquida de [seu] bem-estar social".⁴⁷⁶ Ana Cristina Castillo León explicou que "não tinha[m] os recursos econômicos necessários para ir ao exterior em busca de uma" FIV.⁴⁷⁷ Além disso, o senhor Vargas expressou que "a única alternativa a considerar era viajar à Espanha ou à Colômbia para realizar a FIV, entretanto os custos associados triplicavam para [eles] e simplesmente [se] senti[ram] vencidos, discriminados e castigados por um Tribunal que [lhes] cerceava a possibilidade de ter acesso a um tratamento médico que no resto dos países do mundo era permitido".⁴⁷⁸

D.3) Controvérsia sobre a alegada perda embrionária

305. Como foi afirmado anteriormente (par. 76 *supra*), a Sala Constitucional justificou a proibição da FIV na "elevada perda de embriões", seu "risco desproporcional de morte", e na inadmissibilidade de realizar uma comparação entre a perda de embriões em uma gravidez natural com a perda em uma FIV. O Estado considerou que "hoje a técnica da [FIV] implica o descarte, por ação e omissão, de embriões, que, de outra forma, poderiam se desenvolver até o fim". A Sala Constitucional afirmou que:

⁴⁷³ Cf. artigo 1.1 da Convenção Americana ("Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de [...] posição econômica")

⁴⁷⁴ Cf. Declaração juramentada de Oriéster Rojas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo II, folha 4516).

⁴⁷⁵ De igual maneira, o senhor Mejías declarou que queriam ir ao exterior para realizar o tratamento, mas "não tinham dinheiro e já havia gastado bastante e [ele] viv[e] de uma renda do Estado, e [se] sabe que as rendas do Estado não são suficientes para cobrir um gasto destes, então não pud[eram] ir". Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁷⁶ Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077)

⁴⁷⁷ Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

⁴⁷⁸ Cf. Declaração juramentada de Giovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5280).

Não é aceitável [...] o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não chegam a se implantar ou que, ainda conseguindo a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propícia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar.⁴⁷⁹

306. A esse respeito, a Corte observa que o Decreto declarado inconstitucional pela Sala Constitucional contava com medidas de proteção para o embrião, já que estabelecia o número de óvulos que podiam ser fecundados. Além disso, proibia “descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes”. Nesse sentido, existiam medidas para que não se gerasse um “risco desproporcional” na expectativa de vida dos embriões. Por outro lado, de acordo com o estabelecido neste Decreto, a única possibilidade viável de perda de embriões, seria se estes não fossem implantados no útero da mulher uma vez que fosse realizada a transferência embrionária.

307. A Corte considera necessário aprofundar-se neste último aspecto, a partir da prova produzida no processo perante o Tribunal em relação às similitudes e diferenças em relação à perda de embriões tanto nas gravidezes naturais como na FIV.

308. A Sala Constitucional fundamentou a proibição da FIV na diferença em relação à perda de embriões transferidos pela FIV e embriões perdidos em uma gravidez natural, considerando que ao aplicar a FIV existia uma “manipulação consciente [e] voluntária” dos embriões. O Tribunal observa que existe um debate científico sobre as taxas de perda de embriões no processo natural e de reprodução assistida. No processo perante a Corte foram apresentadas distintas posições médicas em relação à causa de perda embrionária tanto na aplicação da FIV como na gravidez natural, bem como à porcentagem de perdas nos dois casos. O perito Zegers-Hochschild afirmou que “[a] informação científica produzida ensina que “a morte embrionária que ocorre nos procedimentos de FIV não ocorre como resultado direto da técnica, [mas] como parte do processo com que se expressa nossa natureza”,⁴⁸⁰ e que “[e]m mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea”.⁴⁸¹ Por sua vez, a perita Garza manifestou que “a mortalidade dos embriões é de aproximadamente

⁴⁷⁹ Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

⁴⁸⁰ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2835).

⁴⁸¹ Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2839).

30% em circunstâncias naturais e para a FIV se considera que a perda embrionária é de aproximadamente 90%". Entretanto, esclareceu que "é difícil calcular a mortalidade embrionária exata em circunstâncias naturais, já que algumas perdas não podem ser detectadas em gravidezes precoces". O perito Caruso asseverou que "a taxa de perda é muito mais alta" na FIV do que "na concepção natural".⁴⁸²

309. Não corresponde à Corte determinar qual teoria científica deve prevalecer neste tema nem corresponde analisar em profundidade qual perito tem razão nestes temas que são alheios à expertise da Corte. Para o Tribunal é suficiente constatar que a prova nos autos é concordante em afirmar que tanto na gravidez natural como no âmbito da FIV existe perda de embriões. Além disso, tanto o perito Zegers como o perito Caruso concordaram em afirmar que as estatísticas sobre perda embrionária nas gravidezes naturais são pouco medidas em comparação com a medição das perdas na FIV, o que limita o alcance que se procura dar a algumas das estatísticas que foram apresentadas perante a Corte.⁴⁸³

310. Levando em consideração que a perda embrionária ocorre tanto em gravidezes naturais como quando se utiliza a FIV, o argumento da existência de manipulação consciente e voluntária de células no âmbito da FIV somente pode ser entendido como ligado ao argumento desenvolvido pela Sala Constitucional sobre a proteção absoluta do direito à vida do embrião, o qual foi desvirtuado em seções anteriores da presente Sentença (par. 264 *supra*). Ao contrário, a Corte observa que o perito Zegers-Hochschild ressaltou que "[o] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora".⁴⁸⁴

⁴⁸² Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza.

⁴⁸³ Durante a audiência pública, a Comissão interrogou o perito Caruso neste ponto, indicando que tanto na FIV como no processo natural de concepção existe perda embrionária e ressaltando que a diferença seria que na FIV é possível medir essas perdas. A Comissão indagou se a diferença seria então que na FIV simplesmente é possível medir essas perdas. O perito Caruso contestou que "*In IVF you can say to a certain extent, you can answer that question somewhat. The differences, as I've said before is that there is a very big difference between the environment of the natural in fallopian tube and the dish with medium in an incubator at 95 degrees and 5% CO2 in an IVF lab. So yes, you are going to see an IVF you can quantify the loss of the embryos that you have. No.1, you cannot extrapolate that back to compare it to natural pregnancy laws. And 2. There may be reasons beyond the nature that those embryos are lost*". Cf. Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

⁴⁸⁴ Declaração prestada pelo perito Zegers na audiência pública do presente caso. Precisou a esse respeito que "Os resultados de TRA variam significativamente dependendo da idade da mulher e do número de embriões transferidos e, em alguns casos, da gravidade da condição que gerou a doença. [...] [A] proporção de óvulos cromossomicamente anormais é muito alta na espécie humana. Isto faz com que uma porcentagem majoritária de óvulos fecundados não avancem em seu desenvolvimento embrionário e uma proporção elevada de embriões transferidos não se implantem e não gerem uma gravidez. [...] Da análise destes dados se observa que [...] [a] técnica da FIV ou [a] injeção intracitoplasmática de espermatozoides [ICSI], não gera embriões de menor valor biológico que os gerados de maneira espontânea no corpo da mulher[, e] [...] que a morte embrionária como parte de um tratamento médico não ocorre como resultado direto da técnica, mas como resultado de má qualidade ovocitária e embrionária que são naturais tanto à mulher como ao homem. Em mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de

311. Tendo em consideração o anterior, a Corte considera desproporcional pretender uma proteção absoluta do embrião em relação a um risco que resulta comum e inerente inclusive em processos onde a técnica da FIV não intervém. O Tribunal compartilha o conceito do perito Zegers-Hochschild, segundo o qual “[é] fundamental sob uma perspectiva biomédica diferenciar o que significa *proteger* o direito à vida do que significa *garantir* o direito à vida de estruturas celulares que se regem por uma matemática e uma biologia que transcende qualquer regulamentação social ou jurídica. O que corresponde às instituições responsáveis pelas [técnicas de reprodução assistida] é prover às estruturas celulares (gametas e embriões) as melhores condições com que conta o conhecimento médico e científico para que a potencialidade de ser pessoa possa se expressar ao nascer [...]”. O Tribunal reitera que, precisamente um dos objetivos da FIV é contribuir com a criação de vida (par. 66 *supra*).

312. A Corte observa também que a Costa Rica permite as técnicas de inseminação artificial quando o uso destas técnicas tampouco garante que cada óvulo leve a uma gravidez, implicando assim a possível perda de embriões. A decisão de ficar grávida, inclusive por fecundação natural, também pode estar precedida de uma ação consciente que tome medidas para aumentar a probabilidade de que o óvulo seja fecundado. Segundo as alegações finais do Estado:

A inseminação artificial é um dos tratamentos que a Caixa Costarriquenha de Previdência Social oferece. Em ocasiões, como consequência do tratamento hormonal e como resposta individual, as pacientes podem apresentar maior estimulação ovariana que a esperada, portanto quando essa produção de folículos é de 6 ou mais em ambos os ovários, cancela-se o ciclo.⁴⁸⁵

313. Em resumo, tanto na gravidez natural como em técnicas como a da inseminação artificial existe perda embrionária. A Corte observa que existem debates científicos sobre as diferenças entre o tipo de perdas embrionárias que ocorrem nestes processos e as razões das mesmas. Mas o analisado até agora permite concluir que, tendo em consideração as perdas embrionárias que ocorrem na gravidez natural e em

um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea. A FIV/ICSI em si mesmas, não afetam a possibilidade de implantação e concepção. Assim, as menores taxas de gravidez em mulheres com FIV não se devem à interferência da técnica; mas maioritariamente ao resultado da doença subjacente que determina um menor rendimento reprodutivo. [...] [O] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora. A pergunta que se deve responder é se os TRA, como a FIV ou a ICSI, contribuem a que morram embriões pelo fato de havê-los fecundado fora do corpo da mulher e depois transferidos a ela. A resposta a esta pergunta é que nem a FIV nem a ICSI afetam a possibilidade de sobrevivência de embriões e certamente não os matam”.

⁴⁸⁵ Alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, tomo XI, folha 5314).

outras técnicas de reprodução que são permitidas na Costa Rica, a proteção do embrião que se busca através da proibição da FIV tem um alcance muito limitado e moderado.

D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida

314. Uma ponderação entre a severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso e a importância da proteção do embrião permite afirmar que a violação do direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada, à intimidade, à autonomia reprodutiva, ao acesso a serviços de saúde reprodutiva e a formar uma família é severa e supõe uma violação destes direitos, pois estes direitos são anulados na prática para aquelas pessoas cujo único tratamento possível da infertilidade era a FIV. Além disso, a interferência teve um impacto diferente nas supostas vítimas por sua situação de deficiência, os estereótipos de gênero e, diante de algumas das supostas vítimas, por sua situação econômica.

315. Em contraste, o impacto na proteção do embrião é muito leve, tendo em vista que a perda embrionária ocorre tanto na FIV como na gravidez natural. A Corte ressalta que o embrião, antes da implantação, não está compreendido nos termos do artigo 4 da Convenção e recorda o princípio de proteção gradual e incremental da vida pré-natal (par. 264 *supra*).

316. Portanto, a Corte conclui que a Sala Constitucional partiu de uma proteção absoluta do embrião que, ao não ponderar nem ter em consideração os outros direitos em conflito, implicou uma intervenção arbitrária e excessiva na vida privada e familiar, o que fez dessa interferência desproporcional. Além disso, a interferência teve efeitos discriminatórios. Ademais, tendo em consideração estas conclusões sobre a ponderação e o já afirmado em relação ao artigo 4.1 da Convenção (par. 264 *supra*), a Corte não considera pertinente se pronunciar sobre as alegações do Estado em relação a que contaria com uma margem de apreciação para estabelecer proibições como a efetuada pela Sala Constitucional.

E) Conclusão final sobre o mérito do caso

317. Por todo o anteriormente resenhado durante o presente capítulo, a Corte declara a violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

IX REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

318. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,⁴⁸⁶ a Corte afirmou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente⁴⁸⁷ e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.⁴⁸⁸

319. A reparação do dano ocasionado 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 a direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.⁴⁸⁹ Portanto, a Corte considerou a necessidade de conceder diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, de modo que, além das compensações pecuniárias, as medidas de reembolso, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos ocasionados.⁴⁹⁰

320. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar esta concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito.⁴⁹¹

321. De acordo com as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção Americana declaradas no capítulo anterior, o Tribunal procederá a analisar os argumentos e recomendações apresentados pela Comissão e as pretensões dos representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,⁴⁹² com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

⁴⁸⁶ O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

⁴⁸⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

⁴⁸⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

⁴⁸⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 245.

⁴⁹⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 248.

⁴⁹¹ Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 110, e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C N° 252.

⁴⁹² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 246.

A) Parte lesada

322. O Tribunal reitera que se considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, quem foi declarado vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, esta Corte considera como "parte lesada" a Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, que, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no Capítulo VII serão considerados beneficiários das reparações que o Tribunal ordene.

323. O Tribunal determinará medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não possuem natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.⁴⁹³ A jurisprudência internacional, e em particular da Corte, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.⁴⁹⁴ Entretanto, considerando as circunstâncias do caso *sub judice*, em atenção às violações às vítimas, bem como as consequências de ordem imaterial e não pecuniária derivadas das violações à Convenção declaradas em seu prejuízo, a Corte considera pertinente ordenar medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

B) Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição

B.1) Medidas de reabilitação psicológica

Alegações das partes

324. O representante Molina solicitou à Corte que "ordene ao Estado que ofereça os tratamentos psicológicos e/ou psiquiátricos às vítimas que assim o desejem com os profissionais capacitados para o dano especificamente em seu projeto de vida".

325. O Estado alegou que esta medida "deve ser rejeitada, uma vez que [...] o sistema de seguridade social costarriquenho já oferece o serviço de acompanhamento e tratamento psicológico e psiquiátrico aos pacientes que apresentem problemas de fertilidade".

⁴⁹³ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 77, par. 84, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.

⁴⁹⁴ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 56, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.

Considerações da Corte

326. O Tribunal afirmou que o presente caso não se relaciona com um suposto direito a ter filhos ou um direito a ter acesso à FIV. Ao contrário, o caso se concentrou no impacto gerado por uma interferência desproporcional em decisões sobre a vida privada, familiar e os demais direitos envolvidos, e o impacto que esta interferência teve na integridade psicológica. Em consequência, a Corte considera, como o fez em outros casos,⁴⁹⁵ que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos padecimentos psicológicos sofridos pelas vítimas, atendendo suas especificidades, sempre que elas o solicitem. A Corte observa diversas lesões de que padeceram as vítimas pela interferência arbitrária no acesso a uma técnica de reprodução assistida. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelas vítimas no presente caso, o Tribunal dispõe a obrigação do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata, por até quatro anos, o tratamento psicológico que requeiram. Em particular, o tratamento psicológico deve ser oferecido por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento a vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Ao fornecer esse tratamento, devem ser consideradas, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que seja combinado com cada uma delas, depois de uma avaliação individual.⁴⁹⁶ Os tratamentos devem incluir a provisão de medicamentos e, se for o caso, transporte e outros gastos que estejam diretamente relacionados e sejam estritamente necessários.

B.2) Medidas de satisfação: publicação da Sentença

Alegações das partes

327. O representante Molina solicitou “a publicação das partes pertinentes da sentença em um jornal de ampla difusão nacional, em sua versão impressa, e da totalidade da sentença e seu resumo em um formato digital”, bem como “que o Estado elabore um resumo em termos simples da sentença, aprovado pela [...] Corte, para que a população em geral possa compreender o caso e que este também seja publicado em um meio de difusão nacional”.

328. O representante May solicitou que a Corte “declare que o Estado deve publicar, no prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, por uma única vez, o conteúdo dispositivo desta sentença no Diário Oficial *La Gaceta* e em outros dois jornais de ampla circulação”.

⁴⁹⁵ Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C N° 87, pars. 42 e 45, e *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala*, par. 287.

⁴⁹⁶ Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C N° 109, par. 278, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C N° 237, par. 329.

Considerações da Corte

329. A Corte ordena que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial; 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, integralmente, disponível por um período de um ano, em um *site* oficial do Poder Judiciário.

B.3) Garantias de não repetição

B.3.1) Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV

Argumentos da Comissão e alegações das partes

330. A Comissão recomendou ao Estado "[s]uspender a proibição da Fecundação *In Vitro* no país através dos procedimentos legais correspondentes" e "[a]sssegurar que a regulamentação que se conceda à prática da Fecundação *In Vitro* a partir da suspensão da proibição seja compatível com as obrigações estatais em relação aos direitos consagrados nos artigos 11.2 17.2 e 24[, para que] os casais que a requerem e assim o desejem, possam ter acesso às técnicas da Fecundação *In Vitro* de forma que este tratamento contribua efetivamente à sua finalidade".

331. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado a aprovação de "uma lei em sentido formal e material que faça um balanço entre os direitos à vida e os direitos [violados] neste caso". Propôs a esse respeito "a proibição de descartar embriões arbitrariamente e seu comércio, permitir o implante de não mais de três embriões, para evitar gravidezes múltiplas, promover a vitrificação de óvulos e não de embriões, como uma mostra de querer proteger esses embriões". Ressaltou "a importância de permitir o ajuste da legislação aos novos métodos de reprodução assistida que venham sendo descobertos pela ciência, que mantenham um equilíbrio entre direitos". Solicitou à Corte que "ordene ao Estado a regulamentação e implementação de todos os mecanismos necessários para oferecer à população os métodos de reprodução assistida existentes e que se deem no futuro para dar resposta aos casais com problemas de fertilidade".

332. O representante May solicitou que o Estado adote "todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza para poder oferecer progressivamente o pleno acesso ao tratamento da FIV, incorporando os avanços tecnológicos disponíveis hoje em dia em países de maior experiência e que permitem não somente melhores resultados estatísticos de êxito com esse tratamento, mas maior segurança para as pacientes que se submetem ao mesmo, dentro do Sistema de Seguridade social, às pessoas estéreis ou inférteis contribuintes da Caixa Costarriquenha de Previdência Social".

333. O Estado alegou que "a Caixa Costarriquenha de Previdência Social conta com um programa completo de atendimento para as pessoas que apresentam uma situação de infertilidade, pois o único procedimento que não se oferece neste momento é a FIV".

Considerações da Corte

334. A Corte recorda que o Estado deve prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos como as ocorridas e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos na Convenção Americana.⁴⁹⁷

335. Em particular, e em conformidade com o artigo 2 da Convenção, o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para fazer efetivo o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.⁴⁹⁸ Ou seja, os Estados não somente têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem evitar promulgar leis que impeçam o livre exercício destes direitos, e evitar que sejam suprimidas ou modificadas as leis que os protegem.⁴⁹⁹

336. Em primeiro lugar e tendo em consideração o afirmado na presente Sentença, as autoridades pertinentes do Estado deverão adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível, a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença (par. 317 *supra*). O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito.

337. Em segundo lugar, o Estado deverá regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença. Além disso, o Estado deve estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas.

338. Em terceiro lugar, no contexto das considerações desenvolvidas na presente Decisão (pars. 285 a 303 *supra*), a Caixa Costarricense de Previdência Social deverá incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e sobre os planos elaborados para este propósito.

⁴⁹⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, par. 166, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 221.

⁴⁹⁸ Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C N° 12, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

⁴⁹⁹ Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

B.3.2) Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva

Alegações das partes

339. O representante Molina solicitou à Corte que "ordene a implementação de uma campanha nacional de informação sobre os direitos das pessoas com deficiência reprodutiva".

340. O Estado alegou que "já conta com mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva" e "que a determinação dos conteúdos das campanhas de divulgação em temas de saúde reprodutiva faz parte da margem de apreciação dos Estados a quem lhes corresponde determinar o destino dos escassos recursos financeiros com que conta o sistema de saúde".

Considerações da Corte

341. A Corte observa que o Estado não precisou os mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva existentes.⁵⁰⁰ Portanto, ordena que o Estado implemente programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário.⁵⁰¹ Dentro destes programas e cursos de capacitação deverá ser feita uma especial menção à presente Sentença e aos diversos precedentes do *corpus iuris* dos direitos humanos relativos aos direitos reprodutivos e ao princípio de não discriminação.

B.3.3) Outras medidas solicitadas

Alegações das partes

342. O representante May requereu à Corte que "solicite ao Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos que peça ao Comitê Jurídico Interamericano [...] a elaboração, em um prazo razoável, de um anteprojeto de estatuto internacional do embrião, levando em consideração a necessidade de estabelecer certos limites ou a exclusão dos embriões humanos de toda convenção comercial". Também requereu "que a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça [conceda] em ato público convocado para esse propósito, uma desculpa às vítimas pela violação a seus direitos humanos e pelo sofrimento e dor que lhes causou, reconhecendo publicamente este órgão judiciário que sua sentença frustrou o projeto de vida das vítimas". Além disso, solicitou que se "declare que a Caixa Costarriquenha de

⁵⁰⁰ O Estado se limitou a mencionar a existência de uma "Oficina sobre monitoramento dos ODM na América Latina" (expediente de mérito, tomo III, folha 1253).

⁵⁰¹ Em sentido similar, *Cf. Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 271.

Previdência Social [...] estabele[ça] uma clínica especializada em FIV que levará o nome de Gerardo Trejos Salas”.

343. O Estado alegou que “não existe uma norma que designe competência à Corte Interamericana para solicitar que o Comité Jurídico a assessor e ou elabore projetos de documentos normativos, de modo que não aceita a petição”.

Considerações da Corte

344. Em relação às demais medidas de reparação solicitadas, a Corte considera que a presente Sentença proferida e as reparações ordenadas neste capítulo resultam suficientes e adequadas para reparar as violações sofridas pelas vítimas e não considera necessário ordenar estas medidas.⁵⁰²

C) Indenização compensatória por dano material e imaterial

C.1) Dano material

Argumentos da Comissão e alegações das partes

345. A Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado “[r]eparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.

346. O representante Molina afirmou que o dano emergente foi verificado “por meio de provas tais como, mas não limitadas a receitas médicas, notas, epícrise, relatórios médicos e outros”. Afirmou que “o compêndio de provas da totalidade das vítimas permite reconstruir, em geral, os gastos derivados do procedimento médico que é objeto da presente reivindicação”. Solicitou o “pagamento de todos os gastos que as vítimas incorreram em seu caminho para poder formar uma família, com filhos biológicos, o que, por não ser oferecido como um serviço de saúde do Estado, significa que tiveram que recorrer à medicina privada e, em termos gerais, gastar em consultas médicas, pagamento de exames de laboratório, ultrassonografias e radiografias, compra de medicamentos, custos de traslado, viagens ao exterior e alimentação, pagamento de custos de procedimentos de inseminação artificial, fecundação *in vitro*, ICSI, entre outros”. Solicitou a título de dano material: i) a quantia de US\$ 4.821,69 dólares por pessoa a favor de María del Socorro Calderón e Carlos Vargas; ii) a quantia de US\$ 9.677,04 dólares a favor de Enrique Acuña Cartín; iii) a quantia de US\$ 17.516,29 dólares por pessoa a favor de Ileana Henchoz e Miguel Yamuni; iv) a quantia de US\$ 9.661,07 dólares por pessoa a favor de Julieta González e Oriéster Rojas; v) a quantia de US\$ 5.015,52 dólares por pessoa a favor de Karen Espinoza e Héctor Jiménez; vi)

⁵⁰² Cf. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C N° 209, par. 359, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 287.

a quantia de US\$ 19.287,59 dólares a favor de Víktor Sanabria León, e vii) a quantia de US\$ 7.188,08 dólares por pessoa a favor de Joaquinita Arroyo e Geovanni Vega.

347. O representante May solicitou "o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial". Em particular, solicitou que fosse pago: i) a quantia de US\$ 830.000 a favor da senhora Grettel Artavia Murillo; ii) a quantia de US\$ 740.000 dólares a favor do senhor Miguel Mejías Carballo; iii) a quantia de US\$ 700.000 dólares a favor da senhora Claudia María Carro Makloun; iv) a quantia de US\$ 210.000 dólares a favor da senhora Andrea Bianchi Bruna; v) a quantia de US\$ 120.000 dólares a favor do senhor Germán Alberto Moreno Valencia, e vi) a quantia de US\$ 1.500.000 dólares a favor da senhora Ana Cristina Castillo León. Argumentou que a Corte "delimitou o conceito de dano material incluindo dentro do mesmo as custas e gastos realizados pelas partes durante todo o processo e por motivo das causas de responsabilidade atribuíveis ao [E]stado". Declarou que devem ser reconhecidos "todos os gastos e gastos realizados pelas vítimas, e que se encontram provados seja documentalmente ou determinados razoavelmente dos fatos e circunstâncias confirmadas neste caso". Afirmou que "deverão ser reconhecidos [...] todos os gastos realizados pelos casais por motivo dos atendimentos médicos nos processos dirigidos à verificação e determinação de estados de infertilidade, em vista de que sem essas despesas não haveria sido possível o diagnóstico médico". Além disso, manifestou que "[d]evem ser indenizados as viagens e gastos em que incorreram as vítimas que tiveram de viajar ao exterior para poder recorrer à técnica, em vista de que, sem a proibição, é claro que a técnica haveria estado disponível gratuitamente sob o sistema de seguridade social".

348. O Estado "analisou as reivindicações apresentadas a partir da situação particular de cada casal solicitante", e concluiu que as petições por dano material devem ser rejeitadas pelos seguintes motivos: i) os gastos dos casais "referidos [ao] tratamento para a infertilidade [são] os mesmos que teriam de realizar ainda no caso de que não houvesse sido anulado o decreto que regulamentava a" FIV, razão pela qual "não possui[m] relação de causalidade com as violações supostamente imputáveis ao Estado"; ii) os gastos médicos anteriores à declaração de inconstitucionalidade não podem ser atribuídos ao Estado nem podem ser considerados para os efeitos das indenizações solicitadas; iii) "as violações que sejam imputadas ao Estado costarricense não têm nenhuma incidência no âmbito laboral das supostas vítimas"; iv) não qualificam como casais inférteis os que tiveram filhos biológicos e, portanto, "não se poderia considerar que o Estado limitou a única possibilidade que [tinham os casais] de ser pais biológicos ao declarar inconstitucional o decreto que regulamentava a [FIV], pois é claro que tiveram um filho biológico sem necessidade de se submeter a [este] procedimento", e v) nas alegações do representante May "não houve uma determinação clara e precisa de quais [foram] os motivos pelos quais se alegou que o Estado produziu um dano material ou imaterial".

Considerações da Corte

349. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”.⁵⁰³

350. Em conformidade com as alegações apresentadas pelas partes, a Corte considera necessário determinar os critérios que levará em consideração para fixar os montantes correspondentes ao dano material. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que as violações declaradas anteriormente se encontram relacionadas com o impedimento para exercer autonomamente uma série de direitos (pars. 317 *supra*), não por haver podido ou não ter filhos biológicos, razão pela qual não é aceitável o argumento estatal segundo o qual os casais que puderam ter filhos não deveriam ser indenizados. Em segundo lugar, a Corte tem em consideração que a técnica da FIV não era um procedimento que se encontrava coberto pela Caixa Costarricense de Previdência Social (par. 70 *supra*), razão pela qual os casais haveriam tido de incorrer nos gastos médicos que foram indicados independentemente da sentença da Sala Constitucional. Em consequência, o Tribunal considera que não existe nexo causal entre a totalidade de gastos mencionados anteriormente (pars. 346 e 347 *supra*) e as violações declaradas na presente Sentença. Tendo em consideração o anterior, a Corte conclui que os gastos que têm um nexo causal com as violações do presente caso são somente aqueles resultantes do efeito da decisão da Sala Constitucional, principalmente aqueles gastos dos casais que tiveram de ir ao exterior para realizar o tratamento.

351. No presente caso, a Corte observa que o representante Molina apresentou prova documental⁵⁰⁴ sobre os casais formados por Ileana Henchoz e Miguel Yamuni, Julieta González e Oriester Rojas, bem como Víctor Sanabria León e Claudia Carro

⁵⁰³ Há uma nota do Hotel “*Renasa*” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5772) onde estiveram em Valência, com data de 24 de abril de 2000, onde são calculados os gastos do hotel de 18 de abril de 2000 até 24 de abril de 2000 por um total de 640,33 euros. Há recibos dos 4 dias que estiveram no Hotel Roma, no Panamá, pagando US\$ 33 pelas 4 noites (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo I, folhas 4283 a 4285). O outro recibo de é uma passagem da companhia Ibéria (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo V, folha 4695) com o nome de Víctor Sanabria, trajeto San José-Madrid por um total de US\$ 681,58 USD. Além disso, o representante apresentou diversos quadros nos quais calculou, em colones e dólares, diversos gastos que associou ao dano material. Tabelas de cálculo do dano material (expediente de mérito, tomo II, folhas 587.24 a 587.39).

⁵⁰⁴ Há uma nota do Hotel “*Renasa*” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5772) onde estiveram em Valência, com data de 24 de abril de 2000, onde são calculados os gastos do hotel de 18 de abril de 2000 até 24 de abril de 2000 por um total de 640,33 euros. Há recibos dos 4 dias que estiveram no Hotel Roma, no Panamá, pagando US\$ 33 pelas 4 noites (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo I, folhas 4283 a 4285). O outro recibo de é uma passagem da companhia Ibéria (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo V, folha 4695) com o nome de Víctor Sanabria, trajeto San José-Madrid por um total de US\$ 681,58 USD. Além disso, o representante apresentou diversos quadros nos quais calculou, em colones e dólares, diversos gastos que associou ao dano material. Tabelas de cálculo do dano material (expediente de mérito, tomo II, folhas 587.24 a 587.39).

Maklounf,⁵⁰⁵ que viajaram ao exterior para realizar a técnica. Por sua vez, o representante May não apresentou prova específica sobre Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, que viajaram duas vezes ao exterior para realizar o tratamento.

352. A esse respeito, a Corte recorda que o critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais,⁵⁰⁶ dos danos materiais⁵⁰⁷ e para fixar o lucro cessante.⁵⁰⁸ Entretanto, ao usar este critério isso não significa que a Corte possa atuar discricionariamente ao fixar as quantias indenizatórias.⁵⁰⁹ Corresponde às partes precisar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que são alegadas.⁵¹⁰

353. No caso particular, o representante May não especificou as quantias de acordo com os conceitos de dano material ou imaterial, assim que não se entende por qual tipo de dano requereu as indenizações. Tampouco manifestou o nexo causal existente entre as violações declaradas no presente caso e as quantias pedidas para as vítimas, razão pela qual não é possível determinar qual seria o valor exato que corresponderia aos gastos realizados pela senhora Bianchi e pelo senhor Moreno.

354. Por sua vez, o representante Molina apresentou diversos tipos de prova documental sobre estes gastos. Entretanto, o Tribunal não conseguiu efetuar um cálculo exato sobre a quantia devida, tendo em consideração que a documentação apresentada, que corresponde a diversas datas, encontra-se em moedas de distintos países, tais como pesetas, pesos colombianos, balboas, entre outros. Embora tenha sido apresentada informação sobre o equivalente destas quantias em colones e dólares, não foi explicado com clareza que taxa de câmbio foi utilizada. A esse respeito, não é tarefa do Tribunal determinar o cálculo do valor do dólar na época que correspondia a cada nota ou prova documental. Entretanto, a Corte pode presumir que durante estas viagens foram gerados gastos com passagens e estadia.

355. Portanto, a Corte fixa, com base em um critério de equidade, a soma de US\$ 5.000 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada uma das seguintes pessoas: Ileana Henchoz, Miguel Yamuni, Julieta González, Oriéster Rojas, Víktor Sanabria León, Claudia Carro Maklounf, Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, vítimas do presente caso que tiveram de viajar ao exterior para ter acesso à FIV.

⁵⁰⁵ Cabe destacar que a senhora Carro foi representada pelo representante May, mas o representante Molina apresentou prova a seu favor.

⁵⁰⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 27, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 378.

⁵⁰⁷ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

⁵⁰⁸ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

⁵⁰⁹ Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 87.

⁵¹⁰ Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 313.

C.2) Dano imaterial

Argumentos da Comissão e alegações das partes

356. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “reparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.

357. O representante Molina alegou que o Estado “produziu uma situação de desproteção em relação a estas pessoas a ponto de afetar sua esfera pessoal mais íntima e revitimizá-las por não dar uma resposta à sua deficiência reprodutiva”. Além disso, alegou que “neste caso é fundamental considerar dentro do dano imaterial o dano ao projeto de vida, pois finalmente, estes casais, o que buscavam era constituir sua família com filhos biológicos, e este roteiro que tinham marcado para sua vida se viu truncado pela arbitrariedade e inatividade do Estado”. Portanto, argumentou que “[n]o caso das vítimas do presente caso é evidente que as ações e omissões do Estado contra elas impediram a realização de sua maior expectativa”.

358. A esse respeito, o representante Molina argumentou que era possível calcular o dano imaterial por meio de três metodologias, a saber: i) “Renda Temporária Mensal”; ii) “Lucro cessante laboral psicológico”, e iii) “Equidade e Justiça”. Em relação à “renda temporal mensal” alegou que era possível calcular os danos imateriais na soma de US\$ 3.500 mensais para os homens e US\$ 4.500 para as mulheres, contados desde a data em que foi proibida a FIV até a data de sua eventual autorização, o que, “seguindo os parâmetros da Corte em relação ao cálculo com base em juros simples e na taxa LIBOR do aniversário do início do ano” resultaria em “uma soma de US\$ 654.435,84 para cada uma das mulheres, e uma quantia de [US\$]466.651,98 para cada um dos homens [...] o que] significaria poder dar a volta em seu “Projeto de Vida” e se preparar para desfrutar, através de uma renda temporal mensal, uma velhice em melhores condições econômicas”. Sobre o conceito de “lucro cessante psicológico” argumentou que não se trata “da pessoa que deixou de trabalhar ou que faleceu e, em consequência, deve lhe ser reposto esse capital, mas de uma pessoa que continua trabalhando ou que, inclusive, não trabalha remuneradamente; [...] seria o caso da dona de casa ou do estudante que, sem trabalhar em troca de um salário, também podem ser vítimas de um dano e não por sua condição estão desprotegidos de serem merecedores de uma indenização. De modo que, neste sentido, localizamos este tipo de lesão dentro do dano imaterial, porque sua relação causal provém de uma lesão psicológica ou sentimental, mais que de uma lesão direta a seu salário”.⁵¹¹ Em relação ao critério de “Equidade e Justiça” solicitou que “seja estabelecida uma

⁵¹¹ O representante Molina solicitou como “lucro cessante laboral psicológico”: i) para Maria del Socorro Calderón Porras a soma de US\$ 180.847,05; ii) a soma de US\$ 201.213,61 dólares para Carlos Eduardo Vargas Solórzano; iii) a soma de US\$ 187.787,01 dólares para Julieta González Ledezma; iv) a soma de US\$ 485.114,98 dólares para Oriester Rojas Carranza; v) a soma de US\$ 771.489,23 dólares para Joaquinita Arroyo Fonseca; vi) a soma de US\$ 1.814.061,98 dólares para Giovanni Antonio Vega; vii) a soma de US\$ 1.013.454,54 dólares para Ileana Henchoz Bolaños; viii) a soma de US\$ 1.259.961,59 dólares para Miguel Antonio Yamuni Zeledón; ix) a soma de US\$ 752.620,35 dólares para Karen Espinoza Vindas; x) a soma de US\$ 590.306,84 dólares para Héctor Jiménez Acuña; xi) a soma de US\$ 1.862.581,64 dólares para Viktor

compensação econômica significativa a favor das vítimas". Concluiu que "deve ser estabelecida uma soma não menor que [...] US\$ 800.000 [...] a favor de cada uma das vítimas deste processo, como uma forma de estabelecer um verdadeiro equilíbrio entre a arbitrariedade do Estado e a dor intensa e prolongada, já perpétua, das vítimas".

359. O representante May alegou que "[a] Decisão da Sala Constitucional [...] produziu uma perda de oportunidade ou chance que se abriga no princípio da reparação integral", já que, "[c]om a proibição desapareceu para as vítimas a possibilidade séria e real de serem pais, de formar uma família, e de poder gozar do direito à igualdade frente ao resto da coletividade, enquanto antes da proibição (o fato danoso) existia uma oportunidade real e séria das vítimas, de chegar a ter filhos biológicos". As quantias solicitadas para o dano imaterial são as mesmas que foram apresentadas para o dano material (par. 346 *supra*).

360. O Estado alegou, em relação aos supostos danos imateriais, a falta de uma relação de causalidade entre estes e a sentença da Sala Constitucional, considerando que: i) "[e]m nenhum dos casos [...] propiciou, seja através de uma ação ou de uma omissão, a infertilidade das pessoas que figuram como vítimas"; ii) "o sofrimento que os casais poderiam sentir por não poderem procriar filhos [...] está relacionado à sua condição natural de não poder ter filhos, e não com a proibição proferida pela Sala Constitucional", e iii) "teria de existir uma certeza absoluta de que a utilização das técnicas de fertilização *in vitro* [...] haveria tido como resultado o nascimento de um filho, ou ao menos, que existia um alto grau de probabilidade de que isso fosse assim", quando "as provas apresentadas pelo Estado permitem estabelecer que a probabilidade de que, depois de praticada a técnica de fertilização *in vitro*, ocorresse um nascimento, é muito baixa, tanto agora como no momento em que foi proferida a decisão da Sala Constitucional". Além disso, considerou que "Joaquinita Arroyo e [...] Giovanni Vega e [...] Karen Espinoza e Héctor Jiménez [...] tiveram filhos concebidos naturalmente, de modo que é claro que não estão em uma situação de infertilidade", e que "no caso dos senhores Grettel Artavia Murillo [...] também existe um filho que nasceu em 27 de julho de 2011". Finalmente, o Estado negou a existência de "uma relação de causalidade entre as violações atribuídas ao Estado e as dificuldades laborais que supostamente experimentaram algumas das pessoas".

Considerações da Corte

361. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este "pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família".⁵¹² Em vista de que não é possível atribuir

Hugo Sanabria León, e xii) a soma de US\$ 1.268.470,28 dólares para Enrique Acuña Cartín (expediente de mérito, tomo II, folha 587.35).

⁵¹² Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série CN° 77, par. 84, e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, par. 284.*

ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, somente pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro ou da entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judiciário e em termos de equidade.⁵¹³

362. Além disso, a Corte reitera o caráter compensatório das indenizações, cuja natureza e quantia dependem do dano ocasionado, de modo que não podem significar nem enriquecimento nem empobrecimento para as vítimas ou seus sucessores.⁵¹⁴

363. No presente caso, o Tribunal recorda que o dano no presente caso não depende de se os casais puderam ou não ter filhos (par. 350 *supra*), mas corresponde ao impacto desproporcional em suas vidas do fato de não poderem exercer de maneira autônoma seus direitos (pars. 317 *supra*). Como ficou comprovado no capítulo VIII, foram constatados neste processo os sentimentos de angústia, ansiedade, incerteza e frustração, as sequelas na possibilidade de decidir um projeto de vida próprio, autônomo e independente. Em atenção aos sofrimentos ocasionados às vítimas, bem como à mudança nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, a Corte considera pertinente fixar, em equidade, a quantia de US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas a título de indenização por dano imaterial.

D) Custas e gastos

Alegações das partes

364. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado o reembolso dos gastos em que haveria incorrido pelo procedimento perante a Corte correspondentes a US\$ 60.000 dólares, em razão de que “litigou até a promulgação da sentença e, levando em consideração que as atuações perante o Tribunal Interamericano são de grande complexidade, inclusive supondo que se deve consultar especialistas em temas como a saúde, reprodução assistida, psicólogos, entre outros”. Adicionalmente, pediu, “pelo custo das provas periciais, de notário e gastos produto da preparação de escritos”, a soma de US\$ 10.926,43 dólares.

365. Por outro lado, o representante Trejos, no escrito de petições e argumentos, solicitou à Corte que ordenasse ao Estado o reembolso das custas e gastos nos quais havia incorrido. No total, requereu que a Corte fixasse em equidade US\$ 450.000 dólares por “representação das vítimas” e “pelas atividades realizadas no âmbito interno e internacional desde o ano de dois mil com o fim de obter justiça para

⁵¹³ Cf. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C N° 135, par. 244, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 223.

⁵¹⁴ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N° 76, par. 79, e *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 161.

todas as vítimas como representante de fato perante as autoridades judiciárias e administrativas costarriquenhas e perante a Comissão Interamericana de todos os peticionários do presente [c]aso, bem como dos casais representados [...] perante a Corte Interamericana". Nas alegações finais, o representante May repetiu as petições efetuadas pelo representante Trejos e pediu que fossem incluídas "notas de gastos processuais supervenientes".

366. O Estado afirmou que "a quantia que está sendo solicitada não pode ser compartilhada pelo Estado, por serem quantias não razoáveis, inclusive algumas das somas pretendidas são superiores aos danos imateriais reclamados por algumas das supostas vítimas".

Considerações da Corte

367. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.⁵¹⁵

368. O Tribunal manifestou que as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, de acordo com as novas custas e gastos em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte.⁵¹⁶

369. Em relação ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em consideração os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.⁵¹⁷ Além disso, a Corte reitera que não é suficiente a remissão de documentos probatórios, mas que se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados gastos econômicos, sejam estabelecidos, com clareza, os valores e a justificação dos mesmos.⁵¹⁸

370. No presente caso, a Corte observa que o representante Trejos, que representou as vítimas durante o procedimento perante a Comissão (pars. 1 e 8 *supra*),

⁵¹⁵ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N° 39, par. 79, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 290.

⁵¹⁶ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador*, par. 275, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 292.

⁵¹⁷ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N° 39, par. 82; *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 314.

⁵¹⁸ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C N° 170, par. 277, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 307.

faleceu antes do encerramento deste processo contencioso. Sem prejuízo disso, em seu escrito de petições e argumentos expôs suas pretensões sobre custas e gastos.

371. Por outro lado, a Corte observa que o representante Trejos apresentou comprovantes de gastos por uma quantia de US\$ 1.376,96 dólares.⁵¹⁹ O representante May apresentou nas alegações finais as notas correspondentes a cinco *affidavits* por uma soma total de US\$ 2.500 dólares, sem argumentar por que havia sido efetuado o cálculo sobre o custo de cada serviço notarial em uma quantia de US\$ 500 dólares. Além disso, o representante May solicitou nas alegações finais a mesma quantia que havia pedido o representante Trejos em seu escrito de petições e argumentos, sem precisar se se tratava de duas petições autônomas ou, em caso contrário, que parte da última petição correspondia aos honorários correspondentes ao senhor Trejos e que quantia por honorários corresponderia ao senhor May. Por sua vez, o representante Molina apresentou comprovantes de gastos do processo por uma quantia de aproximadamente US\$ 9.243 dólares, que corresponde, em grande medida, ao cálculo parcial de alguns serviços profissionais.⁵²⁰

372. O Tribunal observa que não consta nos autos respaldo probatório que justifique as somas que os representantes estão solicitando a título de honorários e serviços profissionais. De fato, as quantias requeridas a título de honorários não foram acompanhadas por argumentação de prova específica sobre sua razoabilidade e alcance.⁵²¹

373. Portanto, a Corte fixa em equidade a quantia de US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Gerardo Trejos, a qual deverá ser paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável. Além disso, a Corte estabelece em equidade a quantia de US\$ 2.000 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante May e a quantia de US\$ 3.000 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Molina.

E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

374. O Estado deverá efetuar 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 indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano,

⁵¹⁹ Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Trejos apresentou como gastos durante o processo: i) nota de compra de passagem de avião em nome de Andrea Bianchi (US\$ 439,72); ii) nota de compra de passagem de avião em nome de Gerardo Trejos Salas (US\$ 468,62), e iii) nota de compra de passagem aérea em nome de Gloria Mazariegos (US\$ 468,62), somando US\$ 1.376,96 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo I, folhas 4071 e 4072).

⁵²⁰ Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Boris Molina Acevedo apresentou como gastos durante o processo: i) fatura por serviços profissionais a María Lorna Ballesterero Muñoz por US\$ 6.000,00, ii) recibo de dinheiro por serviços profissionais a Gabriela Darsié e Enrique Madrigal por US\$ 1.375, iii) recibo por serviços profissionais a título de pagamento de serviços profissionais pela assessoria e assistência oferecida por William Vega por US\$ 1.600, e iv) 131.850 colones por fotocópias e gastos administrativos (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folhas 6537 a 6364).

⁵²¹ Cf. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C N° 212, par. 287.

contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos dos parágrafos seguintes. Caso os beneficiários tenham falecido ou faleçam antes que lhes seja entregue a indenização respectiva, esta será paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

375. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias por meio do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

376. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros, não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro dos prazos indicados, o Estado consignará estas quantias a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira costarrriquenha idônea, em dólares estadunidenses, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso depois de dez anos a quantia designada não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

377. As quantias designadas na presente Sentença como indenização por dano material e imaterial, e como reembolso de custas e gastos, deverão ser entregues às pessoas e organizações indicadas de forma íntegra, em conformidade com o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.

378. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na Costa Rica.

379. Em conformidade com sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade inerente a suas atribuições e derivada, também, do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar o cumprimento íntegro da presente Sentença. O caso será dado por encerrado uma vez que o Estado tenha dado total cumprimento ao disposto na presente decisão.

380. Dentro dos prazos de seis meses e um ano, contados a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

X
PONTOS RESOLUTIVOS

381. Portanto,

A CORTE
DECIDE,

por unanimidade,

1. Rejeitar as exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 17 a 40 da presente Sentença.

DECLARA,

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. O Estado é responsável pela violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, nos termos dos parágrafos 136 a 317 da presente Sentença.

E DISPÕE

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

2. O Estado deve adotar, com a maior celeridade possível, as medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença. O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito, em conformidade com o parágrafo 336 da presente Sentença.

3. O Estado deve regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença, e deve estabelecer sistemas de inspeção e

controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas, em conformidade com o parágrafo 337 da presente Sentença.

4. O Estado deve incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e dos planos elaborados para este fim, em conformidade com o parágrafo 338 da presente Sentença.

5. O Estado deve oferecer às vítimas atendimento psicológico gratuito e de forma imediata, por até quatro anos, através de suas instituições estatais de saúde especializadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 326 da presente Sentença.

6. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 329 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir da notificação da mesma.

7. O Estado deve implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 341 da presente Sentença.

8. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 355 e 363 da presente Sentença, a título de indenizações por danos materiais e imateriais, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 373 da Decisão.

9. O Estado deve, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório geral sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

10. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres em conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por encerrado o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

O Juiz Diego García-Sayán informou à Corte seu Voto Concordante, e o Juiz Eduardo Vio Grossi informou à Corte seu Voto Dissidente, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica em 28 de novembro de 2012.

Diego García Sayán
Presidente

Leonardo A. Franco
Rhadays Abreu Blondet

Margarette May Macaulay
Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi
Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ DIEGO GARCIA-SAYÁN
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO IN VITRO”)
VS. COSTA RICA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012**

1. Esta sentença é uma decisão muito importante e clara da Corte para consolidar os direitos à integridade pessoal, à vida privada e familiar e o princípio de não discriminação. Todos eles foram seriamente violados pelos fatos que geraram este contencioso. A Corte, ao estabelecer quais direitos foram violados e as correspondentes reparações, orienta a sentença, em essência, a uma afirmação da vida.

2. Argumentar a proibição absoluta à Fertilização *in Vitro* (FIV) no alegado “direito à vida” é uma dupla contradição. Primeiro, porque ao afirmar que com a FIV se produziria “perda embrionária”, omite-se que, como restou demonstrado nos autos, as perdas embrionárias também ocorrem nas gravidezes naturais e em outras técnicas de reprodução. Segundo, porque a proibição, alegadamente sustentada no direito à vida, gerou, paradoxalmente, um impedimento à vida ao bloquear o direito de homens e mulheres à procriação. Instituiu-se, assim, um impedimento indevido à vida e o seguirá constituindo, enquanto não se executem plenamente as medidas de reparação dispostas pela Corte nesta sentença.

3. Ao estar a autodeterminação reprodutiva estreitamente relacionada ao direito à vida privada e à integridade pessoal (pars. 146 e 147), a proibição absoluta da FIV decretada pela Sala Constitucional da Costa Rica, em 15 de março de 2000, afetou esses direitos gerando um sério impacto nas vítimas.

4. A isso se acrescenta o impacto discriminatório da proibição. Como recorda a Corte, os Estados não devem produzir regulamentações que tenham efeitos

discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos (par. 286). A Corte deixa estabelecido que a proibição impactou as vítimas discriminatoriamente em relação a aspectos cruciais como a situação de deficiência ou a situação econômica (par. 284).

5. É claro, em conformidade com o provado no curso do processo, que a incapacidade consistente na infertilidade requer uma atenção especial e que as políticas do Estado devem propender à inclusão e não à exclusão. Além disso, a proibição teve um efeito desproporcional em detrimento dos casais inférteis de menor renda tendo em consideração que para realizar a FIV deviam viajar ao exterior.

6. Os homens e mulheres afetados pela infertilidade são pessoas que sofrem uma doença, como recorda a Corte nesta sentença (par. 288), tendo em consideração que a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu que a infertilidade é "uma doença do sistema reprodutivo" definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas".⁵²²

7. Tendo isso em consideração, é seriamente atentatório aos direitos das pessoas afetadas por esta doença que o Estado lhes negasse o direito a recorrer a este método científico pela proibição estabelecida desde março de 2000.

8. Por outro lado, na medida em que o Estado baseou boa parte de suas alegações em certa interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte procedeu nesta sentença a interpretar esta norma para os propósitos deste caso. E o fez, como corresponde no Direito Internacional, em conformidade com o sentido comum dos termos, bem como com uma interpretação sistemática e histórica, e a que corresponde ao objeto e fim do tratado, utilizando como meio complementar de interpretação os trabalhos preparatórios desta norma da Convenção.

9. Entre outras consequências da interpretação da Corte, bem como da prova científica disponível, chega-se à conclusão de que não é possível concluir que no artigo 4.1. se busca conferir *status* de "pessoa" ao embrião enfatizando-se que "... as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa..." (par. 253).

10. As reparações estabelecidas têm sua razão de ser não somente no que concerne diretamente às pessoas declaradas como vítimas. Estabelecem, também, medidas orientadas à sociedade em seu conjunto como as de não repetição e pautas concretas para gerar as condições apropriadas de maneira que se concretize o dever de adequação do Estado às obrigações referidas na sentença em matéria de integridade pessoal, vida privada e familiar e do princípio de não discriminação.

11. A essência das medidas reparatórias é, então, que o Estado não somente deve deixar de produzir regulamentações e práticas discriminatórias, mas deve deixar sem efeito a proibição e facilitar gradualmente o uso desta técnica de reprodução para

⁵²² Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

os que a requeiram e desejem. Nesta ordem de ideias, a Corte estabelece, entre outras, essencialmente três linhas precisas de ação orientadas a se constituir em garantias de não repetição e à adequação da conduta do Estado a suas obrigações internacionais:

a) A primeira é “adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos” (par. 336). Corresponde, pois, que o Estado adote com rapidez as medidas que sejam pertinentes dentro de sua própria institucionalidade para que fique sem efeito a proibição;

b) A segunda é “regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV” (par. 337) o que remete a regulamentações a serem proferidas e colocadas em execução pelo Estado para que esta técnica seja utilizada corretamente por instituições ou profissionais qualificados;

c) Ao se estabelecer na terceira medida que a seguridade social inclua gradualmente “a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento de saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação” (par. 338), isso se orienta a que esta técnica seja incluída, de maneira gradual, dentro dos programas contra a infertilidade que já são oferecidos. Isso não sugere que uma porção desproporcional dos recursos institucionais e orçamentárias de seguridade social seja destinada a este propósito em prejuízo de outros programas ou prioridades, mas a garantir que este serviço esteja disponível de forma progressiva.

Cabe ressaltar que esta ordem da Corte se encontra clara e diretamente relacionada com o princípio de não discriminação. Nesse sentido, não pode ser entendida como uma ordem que conduza a situações de desigualdade. A esse respeito, sobre a mencionada gradualidade, cabe ressaltar que o Comité DESC⁵²³ afirmou que a “natureza precisa” da disponibilidade dos serviços e programas de saúde “dependerá de diversos fatores, em particular do nível de desenvolvimento” do Estado. Além disso, este Comité afirmou que um dos componentes da acessibilidade sem discriminação aos serviços de saúde se relaciona com a “acessibilidade econômica (disponibilidade)”, de tal forma que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. O Comité acrescentou que os pagamentos por serviços de atendimento à saúde “deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de

⁵²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 a.

todos, incluídos os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os lares mais pobres não recaia uma carga desproporcional no que se refere aos gastos de saúde, em comparação com os lares mais ricos".⁵²⁴ Estas considerações me permitem ressaltar o nexo causal da ordem emitida pela Corte em relação à situação particular de pessoas cuja única possibilidade de procriação é o acesso à FIV e não contam com recursos próprios para ter acesso a este tipo de técnicas de reprodução assistida.

Além disso, como se observa da contestação da demanda e das alegações finais do Estado da Costa Rica, este conta com programas e serviços médicos para diversos tratamentos de problemas de infertilidade, incluindo as técnicas de reprodução assistida. O Estado informou que o único método excluído dos programas públicos para o atendimento de problemas da saúde reprodutiva foi a FIV, à raiz da sentença proferida pela Sala Constitucional. Nesse sentido, é possível relacionar a exclusão da FIV com os argumentos desenvolvidos na decisão judicial analisada nesta Sentença, e não é claro que sejam considerações econômicas e orçamentárias as que tenham justificado esta exclusão. Tampouco se comprovou que existisse uma situação como a de outros Estados nos quais se tenha alegado a inexistência ou insuficiência de recursos para subsidiar parte do acesso às técnicas de reprodução assistida. Corresponde então que o Estado continue avançando progressivamente em garantir, sem discriminação, o acesso aos tratamentos adequados e necessários para enfrentar as distintas formas de infertilidade.

Nesse sentido, resalto que o mandato da Corte não se dirige a alterar nenhum tipo de priorização no âmbito interno, no entendimento de que o acesso às técnicas de reprodução assistida já havia sido incorporado dentro do atendimento integral que o Estado provê. O Tribunal, como é sua prática constante, deixa nas mãos das autoridades locais o conjunto de decisões sobre a natureza e alcance das medidas necessárias para garantir, progressivamente, o que seja pertinente em relação ao conjunto de técnicas relativas às diversas modalidades da FIV entre as quais as autoridades deverão exercer uma clara e devida regulamentação.

12. Tendo em consideração que o fato central que gerou este caso contencioso foi a proibição na Costa Rica a uma técnica de reprodução assistida, a FIV, esta sentença não somente estabelece quais foram as violações à Convenção e as correspondentes reparações. Em essência e por seu próprio conteúdo, é uma contribuição fundamental a favor da vida como o expressam as mais de cinco milhões de pessoas que hoje desfrutam da vida graças a que seus pais recorreram a este tipo de métodos contra a infertilidade e que não existiriam se não fosse por isso.

Diego García-Sayán

Juiz

⁵²⁴ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 b. iii.

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

A Juíza Rhadys Abreu Blondet se aderiu ao presente
Voto do Juiz Diego García-Sayán.

Rhadys Abreu Blondet
Juíza

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

**VOTO DISSIDENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS ("FECUNDAÇÃO IN VITRO") VS. COSTA RICA
SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012
(EXCEÇÕES PRELIMINARES, MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS)**

INTRODUÇÃO

Com o maior respeito e consideração à Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte, e, certamente, para cada um de seus membros, formula-se o presente voto dissidente⁵²⁵ à Sentença indicada no título, doravante denominada a Sentença, em relação à fundamentação que se expõe a seguir e que, certamente e como corresponde se limita única e exclusivamente ao afirmado na mesma⁵²⁶ e, muito particularmente, ao assunto que se considera que

⁵²⁵ Artigo 66.2 da Convenção: "Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual" e Artigo 24.3 do Estatuto da Corte: "As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente". Sobre o particular, ver, ademais, *Declaração de Queixa*, apresentada na Corte em 17 de agosto de 2011, *com relação a parte do Voto Concordante Conjunto emitido em razão das Resoluções "Medidas Provisórias em relação à República da Colômbia, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia"*, de 30 de junho de 2011, *"Medidas Provisórias em relação aos Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú e Outra Vs. México"*, de 1º de julho de 2011 e *"Medidas Provisórias em relação à República de Honduras, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras"*, de 5 de julho de 2011.

⁵²⁶ Artigo 65.2 do Regulamento da Corte: "Todo Juiz que houver participado no exame de um caso tem direito a acrescentar à sentença seu voto concordante ou dissidente, que deverá ser fundamentado. Esses votos deverão ser apresentados dentro do prazo fixado pela Presidência, para que possam ser conhecidos pelos Juízes antes da notificação da sentença. Os mencionados votos só poderão referir-se à matéria tratada nas sentenças."

condiciona a todos os demais no presente caso, isto é, o artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, doravante denominada a Convenção.

Certamente, os comentários incluídos neste voto dissidente foram feitos considerando não o que o intérprete deseja, mas o que o Direito expressa. Igualmente, teve-se em consideração que a Corte lhe corresponde interpretar e aplicar a Convenção⁵²⁷ e não assumir a função que compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵²⁸ nem a função normativa, a qual corresponde aos Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar a Convenção.⁵²⁹ E, por último, e em especial, teve-se presente que se trata de precisar o que a vontade dos Estados expressaram na Convenção, acordos e práticas posteriores, com o fim de poder exigir deles aquilo a que efetivamente se comprometeram.⁵³⁰

Então, o raciocínio afirmado se refere a dois temas principais. O primeiro é precisamente a análise desta disposição, por considerar que é sua violação a que definitiva e preferentemente se alega nos autos. E o segundo tem relação com a inflexão jurisprudencial experimentada na Sentença com respeito à interpretação desse artigo.

I. O ARTIGO 4.1 DA CONVENÇÃO

Por sua vez, a análise do artigo 4.1 da Convenção apresenta três aspectos. O primeiro é relacionado à perspectiva com que a Sentença aborda o presente caso. O segundo concerne à interpretação do mesmo. E o terceiro alude à jurisprudência da Corte sobre o particular.

A. Perspectiva com que aborda o caso

É indubitável que a perspectiva sob a qual a Sentença aborda o caso influi na conclusão a que chega. Daí que é necessário, como primeiro assunto, aludir a ela.

A esse respeito, a Sentença afirma que procede, como primeiro assunto de mérito,

⁵²⁷ Artigo 62.3 da Convenção: "A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial."

⁵²⁸ Artigo 41, primeira frase, da Convenção: "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos,..."

⁵²⁹ Artigo 76.1 da Convenção: "Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção" e Artigo 39 da Convenção de Viena: Um tratado poderá ser emendado por acordo entre as partes. As regras estabelecidas na parte II aplicar-se-ão a tal acordo, salvo na medida em que o tratado dispuser diversamente."

⁵³⁰ Artigo 2.1.a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada Convenção de Viena: "Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica."

determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia.⁵³¹

E, posteriormente, afirma que

o objeto do presente caso se concentra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas.⁵³²

Evidentemente, a Sentença está se referindo à Decisão de 15 de março de 2000 da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da República da Costa Rica, doravante denominada a Decisão, por meio da qual declarou inconstitucional o Decreto Executivo nº. 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, que regulamentava a Fecundação *in Vitro*, por infração ao artigo 4.1 daquela (*"Direito à Vida"*).

Sobre o particular, a Sentença expressa que *"ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que, em geral, causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada"* e, por isso, *"considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do "direito à vida" do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar a perda de embriões"*, acrescentado posteriormente que, *"analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas é admissível tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes"*.⁵³³

Então, é verdade que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão, e os representantes das vítimas, doravante denominados os Representantes, afirmaram que a mencionada resolução violou os artigos 11.2 (*"Respeito da Honra e da Dignidade"*), 17.2 (*"Proteção à Família"*) e 24 (*"Igualdade perante a Lei"*), em relação aos artigos 1.1 (*"Obrigação de Respeitar os Direitos"*) e 2 (*"Dever de Adotar Disposições de Direito Interno"*), todos da Convenção. Porém, é igualmente verdade que um dos representantes invocou, ademais, os artigos 4.1 (*Direito à vida*), 5.1 (*"Direito à Integridade Pessoal"*) e 7 (*"Direito à Liberdade Pessoal"*)⁵³⁴ e que a citada Decisão expressamente se baseia no citado artigo 4.1.

Por esse motivo, o assunto dos autos não consiste no que a Sentença apresenta, mas, ao contrário.

⁵³¹ Par. 141 da Sentença. Quando se expresse "Par. ou Pars." se entenderá que o parágrafo ou parágrafos citados são da Sentença.

⁵³² Par. 171.

⁵³³ Par. 162.

⁵³⁴ Par. 7.

Efetivamente, considerando as normas consuetudinárias aplicáveis,⁵³⁵ no presente caso trata-se de determinar, à luz do previsto na Convenção,⁵³⁶ se a citada Decisão⁵³⁷ é internacionalmente lícita ou, ao contrário ilícita,⁵³⁸ o que implica contrastar, primeiramente, este ato estatal com a obrigação internacional por ele mesmo aduzida como sua justificativa, ou seja, o citado artigo 4.1, e somente uma vez elucidada esta questão se poderia abordar a conformidade da mesma com o contemplado nos artigos 5.1, 11.2, 17.2 e 24.

Então, resultaria mais lógico que a Sentença em discussão houvesse entendido e tratado o presente caso fundamentalmente como uma possível violação do indicado artigo 4.1 e não como o faz.

Ao proceder como o fez, a Sentença não somente segue a lógica processual e de argumento que legitimamente apresentaram a Comissão e os Representantes, de acordo com seus respectivos interesses e papéis processuais, mas, que dessa forma, definitivamente e na prática, minimiza ou subordina todo o referente ao "*direito à vida*" perante os outros mencionados direitos. Nessa perspectiva de análise do caso pela qual se opta na Sentença tem um efeito prático muito relevante, já que conduz, em última instância, a privilegiar esses direitos acima do "*direito à vida*".

B. Interpretação do artigo 4.1

Como foi afirmado e ao contrário da linha que segue a Sentença, o principal assunto apresentado nesta causa tem relação com determinar se o Estado, ao proferir a citada Decisão, incorreu em responsabilidade internacional por violar,⁵³⁹ dessa forma, o artigo 4.1 da Convenção, que expressa:

⁵³⁵ Reunidas no Projeto preparado pela Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos, acolhido por Resolução aprovada pela Assembleia Geral [com base no relatório da Sexta Comissão (A/56/589 e Corr.1)] 56/83. Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos, 85ª sessão plenária, 12 de dezembro de 2001, *Documentos Oficiais da Assembleia Geral, quinquagésimo sexto período de sessões, Suplemento nº 10 e correções* (A/56/10 e Corr.1 e 2). 2 Ibid., doravante denominado Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado.

⁵³⁶ Artigo 62.3 da Convenção, já citado.

⁵³⁷ Artigo 4 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: "*Comportamento dos órgãos do Estado. 1. Se considerará fato do Estado segundo o Direito Internacional o comportamento de todo órgão do Estado, já seja que exerça funções legislativas executivas, judiciais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e tanto se pertence ao governo central como a uma divisão territorial do Estado. 2. Se entenderá que órgão inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição segundo o direito interno do Estado.*"

⁵³⁸ Artigos do Projeto sobre Responsabilidade Internacional do Estado: 1: "*Responsabilidade do Estado por seus atos internacionalmente ilícitos. Todo ato internacionalmente ilícito do Estado gera sua responsabilidade internacional*"; 2: "*Elementos do ato internacionalmente ilícito do Estado. Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistente em uma ação ou omissão: a) É atribuível ao Estado segundo o Direito Internacional; e b) Constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado*"; 3: "*Qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito. A qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito é regido pelo Direito Internacional. Esta qualificação não é impactada pela qualificação do mesmo ato como lícito pelo direito interno.*"

⁵³⁹ Artigo 12 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: "*Existência de violação de uma obrigação internacional. Há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado não está em conformidade com o que dele exige essa obrigação, seja qual for a origem ou a natureza dessa obrigação.*"

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

E visto que se trata da interpretação de uma norma da Convenção, isto é, de esclarecer a vontade dos Estados Partes da Convenção expressada nela, isso se deve fazer em conformidade com o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada a Convenção de Viena, que contém tanto as normas convencionais como as consuetudinárias na matéria. Tendo em conta a importância que estas têm na presente causa, considero necessário reproduzi-las.

O artigo 31 desta Convenção dispõe:

Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Por sua vez, o artigo 32 da mesma Convenção estabelece:

Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Então, para poder realizar a interpretação do mencionado artigo 4.1, parece necessário referir-se aos aspectos básicos que este caso apresenta, isto é, o Titular do direito; a proteção desse direito e a privação arbitrária do mesmo.

1. Titular do direito

Visto o artigo 31.1 da Convenção de Viena, é evidente que o direito que consagra o citado artigo 4.1 consiste em que "*se respeite... (a) vida*" de seu titular. Esse é o "*objeto e fim*" desta norma, o que significa que ela foi estabelecida para que realmente alcançasse o que ela perseguia e não para que ficasse sem conteúdo.

Em consequência, o disposto pressupõe que o titular do direito consistente cuja vida deve se respeitar, preexiste como tal.

Além disso, é claro que esta norma estabelece que o titular desse direito é "*toda pessoa*", ou seja, esse artigo não faz distinção alguma entre os titulares do mencionado direito. Isso se condiz plenamente, ademais, com o previsto previamente na Convenção em razão de que os direitos que os Estados partes da Convenção se comprometem a respeitar e garantir se referem

a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos" de "qualquer... natureza."⁵⁴⁰

E em virtude da regra do "*sentido especial*" da interpretação dos tratados, contida no artigo 31.4 da Convenção de Viena, para a interpretação do termo "*pessoa*" deve-se ater ao previsto no artigo 1.2 da Convenção que prescreve:

Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

⁵⁴⁰ Artigo 1.1 da Convenção: "*Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*"

Como conclusão, e ainda que pareça óbvio, pode-se afirmar que o artigo 4.1 da Convenção constata ou consagra o direito de *“toda pessoa”* ou *“ser humano”*, sem distinção alguma e que, ademais, já existe, a que seja respeitada *“sua”* vida. Ou seja, toda a mencionada disposição, todas as suas frases, bem como, também, toda a Convenção, concernem somente à *“pessoa”* ou *“ser humano”*, isto é, exclusivamente a seus direitos e não a outros interesses ou entidades.

2. Proteção legal do direito

O mencionado artigo 4.1 dispõe, em sua segunda frase que *“este direito (ou seja, o de “toda pessoa... de que se respeite sua vida”) deve ser protegido pela lei”*. Esta frase leva a interpretar três expressões. Uma, o que se entende por *“lei”*, outra, o que significa *“e, em geral”*, e a terceira relativa ao termo *“concepção”*.

a. “Lei”

Ao afirmar que prescrever que o citado direito *“estará protegido por lei”*, a Convenção impõe ao Estado a obrigação de ditar as normas jurídicas com tal propósito, obrigação que igualmente está contemplada, em termos mais gerais e amplos, no já citado artigo 2 da Convenção.⁵⁴¹

Aliás, deve se entender que o termo *“lei”* é utilizado em seu sentido lato, ou seja, como norma jurídica, seja constitucional, legal ou regulamentar, proferida pelo órgão competente do Estado que, em termos gerais e obrigatórios, regulamenta uma conduta ou atividade de todos os seus habitantes.⁵⁴²

Também haveria de se ter presente que a circunstância de que o citado artigo 4.1 disponha que o direito de *“toda pessoa... de que se respeite sua vida”* deve estar *“protegido pela lei”*, não significa a conformidade ou desconformidade desta última com o Direito Internacional e, em particular, com a Convenção, ou seja, que sua licitude ou ilicitude internacional não possa ser determinada pela Corte.

Como comentário relativo especificamente ao caso dos autos, é importante destacar que o artigo 21 da Constituição Política do Estado de 1949, já estabelecia que *“a vida humana é inviolável”* e que a Decisão que motiva esta causa expressamente conclui que *“o regulamento questionado (Decreto Executivo nº 24029-S de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde) é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”*,⁵⁴³ de modo que

⁵⁴¹ Artigo 2 da Convenção: *“Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”*

⁵⁴² A Expressão *“Leis”* no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6.

⁵⁴³ Par. 76.

poderia se entender que dessa forma o Estado estava dando cumprimento ao afirmado no artigo 4.1 de proteger por lei o direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida"*.

b. "E, em Geral"

Em relação ao sentido e alcance das palavras *"e, em geral"* que utiliza o mencionado artigo 4.1, haveria de se ter presente, neste momento, que a Convenção não dá a este termo um *"sentido especial"*, de modo que teria de recorrer ao *"sentido comum dos mesmos"*.⁵⁴⁴

Entre as definições que compreende o sentido comum da palavra *"geral"*, que são as mesmas na época da assinatura da Convenção e ainda hoje, verificam-se as de *"comum, frequente, usual"* e *"comum a todos os indivíduos que constituem um todo, ou a muitos objetos, ainda que sejam de natureza diferente"* e entre os significados dos termos *"em geral"* estão os de *"em comum, geralmente"* e *"sem especificar nem individualizar coisa alguma."*

Para melhor compreensão desses termos, talvez possa ser útil evocar seus antônimos, tal como eram entendidos na época da Convenção⁵⁴⁵ e são entendidos na atualidade, ou seja, os termos *"particular"*, que significa *"próprio e privativo de algo, ou que lhe pertence com singularidade"*, *"especial, extraordinário, ou poucas vezes visto em sua linha"*, *"singular ou individual, como contraposto a universal ou geral"*; *"singular"*, cujas definições são *"só (único em sua espécie)"*, *"extraordinário, raro ou excelente"*; e *"inusual"*, que implica *"não usual, infrequente"*.

Além disso, tendo presente a regra do *"contexto dos termos"*,⁵⁴⁶ haveria de acrescentar que, em vista de que as expressões *"e, em geral"* que emprega a disposição que se comenta, vinculam-se à obrigação de *"proteger por lei"* o direito de *"toda pessoa... de que respeite sua vida"*, o que esta norma dispõe é que isso deve ser *"a partir da concepção"* da *"pessoa"* em questão.

Por sua vez e segundo a regra de interpretação do *"objeto e fim"* da Convenção, que é o respeito dos direitos humanos e garantir seu livre e pleno exercício⁵⁴⁷, e do próprio artigo 4.1 da mesma, que é o respeito à vida, as referidas palavras *"e, em geral"* devem ser entendidas em tal perspectiva, ou seja, com *"efeito útil"* a tal propósito, de modo que efetivamente contribuam ao objeto e fim geral perseguido e não constituam uma exceção a isso nem, muito menos, em particular, uma negação do direito à vida.

A este respeito procede ter presente que na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que aprovou a Convenção, três países propuseram, com o fim de que não fosse proibido o aborto, a eliminação, no artigo 4.1, da frase *"e, em geral, a partir do momento da concepção"*, proposta que, entretanto, foi rejeitada, ficando assim essa frase, por decisão adotada pela maioria dos Estados

⁵⁴⁴ Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

⁵⁴⁵ *Idem*.

⁵⁴⁶ Artigo 32.1 da Convenção de Viena.

⁵⁴⁷ Artigo 1.1 da Convenção já citado.

participantes na mencionada Conferência, incorporada na citada disposição.⁵⁴⁸ Ou seja, evidentemente se quis ampliar ou não deixar espaço a dúvida alguma de que a proteção que por lei se deve dar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, deve valer mesmo quando se encontre como concebido ou não tenha nascido.

Em consequência, esta frase foi estabelecida para permitir que a proteção que por lei se deve dar ao direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida"* *"a partir da concepção"*, o seja também para o ainda não nascido. Em outras palavras, essa proteção deve ser *"comum"* para o nascido e o que ainda não é, consequentemente, não procede fazer diferença, neste aspecto, entre eles, *"ainda que sejam de natureza diferente"*, em vista de que *"constituem um todo"*, em ambos há vida humana, há um ser humano, uma pessoa.

O bem jurídico protegido é, então e em última instância, o direito à vida de *"toda pessoa"* e é por isso que na Convenção se optou por não deixar margem de dúvida alguma a respeito de que o que se protege com o citado artigo 4.1 era fundamental nela, qualquer que fosse a etapa em que se encontrasse.

Nesse sentido, a expressão *"em geral"* indica uma referência à forma em que a lei pode proteger o ainda não nascido; evidentemente que poderia ser diferente à proteção que dê ao nascido.

Em resumo, a expressão *"e em geral"* não alude a uma exceção, a uma exclusão, ao contrário, é inclusiva, faz aplicável a obrigação de proteger por lei o direito de toda pessoa de que se respeite sua vida desde a concepção.

c. "A concepção"

Assim mesmo e em razão do afirmado anteriormente, é indispensável para entender o previsto no mencionado artigo 4.1 precisar o sentido e alcance do termo *"concepção"* que aquele emprega, tendo em vista que a partir dela é que o Estado deve proteger por lei o direito *"a que se respeite (a) vida"*. Em outras palavras, resulta claro o sentido da norma a respeito de que esse direito existe *"a partir da concepção."*

Dos autos e demais antecedentes se observa que, ao ser assinada a Convenção, não se determinou o que devia se entender por *"concepção"* e que isso tampouco foi feito depois. Por outro lado, a Convenção tampouco concedeu a essa palavra *"um sentido especial"*⁵⁴⁹ e, em particular, não fez referência a como se entenderia segundo a ciência médica. Sem dúvida, a regra aplicável no caso é a do *"sentido comum"* deste termo⁵⁵⁰ e, particularmente, ao existente no momento da assinatura da Convenção em 1969.

Segundo a versão de 1956 do Dicionário da Língua Espanhola da Real Academia Espanhola,⁵⁵¹ vigente à época, o termo *"concepção"* se entendia como a *"ação e efeito de conceber"*; o de *"conceber"* como *"ficar prenhe a fêmea"*; o de *"prenhe"* como *"diz-se*

⁵⁴⁸ Pars. 203 a 205.

⁵⁴⁹ Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

⁵⁵⁰ *Idem*.

⁵⁵¹ 18ª. edição.

da mulher e da fêmea de qualquer espécie, que concebeu e tem o feto ou a criatura no ventre"; o de "fazer prenhe" como "emprenhar"; o de "emprenhar" como "fazer conceber à fêmea"; e o de "fecundar" como "unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser".

E quase contemporaneamente com a assinatura da Convenção, isto é, na versão de 1970 do mencionado Dicionário,⁵⁵² o termo "fazer prenhe" foi entendido como "emprenhar, fecundar ou fazer conceber a mulher". Deve-se advertir que este significado é o mesmo na atualidade.⁵⁵³

O anterior significava, então, que se entendia e ainda se entende que o ser, no caso, o humano, origina-se ao "unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino" e, quando isso acontece entende-se que essa "criatura" se encontra no "ventre" da mulher. Daí, pois, que se entendiam os termos *fecundar* ou *fazer conceber a mulher*" como sinônimos.

De maneira, então, que o termo "*concepção*" utilizado pelo artigo 4.1 da Convenção juridicamente deveria ser interpretado, além de qualquer outra consideração, como a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Isso foi o que se concordou em 1969, e não o contrário, ao ser assinada a Convenção e esse ainda é o sentido jurídico de tal termo, inclusive para parte muito importante, por não dizer majoritária,⁵⁵⁴ da ciência médica que assim também o considera.⁵⁵⁵ Com isto não se está argumentando que o que expresse a ciência médica não deva ser tido em consideração, mas que isso deve ser feito na medida em que o Direito o incorpore em seu acervo.

Deve-se considerar também a este respeito que, segundo deve se entender das regras de interpretação dos tratados, não existem outros acordos ou tratados entre os Estados Partes da Convenção que consagrem um conceito diferente ao expressado.⁵⁵⁶ Tampouco outros acordos ou a prática seguida pelos mesmos na aplicação da Convenção indicam uma modificação desse conceito.⁵⁵⁷ Por outro lado, não há norma consuetudinária diferente à interpretação dada que lhes seja aplicável. E, finalmente, não se pode argumentar a existência de um princípio geral de direito, originado pelas legislações internas desses Estados, que consagre um significado diferente ao referido.⁵⁵⁸

Por outro lado, é evidente e lógico que a "*concepção*" a que se refere o artigo 4.1 é a de "*toda pessoa*" cujo direito à vida deve ser protegido por lei.

⁵⁵² 19ª edição.

⁵⁵³ 22ª edição.

⁵⁵⁴ Notas 266 a 284 da Sentença.

⁵⁵⁵ Pars. 79 e ss.

⁵⁵⁶ Artigo 31.2 da Convenção.

⁵⁵⁷ Artigo 31.3, a) e b) da Convenção de Viena.

⁵⁵⁸ Artigo 31.3, c) da Convenção de Viena.

E isso está em plena concordância com o “*contexto dos termos*”,⁵⁵⁹ já que tudo o que ele dispõe, e também toda a Convenção,⁵⁶⁰ referem-se a esse sujeito e não ao de alguma entidade, objeto ou realidade diferente.

Em consequência, se a mencionada disposição houvesse querido estabelecer ou fazer extensiva a proteção que por lei se deve proporcionar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, a uma entidade, objeto ou realidade diferente ao da pessoa, assim o haveria disposto direta e claramente, ou bem, teria utilizado uma frase, inciso ou artigo diferente no mencionado 4.1 ou, inclusive, o teria consagrado em um tratado diferente. Porém, não aconteceu assim. Todo o indicado pela disposição em análise bem como por toda a Convenção, concerne, então, única e exclusivamente à “*pessoa*”, ao “*ser humano*”.

Em síntese, para a Convenção, a vida de uma pessoa existe desde o momento em que ela é concebida ou, o que é o mesmo, que se é “*pessoa*” ou “*ser humano*” desde o “*momento da concepção*”, o que ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Então, a partir deste último se tem, segundo esta, o “*direito... de que se respeite (a) vida*” de “*toda pessoa*” e, consequentemente, existe a obrigação de que se proteja esse direito.

Uma interpretação diferente à exposta certamente deixaria sem seu sentido natural e óbvio as expressões “*a partir da concepção*” que emprega o mencionado artigo 4.1 e em especial, não designaria sujeito a esta última, e é óbvio que se trata da “*concepção*” de “*toda pessoa*”.

d. Privação arbitrária do direito.

Finalmente, ao estabelecer que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente, a disposição em análise está implicitamente afirmando que o direito de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*”, não é absoluto, pois admite uma restrição, sempre que ela não seja arbitrária, ou seja, em conformidade com o que se entendia por arbitrariedade na data da Convenção e ao que se entende ainda hoje, ou seja, que não seja um “*ato ou proceder contrário à justiça, à razão ou às leis, ditado somente pela vontade ou capricho*”.⁵⁶¹

Como se deduz dos autos, esta faceta, na verdade, não esteve em discussão neste processo.

C. A jurisprudência da Corte

Foi a jurisprudência da Corte a que, de maneira constante e uniforme precisou a natureza do direito de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*”. O manifestou nos seguintes termos:

⁵⁵⁹ Artigo 31.3 da Convenção de Viena.

⁵⁶⁰ Artigo 1.1 da Convenção, já citado.

⁵⁶¹ 18ª e 22ª edições.

O direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Ao não ser respeitado, todos os direitos carecem de sentido. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo,⁵⁶²

e que:

os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito inalienável.⁵⁶³

Esta tem sido a jurisprudência constante e uniforme da Corte sobre o particular. Expressou-se em mais de 12 casos.⁵⁶⁴ Inclusive, no ano em curso foi reiterada em duas ocasiões.⁵⁶⁵

Então, em razão da grande importância que a jurisprudência da Corte reconheceu ao direito à vida previsto no artigo 4.1 da Convenção é que, conseqüentemente, a este se aplica com maior ênfase, por uma parte, o princípio orientador do Direito dos Tratados, que é o da "*boa fé*",⁵⁶⁶ que requer supor que o acordado o foi para que efetivamente tivesse aplicação, e por outro lado, o princípio *pro homine ou pro persona*, contemplado na Convenção,⁵⁶⁷ em virtude do qual as normas sobre direitos humanos devem ser interpretadas nos termos mais favoráveis para seus titulares.

⁵⁶² *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C N° 63, par. 144.

⁵⁶³ *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C N° 237, par. 48.

⁵⁶⁴ *Caso Myrna Mack Chang*, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C N° 101, par. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentença de 7 de junho de 2003, Série C N° 99, par. 110; *Caso 19 Comerciantes*, Sentença de 5 de julho de 2004, Série C N° 109, pars. 152 e 153; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C N° 140; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, Sentença de 29 de março de 2006, Série C N° 146, par. 150; *Caso Baldeón García*, Sentença de 6 de abril de 2006, Série C N° 147, par. 82; *Caso dos Massacres de Ituango*, Sentença de 1° de julho de 2006, Série C N° 148, par. 128; *Caso Ximenes Lopes*, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C N° 149, par. 124; *Caso Montero Aranguren e outros (Retém de Catia)*, Sentença de 5 de julho de 2006, Série C N° 150, par. 63; *Caso Albán Cornejo e outros*, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C N° 171, parr. 117.

⁵⁶⁵ *Castillo González e Outros Vs. Venezuela* e *Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador*, ambas as sentenças de outubro de 2012.

⁵⁶⁶ Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

⁵⁶⁷ Artigo 29 da Convenção: "*Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo, e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*"

Por outro lado, em dois casos, a jurisprudência em análise considerou os não nascidos como “filhos”⁵⁶⁸ e “bebê”.⁵⁶⁹

A este respeito e em relação à observação especificamente referida ao caso em análise, chama-se a atenção sobre o fato de que no ano anterior à Decisão do Estado de 15 de março de 2000, ou seja, no ano de 1999, já se havia proferido a importante sentença no caso das *“Crianças de Rua”*, que deu origem à reproduzida jurisprudência,⁵⁷⁰ de forma que, ao se proferir aquela, sustentando-se expressamente no disposto no artigo 4.1 da Convenção,⁵⁷¹ deveria se entender que isso se fez em consideração precisamente à interpretação dada nesta decisão. Em outras palavras, é de assumir que a Decisão em questão fez o que hoje se denomina *“controle de convencionalidade”*⁵⁷² e procurou se ajustar a isso.

II. A INFLEXÃO JURISPRUDENCIAL

Com a Sentença se produz uma notável mudança ou ruptura com a recém-indicada jurisprudência e isso em três sentidos. Um, em relação a limitar o alcance do que até agora ela havia afirmado, o outro em relação à aplicação do artigo 4.1 em relação ao presente caso e o terceiro em relação às interrogações que não resolve ou responde.

A. Limitação do alcance da jurisprudência

Efetivamente, a Sentença parece restringir o que, até agora, nesta matéria, vinha, de maneira constante e uniforme, afirmando a jurisprudência da Corte. E assim, nesta oportunidade, omite a frase *“em razão (do)... caráter fundamental (do direito à vida)..., não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo”*.

É verdade que isso aconteceu também em outros casos. Porém, nesta oportunidade, essa omissão adquire uma relevância muito singular levando em consideração que a reiteração dos demais conceitos são precedidos de dois comentários preliminares. O primeiro, afirmando que *“até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que suscita o presente caso em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos”*.⁵⁷³

⁵⁶⁸ *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, par. 292.

⁵⁶⁹ *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 67, x).

⁵⁷⁰ *Caso das “Crianças de Rua (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C N° 63, par. 144.

⁵⁷¹ Par. 76.

⁵⁷² *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C N° 220, 26 de novembro de 2010, par. 225.

⁵⁷³ Par. 172.

Com essas frases, a Sentença estaria insinuando que o afirmado até agora pela jurisprudência da Corte em relação ao direito à vida não teria aplicação, mas somente no tocante às *"execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados"* e, em consequência e em todo caso, não seria aplicável à presente causa, já que esta versaria sobre algo diferente. Desta forma, a Sentença estaria delimitando muito severamente o que, até agora, vinha sustentando a jurisprudência da Corte nesta matéria.

B. Inaplicabilidade do artigo 4.1 ao presente caso

E o que afirma agora a Sentença resulta funcional às afirmações que faz posteriormente em relação a que:

a "concepção" no sentido do artigo 4.1 ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção;⁵⁷⁴

não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião;⁵⁷⁵ e

o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana;⁵⁷⁶

Como é evidente, a mudança jurisprudencial que essa Sentença significa é muito relevante.

Para fundamentá-la, na Sentença se recorre à interpretação dos termos "concepção" e "em geral", por entender que *"para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à "concepção" e ao "ser humano"*⁵⁷⁷ e ao fazê-lo recorre à interpretação em conformidade com o sentido comum dos termos, à interpretação sistêmica e histórica e à interpretação evolutiva, métodos que se encontram previstos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena.

1. Método do sentido comum dos termos

É este um dos aspectos no qual o presente voto dissente da Sentença, em análise de que esta procede com base em que o "alcance" dos termos "concepção" e "ser humano" que utiliza a Convenção, *"deve-se apreciar a partir da literatura científica"*.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Par. 264.

⁵⁷⁵ Par. 223.

⁵⁷⁶ Artigo 264.

⁵⁷⁷ Par. 176.

⁵⁷⁸ *Idem*.

A Sentença não tem em consideração que, não havendo dado a Convenção a cada um desses termos *“um sentido especial”* e, que constasse *“que tal foi a intenção das partes”* da mesma⁵⁷⁹ nem havendo tampouco feito remissão, para estes fins, à ciência médica, corresponde se ater ao *“sentido comum”* que se atribui a tais termos, que não é outro que o sentido natural e óbvio expressado no verbete do dicionário, o que, como já se indicou, entende por concepção a união do óvulo com o espermatozoide.

Não corresponde, pois, para apreciar ou entender o sentido e alcance dos referidos termos, recorrer à ciência médica, visto que não é o que esta última entenda como *“concepção”*, mas o que os Estados Partes da Convenção entenderam, por isso e que, reitera-se, expressa-se no sentido comum dessa palavra, expressada no dicionário, o que, ademais e como também já se afirmou, coincide com a postura que, sobre a matéria, tem parte muito relevante, talvez a majoritária,⁵⁸⁰ da ciência médica.⁵⁸¹ O que esta expresse é válido na medida em que tenha sido incorporada no Direito ou este se remita a ela, o que, contudo, não acontece no presente caso.

Sobre o particular, é necessário adicionalmente chamar a atenção em relação a que a Sentença afirma que *“algumas”* [...] *“que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena”*... *“podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões”*,... *“opiniões”* que *“não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crença específica a outras pessoas que não as compartilham”*.⁵⁸²

Tal afirmação é correta. Mas, não condiz com a posição que definitivamente assume a Sentença nesta matéria. Efetivamente, ao passo que reprova que a Decisão do Estado que motivou esta causa tenha optado *“por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começava a vida”* e que *“... entendesse “que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida”*”,⁵⁸³ ela opta por outra das posturas, a saber, aquela que diferencia *“dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação”* e que consequentemente sustenta que *“somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção”*.⁵⁸⁴

Para argumentar o anterior, a Sentença recorre a duas razões. Uma, de ordem científica, isto é, *“que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece”*.⁵⁸⁵ E a outra *“que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação”*, de

⁵⁷⁹ Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

⁵⁸⁰ Notas 265 a 3284 da Sentença.

⁵⁸¹ Pars. 182 a 184.

⁵⁸² Par. 185.

⁵⁸³ Par. 177.

⁵⁸⁴ Par. 186.

⁵⁸⁵ Par. 187.

modo que, *"ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação"*.⁵⁸⁶

Em relação ao primeiro argumento, vale considerar que, existindo várias posturas científicas tanto no tocante ao *"começo da vida"*⁵⁸⁷ quanto ao conceito de *"concepção"*, como a mesma Sentença reconhece,⁵⁸⁸ inclina-se porém, por uma, a de que a concepção se produz no momento em que o embrião se implanta no útero da mulher, sem analisar os argumentos das outras e, particularmente, daquela que considera que *"[a] vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um 'momento de concepção' observável,"*⁵⁸⁹ descartando-a simplesmente.

Então, essa posição da Sentença parece não ter correspondência com o que ela mesma afirma, por um lado, em relação a que *"o primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra em 1978"* e que, *"na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi relatado em 1984 na Argentina"*,⁵⁹⁰ e por outro lado, em relação a que *"a definição de 'concepção' que tinham os redatores da Convenção Americana mudou"*, já que *"antes da FIV não se contemplava cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher"*.

Efetivamente, dessas afirmações se observa que não era, então, na época em que se assinou a Convenção, ou seja, em 1969, possível saber que *"concepção"* e *"fecundação"* eram dois fenômenos distintos, absolutamente diferenciáveis. E daí, portanto, que não é compartilhável a asseveração de que *"a definição de 'concepção' que tinham os redatores da Convenção Americana mudou"*. Pode ser para alguns cientistas em medicina, mas a definição dos redatores a esse respeito continua se mantendo no direito aplicável.

E com isso procedo a abordar a segunda razão invocada na Sentença como fundamento de sua posição, a qual afirma que o dicionário da época, 1969, *"diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação."* Já foi afirmado (*infra...*) que isso, a rigor, não é assim. Na edição de 1959 do Dicionário não é evidente que os termos *"conceber"* e *"fecundar"* fossem considerados antagônicos, distintos. Mas, além disso, não há que esquecer que na edição de 1970 do Dicionário, isto é, a do ano imediatamente posterior ao da assinatura da Convenção, e até a edição vigente do mesmo, enquanto o termo *"conceber"* é entendido como *"ficar prenhe a fêmea"* e o termo *"fazer prenhe"* o é como *"emprenhar, fecundar ou fazer conceber"*.

Finalmente, e sempre no âmbito do emprego pela Sentença do método do sentido comum dos termos, ela afirma que *"a interpretação literal afirma que [a] expressão*

⁵⁸⁶ Par. 187.

⁵⁸⁷ Par.177.

⁵⁸⁸ Pars. 180 a 185.

⁵⁸⁹ Par. 182.

⁵⁹⁰ Par.66.

*"em geral" está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular",*⁵⁹¹ concluindo que *"a expressão 'em geral' permite inferir exceções a uma regra".*⁵⁹²

Entretanto, já foi afirmado neste escrito (*infra...*) o que o Dicionário entende por *"em geral"*, o que não tem relação alguma com excepcionalidade ou exceções. Se na Convenção houvessem querido estabelecer uma exceção, em lugar de afirmar *"e, em geral a partir da concepção"*, haveriam disposto, por exemplo, *"e, excepcionalmente a partir da concepção"*, o que não foi feito, precisamente para afirmar que, em todo caso e em qualquer evento ou circunstância, e talvez de uma maneira um tanto distinta, a proteção que a lei deve dar ao direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida"*, *se fará a partir da concepção dessa pessoa.*

2. Interpretação sistemática e histórica

A Sentença se refere, ademais, à interpretação sistemática e histórica, invocando o artigo 31 da Convenção de Viena, muito particularmente seu inciso terceiro, a fim de que não somente sejam levados *"em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)"*, isto é, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*.⁵⁹³ E igualmente e no mesmo parágrafo, afirma que empregará os meios complementares previstos no artigo 32 da Convenção de Viena *"para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes"*.⁵⁹⁴

a. Regra do sentido especial dos termos

Sob uma perspectiva metodológica, não se pode compartilhar o recém-indicado, já que a referência que formula ao artigo 31.4 da Convenção de Viena é feita fora de seu próprio entorno. Efetivamente, essa norma se insere como a final, ou última, das normas que formam o que se conhece como a *regra geral de interpretação*, constituindo dentro desta a *regra do sentido especial dos termos*, que é exceção à *do sentido comum dos mesmos*. De modo, pois, que não faz parte das normas que integram os *meios complementares* previstos no artigo seguinte ao mencionado, isto é, o artigo 32 da Convenção de Viena.

Dito em outras palavras, de acordo com o disposto no citado artigo 31.4, *"a intenção das partes"* sobre o *"sentido especial"* de um termo deve constar em alguns dos acordos, instrumentos ou práticas a que o artigo 31 alude em seus incisos 2 e 3, e que se distinguem por estarem intimamente vinculados ao tratado correspondente

⁵⁹¹ Par. 188.

⁵⁹² Par. 189.

⁵⁹³ Par. 191.

⁵⁹⁴ Par. 193.

ou por dar consideração de um acordo sobre a interpretação do mesmo, ou em uma norma de Direito Internacional aplicável nas relações entre tais Estados Partes.

b. Regra do contexto e do desenvolvimento progressivo ou evolutivo

Então, em razão de que o Estado os invocou, a Sentença alude à Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁵⁹⁵ ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,⁵⁹⁶ à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher⁵⁹⁷ e à Convenção sobre os Direitos da Criança⁵⁹⁸ e ao que se dispõe nos Sistemas Universal,⁵⁹⁹ Europeu⁶⁰⁰ e Africano dos Direitos Humanos,⁶⁰¹ bem como ao que se afirma na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶⁰² e de sete tribunais constitucionais nacionais.⁶⁰³ E o faz no contexto da interpretação sistemática e histórica, ainda que a respeito de alguns o deveria fazer no da *regra do contexto*, prevista no artigo 31.2 da Convenção de Viena e, quanto a outros, na regra do *desenvolvimento progressivo do direito*, contemplada no artigo 31.3 da mesma.

Entretanto, tais acordos e instrumentos não revestem as características para serem considerados como instrumentos ou acordos celebrados por motivo ou em relação à Convenção e, portanto, que possam ser levados em consideração para a interpretação desta. Tampouco fazem, a rigor, referência à prática ulteriormente seguida pelos Estados Partes da Convenção na aplicação desta pela qual conste o acordo deles sobre sua interpretação. E no tocante às normas de Direito Internacional aplicáveis nas relações entre os Estados Partes, é evidente que elas não são "*pertinentes*" ao caso, tal como afirma o artigo 31.4 da Convenção de Viena.

Além disso, deve-se afirmar que o estipulado em alusões aos tratados, no disposto nas mencionadas decisões dos tribunais internacionais e europeus e no estabelecido nas citadas normas de direito interno dos Estados Partes da Convenção, citados para interpretar esta última, não podem ser considerados como expressão seja de norma consuetudinária, seja de princípio geral de direito. Não são costume internacional, pois não constituem precedentes, isto é, atos repetidos de forma constante e uniforme com a convicção de atuar conforme o direito, e tampouco são princípios gerais de direito, já que não se inferem ou deduzem logicamente da própria estrutura jurídica internacional ou não são suficientes para que sejam considerados como comuns à grande maioria dos Estados Partes da Convenção.

Porém, o que resulta mais significativo ainda é que tais acordos e instrumentos não são procedentes neste caso não somente porque alguns deles não vinculam os

⁵⁹⁵ Par. 224.

⁵⁹⁶ Par. 225.

⁵⁹⁷ Pars. 227 e 228.

⁵⁹⁸ Pars. 229 a 233.

⁵⁹⁹ Par. 226.

⁶⁰⁰ Par. 234.

⁶⁰¹ Par. 243.

⁶⁰² Pars. 236 a 242.

⁶⁰³ Pars. 252, 261 e 262.

Estados Partes da Convenção, mas também porque o único que demonstram ou, ao contrário, observa-se deles, com uma grande nitidez inclusive, é que não contemplam a situação do ainda não nascido ou concebido precisamente para permitir ou não proibir o aborto.⁶⁰⁴

c. Regra sobre prevalência de lei especial sobre lei geral

É talvez pelo mesmo motivo que nenhum deles contém uma disposição como o artigo 4.1 da Convenção, o que, portanto, constitui uma peculiaridade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, circunstância que, entretanto, a Sentença não considera ao interpretá-los. Ela, conseqüentemente, omite uma regra de interpretação do Direito em geral e não somente do Direito Internacional, incluído o Direito dos Tratados, a saber, *"lei especial prevalece sobre lei geral"*.

De fato, esta norma convencional faz parte do conjunto de normas internacionais que, ainda que não possam ser qualificadas como Direito Internacional Americano, regional, especial ou particular, são, contudo, particulares ou especiais aos Estados Partes da Convenção. Portanto, tal norma não pode ser interpretada de acordo com as normas do Direito Internacional geral ou de outros Sistemas de Direitos Humanos que não a contemplem, fazendo, desse modo, que estas prevaleçam sobre aquela ou que, em última instância e na prática, a modifiquem.

D. Incapacidade

Tendo em conta todo o afirmado precedentemente, não se compartilha a conclusão a que chega a Sentença sobre a interpretação sistemática da Convenção e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, quando afirma que *"não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um"* dos artigos desses textos, visto que esquece o que implicam os conceitos de incapacidade absoluta e relativa das pessoas contempladas nos distintos ordenamentos jurídicos e que impedem ou limitam o gozo de seus direitos, sem que por isso deixem de ser pessoas.

Contudo, menos ainda se pode coincidir com o expressado na Sentença em relação a que:

tendo em consideração o já afirmado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (*infra...*), pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é fundamentalmente a mulher grávida, em vista de que a proteção do não nascido se realiza fundamentalmente através da proteção da mulher...⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ Pars. 226, 227, 235, 236, 237 e 249.

⁶⁰⁵ Par. 222.

E não se pode coincidir com o afirmado neste parágrafo já que, ao mesmo tempo, entende a concepção como um fenômeno que *"somente ocorre dentro do corpo da mulher"*, o que é correto, mas que, ao fazer referência a outro parágrafo, sustenta isso com base em que *"a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião"*, o que conduziria a considerá-lo como um assunto que corresponderia unicamente à mulher grávida.

Não se pode compartilhar o sustentado neste parágrafo pois, em segundo lugar, se houvesse querido afirmar que a proteção do direito do não nascido *"de que se respeite sua vida"* seria realizada através da proteção da mulher grávida, assim expressamente haveria sido disposto, o que não ocorre.

Em terceiro lugar, não se coincide com o afirmado na Sentença, já que o artigo 4.1 da Convenção, tal como está redigido, é suficiente para proteger a mulher grávida e, consequentemente, o não nascido, proteção que ademais se expressa no prescrito no artigo 4.5 da Convenção, concernente à proibição de aplicar a pena de morte às mulheres em estado de gravidez, no Protocolo de San Salvador e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, citados aquele e esta pela própria Sentença,⁶⁰⁶ instrumentos todos dos quais se observa que a mulher grávida é sujeito de direitos humanos e não objeto ou instrumento dos mesmos.

Em síntese, discorda-se do afirmado no parágrafo transcrito, pois ele conduz a considerar que o concebido ou não nascido e não somente o embrião até antes de sua implantação, não tem, *per se*, o direito *"de que se respeite sua vida"*, mas que isso dependeria não apenas de que se respeite esse direito da mulher grávida, mas também que esta queira respeitar o que corresponderia a este, eventualidade esta que se afasta em demasia da letra e espírito do artigo 4.1 da Convenção e que, como é evidente, relacionam-se a temas como o do regime jurídico do aborto.

3. Método de interpretação evolutiva

A Sentença recorre também, para interpretar o mencionado artigo 4.1 da Convenção, ao método de interpretação evolutiva dos tratados, com base em que *"os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais"* e que esta interpretação *"é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados."*⁶⁰⁷

E efetivamente é assim. O artigo 29 da Convenção⁶⁰⁸ dispõe que nenhuma norma da Convenção pode ser interpretada suprimindo, excluindo ou limitando, este último além do que seja permitido por ela, seja o gozo dos direitos previstos nela ou em leis dos Estados Partes estabelecidos ou que sejam inerentes ao ser humano

⁶⁰⁶ *Idem.*

⁶⁰⁷ Par. 245.

⁶⁰⁸ Já citado.

ou derivem da forma democrática representativa de governo, seja os efeitos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Por sua vez, o artigo 31.3 da Convenção de Viena contempla a interpretação evolutiva dos tratados, centrando-a em todo acordo ou prática ulterior dos Estados Partes do tratado pertinente sobre a interpretação do mesmo ou em que conste o acordo entre eles sobre o particular e em toda norma pertinente do Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes.

No entanto, os antecedentes que a Sentença apresenta sobre o particular não reúnem as condições estabelecidas no citado artigo 29, tendo em consideração que, definitivamente, eles não apontam senão a limitar a tal ponto o prescrito no artigo 4.1 da Convenção que o fazem inaplicável ao caso e, assim mesmo, o despojamento de conteúdo ou efeito útil no que se refere à frase *“e, em geral, a partir da concepção”*.

E no concernente ao mencionado artigo 31.3, enquanto alguns antecedentes mencionados para determinar o *status* do embrião são jurisprudenciais de outros sistemas normativos e, portanto, não têm relação com acordos ou práticas dos Estados Partes da Convenção nem com normas de Direito Internacional que lhe sejam aplicáveis, outros, os pertinentes a legislações de Estados Partes da Convenção, são, como se verá mais adiante (*supra* ...), insuficientes e, de todo modo, eles simplesmente demonstram que em 11 dos 24 Estados Partes da Convenção se pratica a reprodução assistida, uma de cujas técnicas é a Fertilização *in Vitro*; que três desses países proíbem *“para fins diferentes da procriação humana”*; que um destes *“proíbe o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões”*; que outro deles *“proíbe a utilização de procedimentos que apóntem a uma redução embrionária”*; que o mesmo Estado estabelece que *“o número ideal de óvulos e pré-embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multiparidade”* e proíbe *“a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime”*; e que este Estado e outro permitem *“a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos.”*⁶⁰⁹

De maneira que, em consequência, não é consistente a conclusão a que chega a Sentença em relação a que *“isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção, foi interpretado que a Convenção permite a prática da FIV”*.⁶¹⁰ E isso porque não somente não se dá essa maioria, mas também porque não consta nos autos antecedente algum que demonstre que os 11 Estados Partes da Convenção que permitem a reprodução assistida, o fizeram em aplicação ou consideração do previsto no artigo 4.1 da Convenção.

4. O Princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

Finalmente, a Sentença acode à *regra do objeto e fim do tratado* a fim de demonstrar que o direito à vida desde a concepção não é absoluto. A esse respeito

⁶⁰⁹ Par. 255.

⁶¹⁰ Par. 256.

afirma que *"o objeto e fim do artigo 4.1 é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos."*⁶¹¹

Não se pode estar mais em desacordo com esta avaliação já que o objeto e fim do artigo 4.1., em conformidade com o princípio da boa-fé, os termos do tratado e no seu contexto, não pode ser outro que efetivamente a lei proteja o direito de *"toda pessoa... de que se respeite sua vida e, em geral, a partir da concepção"*, ou seja, que efetivamente se proteja esse direito de toda pessoa, incluído, portanto, o do concebido ou ainda não nascido.

A este respeito, a Sentença incorre, por outro lado, em uma contradição, a saber: que enquanto antes afirmou que o artigo 4.1 da Convenção não era aplicável neste caso, nesta oportunidade, no entanto, o invoca para argumentar que entre os direitos e interesses em conflito deve existir *"um adequado equilíbrio"*.⁶¹² Não se percebe como pode se dar tal equilíbrio se foi afirmado que *"o embrião não pode ser entendido como pessoa para os propósitos do artigo 4.1 da Convenção Americana"*,⁶¹³ isto é, não teria direito *"a que se proteja sua vida"*, de modo que não haveria direitos que equilibrar, harmonizar ou compatibilizar.

Finalmente, a Sentença, para fundamentar o que expressa, invoca, uma vez mais, sentenças seja do todo distantes aos Estados Partes da Convenção, seja de unicamente três destes, de fato em consequência, insuficientes para estabelecer uma conclusão como à que chega.

C. Interrogações sem resolver

A Sentença expressa que, em atenção a que o *"direito absoluto à vida do embrião" como base para a restrição de (outros) direitos...*, *"não tem fundamento na Convenção Americana"*, *"não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos"* requeridos para que um direito possa ser restringido, isto é, que as *"ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias"*, que estejam *"previstas em lei no sentido formal e material"*, que persigam *"um fim legítimo"* e que cumpram *"os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade"*.⁶¹⁴

Entretanto, procede, apesar de tudo, essa análise, para *"expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens que se pretendiam com a proteção do embrião"*⁶¹⁵ e com isso incorre, como se expressou, em uma contradição, tendo em consideração que confronta esse sacrifício, não com a aplicação de um direito, que neste caso e segundo a Sentença, reitera-se, não se aplica e que, de havê-lo sido, implicaria uma harmonização entre os direitos em jogo, mas com a proibição de empregar a técnica da Fertilização *in Vitro*.

⁶¹¹ Par. 258.

⁶¹² Par. 260.

⁶¹³ Artigo 264.

⁶¹⁴ Par. 273.

⁶¹⁵ Par. 273.

Obviamente, em tal comparação o resultado não pode ser outro que o que afirma a Sentença⁶¹⁶ e isso, em relação a que, reitera-se, não confrontam dois direitos, mas alguns com uma técnica.

Porém, ainda nesse caso e em relação à referida técnica, a Sentença não pode observar dos antecedentes senão conclusões muito parciais. Efetivamente, já se afirmou que não é na maioria dos Estados Partes da Convenção, mas unicamente em 11 dos 24, que se pratica a reprodução assistida, da qual uma das técnicas é a Fertilização *in Vitro* e que alguns deles proíbem certos procedimentos vinculados a esta.

Então, o que se deduz destes dados não é “*que a Convenção permite a prática da FIV*”,⁶¹⁷ mas que a maioria dos Estados Partes desta não expressaram nada a esse respeito, provavelmente em razão de que entenderam que tal técnica não foi, *per se*, regulamentada pelo Direito Internacional e, por essa mesma razão e em vista de, ademais, que a Sentença desvincula o disposto no artigo 4.1 da Convenção da situação do embrião, ao menos até o momento de sua implantação no útero da mulher, ela faria parte de sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva.⁶¹⁸

Não de outra maneira se explica que alguns Estados Partes da Convenção proibam certas técnicas de Fecundação Assistida muito similares às que a Sala Constitucional da Corte Suprema do Estado teve em consideração ao proferir sua Decisão que deu origem a esta causa, entretanto, eventualmente, poderiam ser percebidas como atentatórias a alguns dos direitos pelos quais a Sentença declara que o Estado violou a Convenção.

Efetivamente, os referidos reparos que a mencionada Sala fez ao Decreto que declarou inconstitucional e contrário ao artigo 4.1 da Convenção definitivamente foram que o embrião “*não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte*”,⁶¹⁹ razões também esboçadas por três dos Estados Partes da Convenção ao proibir a Fecundação Assistida “*para fins diferentes da procriação humana*”, por um deles ao fazê-lo em relação “*à comercialização do material biológico*” e por outro deles ao decretá-lo em relação “*ao congelamento de embriões para transferência diferida de embriões*”, enquanto um dos Estados aludidos e um terceiro Estado permitem “*a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos*”.⁶²⁰

Finalmente é oportuno chamar a atenção sobre o fato de que, talvez precisamente porque subtrai o caso do artigo 4.1 da Convenção, a Sentença não

⁶¹⁶ Pars. 277 e ss.

⁶¹⁷ Par. 256.

⁶¹⁸ Conceito desenvolvido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em seu parecer consultivo sobre os *Decretos de Nacionalidade promulgados na Tunísia e Marrocos* (7 de fevereiro de 1923), no qual argumentou que o termo de jurisdição doméstica indicava as matérias que ainda e quando podendo chegar muito perto de interesses de mais de um só Estado, não eram em princípio regulamentadas pelo Direito Internacional, ou seja, as matérias nas quais cada Estado é único soberano de suas decisões.

⁶¹⁹ Par. 76.

⁶²⁰ Par. 255.

faz menção alguma, na parte declarativa de seus pontos resolutivos, acerca desta disposição. Não manifesta, como o fez em outros casos, que não procede se pronunciar sobre o particular ou que o Estado é responsável ou que, ao contrário, não é responsável pela violação da mesma. Simplesmente não disse nada a esse respeito, apesar de que, como se afirmou, um dos representantes expressamente alegou a violação do citado artigo 4.1 da Convenção.

Considerações finais

Ao dar as razões, como foi feito precedentemente, pelas quais não se compartilha a Sentença, procura-se ao mesmo tempo salientar a importância que tem um assunto como o dos autos, onde está em jogo nada menos o que se entende por "*direito à vida*" e quando esta última começa.

A rigor, nisso se colocam em jogo não somente concepções jurídicas, mas também filosóficas, morais, éticas, religiosas, ideológicas, científicas e de outras ordens, todas as quais muito legitimamente concorrem, enquanto fontes materiais do Direito Internacional, à formação da correspondente norma jurídica, a qual, necessariamente, somente depois deve ser interpretada de acordo com as fontes formais do Direito Internacional.

E no exercício dessa função interpretativa, indubitavelmente a Corte tem limitações. Outros tribunais já ressaltaram a dificuldade da tarefa e ainda a improcedência de que tenha que ser um órgão jurisdicional o que resolva algo mais próprio, ainda que não exclusivo, da ciência médica e em relação ao qual, inclusive nesse âmbito, ainda não se consegue um consenso.⁶²¹

Portanto, apesar dessas dificuldades e em cumprimento de seu mandato, a Corte devia dirimir a controvérsia apresentada. Isso, entretanto, não exige em absoluto os Estados de cumprir sua responsabilidade, que é, no caso, exercer a função normativa que lhes corresponde neste caso, regulando-a conforme a considerem. Ao não fazê-lo, corre-se o sério risco, como em alguma medida acontece nos autos, não somente de que a Corte incursione em temas desta natureza, os quais reclamam um pronunciamento mais político, mas também que se veja obrigada a assumir esta função normativa, desnaturalizando sua função jurisdicional e afetando assim o funcionamento de todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Eduardo Vio Grossi
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

⁶²¹ Par. 185 e nota 283.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





MPRJ empossa novos Promotores de Justiça substitutos, aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Carreira

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Conselho Superior, deu posse para quatro novos Promotores de Justiça substitutos, aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira: Débora de Souza Becker Lima, no dia 2 de julho; Dante Mendes Bianchetti Filho, no dia 9 de julho; e Amanda Teitel e Bruno Rivero Monnerat, ambos no dia 13 de agosto.

Todas as sessões foram presididas pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, acompanhado pela Corregedora-Geral do MPRJ, Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira, e os demais integrantes do Conselho Superior participaram da cerimônia de posse de maneira virtual, devido aos cuidados tomados com a pandemia do novo coronavírus (Covid-19).

O presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Procurador de Justiça Ertulei Laureano Matos, o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira, o Secretário-Geral do MPRJ, Promotor de Justiça Dimitrius Viveiros, e o Chefe De Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Promotor de Justiça Virgílio Stavridis, também prestigiaram a posse dos novos membros da instituição.



Discurso de Posse da Promotora de Justiça substituta Débora de Souza Becker Lima na íntegra:

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça Dr. Eduardo Gussem, na pessoa de quem saúdo os demais membros do e. Conselho Superior do Ministério Público; Excelentíssima Senhora Corregedora-Geral do Ministério Público – Dra. Luciana Sapha Silveira; saúdo, na pessoa da Dra. Concelina Henrique de Souza, Promotora de Justiça aposentada, minha mãe, os Exmos. Procuradores e Promotores de Justiça; prezados Servidores Queridos amigos e familiares; senhoras e senhores. Um amor, uma carreira, uma revolução: outras tantas coisas que se começam sem saber como acabarão.

Ao pensarmos bem nessa assertiva de Jean Paul Sartre, verificamos que certas coisas, por sua imanente natureza dinâmica, sofrem mutações do início ao fim.

E a dinâmica da vida não pode ser apreendida ou controlada por quem quer que seja. É uma caminhada incerta na qual empenhamos nossa alma, se bem lembramos a advertência poética de Fernando Pessoa: “tudo vale a pena quando a alma não é pequena”.

Senhoras e senhores, faço essas considerações introdutórias para dizer que estou me sentindo em um sonho. Um sonho que se fazia presente na minha vivência diária nesta casa, desde 2008, no exercício de minhas honrosas funções de Analista Processual. Durante esses quase 12 anos reafirmou-se meu já antigo sentimento de profundo respeito e admiração à instituição ministerial.

Mas eis que o desar se antecipou e fez com que aquela expectativa agradável viesse a sofrer abrupta transformação, com o advento de terrível pandemia que tem amedrontado o mundo, por não se saber o que virá adiante.

Hoje aqui estamos, em solenidade quase virtual, mas isso não me abate porque sei que esses eventos traumáticos fazem parte da existência humana e momentos de mudança exigem que estejamos atentos para entender os sinais dos tempos e agir de acordo com as novas necessidades.

Uma das grandes transformações que o mundo está sofrendo se situa no campo das relações sociais. De um lado temos a globalização que propaga os acontecimentos instantaneamente por todo globo terrestre como energia elétrica fluindo em fio de metal. De outro lado, temos as tensões humanas, que se recrudescem diante do crescente choque de tradições, crenças e culturas, que hoje também já não admitem limites geográficos, diante dos meios de comunicações expandidos pelas modernas mídias sociais. Essas transformações, é claro, fazem com que as instituições também se redesenhem e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem demonstrando, com maestria, sua capacidade de adaptar-se às exigências impostas por este novo cenário, estando à frente de inovações tecnológicas que permitiram, inclusive, o regular funcionamento das atividades institucionais mesmo durante a excepcional situação que estamos vivendo.

Hoje começo nova caminhada funcional no Ministério Público, instituição essencial à realização da Justiça, que se agigantou a partir da Constituição de 1988.

A Justiça da dicção constitucional não se limita mais ao aparato judicial de compor conflitos de interesses. Justiça, nessa linguagem, vai muito além das barras da lei, porque avança no campo da moralidade pública, persegue a justiça social, enquadra-se na defesa do meio ambiente e ampara com destemor a segurança dos cidadãos e da própria coletividade.

Instituição de tamanha dimensão sobreviverá a atual pandemia e dela sairá engrandecida, porque a saúde é dos mais prezáveis bens que incumbem à defesa do Ministério Público.

Na simbologia dessa endemia que se assemelha a um campo de batalha, o Ministério Público do Século XXI está em guerra contra a intolerância, contra o arbítrio, contra as discriminações, contra a corrupção e contra os desmandos dos poderosos.

Nessa guerra, o Ministério Público atua em defesa da lei, da dignidade da pessoa humana e da tutela do interesse público assentado nos princípios e nas normas constitucionais.

Agora que tenho a honra de integrar o corpo funcional desta Instituição, meu sonho tornou-se certeza: certeza de que me empenharei arduamente nas atribuições do cargo para realizar todas as missões que me forem confiadas.

Se me perguntarem como farei para ter sucesso na minha atuação funcional responderei apenas que terei por norte o Estado Democrático de Direito. O mais, realizarei com muito esforço e dedicação.

Ao lado dessa minha certeza tenho também esperança. Esperança de ver a justiça realizada. Esperança de tornar-me uma verdadeira representante do Ministério Público, encarnando a mais fiel acepção do meu cargo: promotora de justiça.

Senhoras e senhores, neste meu discurso misturei sonho, certeza e esperança para lançar tudo isso para fora de mim, ou como disse certa vez Carlos Drumond de Andrade: Sonhei que o sonho existia não dentro, fora de nós. E era tocá-lo e colhê-lo. E sem demora sorvê-lo.

Nesta oportunidade, agradeço, imensamente, ao Procurador Geral de Justiça e a todos os integrantes deste e. Conselho Superior pelo empenho e dedicação que vem possibilitando a realização das posses dos aprovados no XXXV concurso, apesar de todas as dificuldades que o momento nos impõe.

Registro, também, meu agradecimento a todos os Procuradores de Justiça com os quais trabalhei, especialmente à Dra. Leila Machado Costa que tanto me ensinou e, também, ao Dr. Walberto Fernandes de Lima com quem tive a honra de atuar na Comissão Permanente de Inquérito Administrativo.

Aos meus queridos amigos servidores, todo meu afeto. Vocês estarão sempre nos meus pensamentos.

Minha eterna gratidão aos meus amigos e familiares, em especial, minha mãe, por sempre ter acreditado que este dia chegaria; meu padrasto cuja carreira irretocável será a minha inspiração todos os dias; meu pai e meus irmãos que nos assistem virtualmente.

Por fim, gostaria de compartilhar com os senhores, as palavras que minha mãe registrou no meu convite para a sua cerimônia de posse, pois exprimem, precisamente, o que eu quero dizer hoje para a minha filha: “Para minha filha querida, que tanto me ajudou a chegar até aqui, aguentando meu nervosismo e minha falta de tempo, ofereço esta recordação que também serve como lembrete de que vale a pena se esforçar por um ideal de vida, mas sempre com o pé no chão”.

Muito obrigada pela atenção.



Discurso de Posse do Promotor de Justiça substituto Dante Mendes Bianchetti Filho na íntegra:

Transcorridas 43 posses do trigésimo quinto concurso, encontro-me agora no árduo esforço de tangenciar os mais brilhantes discursos, proferidos por meus ilustres e queridos colegas.

A formação moral do indivíduo é um produto do compartilhamento de valores entre ele e os seus semelhantes. Experiências são adquiridas ao longo de nossa história e, desde o momento de nosso nascimento, somos influenciados por diversos fatores sociais, culturais e econômicos.

Todas essas experiências são moldadas por exemplos, princípios e valores que nos orientam e fornecem parâmetros para o nosso julgamento, avaliação e adoção de comportamentos futuros.

E as minhas primeiras experiências, especialmente melhores, experimentei junto a minha família. Meus pais Dante e Márcia, minha esposa Joanna e minha irmã Naiara, cada um a sua maneira, proporcionam a mim os melhores exemplos de integridade, coragem e dedicação. Ainda que distante, sei que nunca estarei verdadeiramente sozinho, pois carrego comigo cada palavra, gesto e sorriso que hoje me fazem o reflexo que sou de vocês, com o maior dos orgulhos.

Pelo incentivo e torcida, sou grato também aos meus avós, sogros, cunhado, demais familiares e amigos, que me assistem remotamente.

Agradeço, ainda, à Universidade Federal de Juiz de Fora, não apenas pelo conhecimento técnico que me foi proporcionado, mas, principalmente, pelo oferecimento de uma formação humanística, hoje essencial para todo e qualquer operador do Direito. Em uma época de recorrentes ataques aos serviços públicos, sinto-me no dever legal e moral de, em reconhecimento e retribuição pelo meu privilégio, interceder pela garantia dos direitos sociais e pelo desenvolvimento cada vez mais inclusivo das ações do Estado.

Nas palavras de John Donne, *“nenhum homem é uma ilha isolada, cada homem é uma partícula do continente, uma parte da sua terra”*. Se hoje ingresso em uma das mais conceituadas Instituições do nosso país, tudo devo à minha Casa de origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Como Analista, fui agraciado por quase oito anos de labor ao lado dos mais distintos colegas e chefias. Sinto-me agora honrado por poder refletir aqui a lealdade, a responsabilidade e os valores mais caros que me foram confiados no *parquet* mineiro.

Mais que sofrimento, o conceito de sacrifício abrange também à entrega, espontânea e voluntária, da nossa vontade a um ideal transcendental mais forte que qualquer privação física. E o trigésimo quinto concurso não exigiu pouco de mim, de nós, candidatos e familiares, senão oferendas diárias em rituais banhados a muito suor e comprometimento, ao longo de vários anos.

E tudo isso para eu chegar até aqui... ao início. Sim, ao início de um novo ciclo de sacrifícios e renúncias, sempre à serviço da população, porém agora em uma nova função, como Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O ano de 2020, sem dúvidas, revelou-se diferente de tudo que imaginávamos, transformando as nossas vidas e projetos em um verdadeiro turbilhão de emoções. Momentos de felicidade como este se intercalam com a perda de entes queridos, em meio a uma pandemia sem precedentes em tempos modernos.

Mas não podemos parar. É justamente em meio ao caos que as instituições públicas devem se afirmar e reafirmar como bússolas para a sociedade, anunciando que ela não está sozinha, à deriva. O Ministério Público, enquanto pilar fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, deve, *sobretudo nos momentos de crise*, se manter fiel ao compromisso e à busca incessante pela preservação da probidade administrativa e dos direitos coletivos, sociais e individuais indisponíveis, exatamente como o faz agora.

O ser humano é uma obra eternamente inacabada, em construção. Cada nova experiência, ainda que negativa, acrescenta algo em nós, e faz parte do que nos tornamos. Orgulho-me das experiências e dos valores que carrego comigo e sinto-me honrado, nessa nova jornada, em aprender e também contribuir como um agente transformador da sociedade fluminense, que agora passo a integrar com muito orgulho.



Discurso de Posse da Promotora de Justiça substituta Amanda Teitel na íntegra:

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. JOSÉ EDUARDO CIOTOLA GUSSEM; Exma. Sra. Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra. LUCIANA SAPHA SILVEIRA; Exmos. Srs. Procuradores de Justiça Conselheiros do Conselho Superior do Ministério Público; Demais membros e autoridades presentes; Ilustres servidores; Queridos familiares e amigos, gostaria hoje de trazer à luz um tema trivial, mas profundo: o tempo.

A natureza do tempo tem sido um dos maiores problemas filosóficos desde a antiguidade: a passagem do tempo, a forma como ele flui, a sua linearidade. A única certeza que temos é a finitude da vida, e, portanto, do tempo.

Isso o torna nosso ativo mais precioso. Podemos comprar uma casa ou um carro, mas não podemos comprar o tempo. Essa percepção ostenta inclusive um viés democrático: o tempo é igual para todos. 24h são 24h, ainda que para alguns tenha parecido uma semana e para outros um estalo de dedos. O que muda, portanto, não é o tempo em si, mas a forma como o concebemos e como dele desfrutamos.

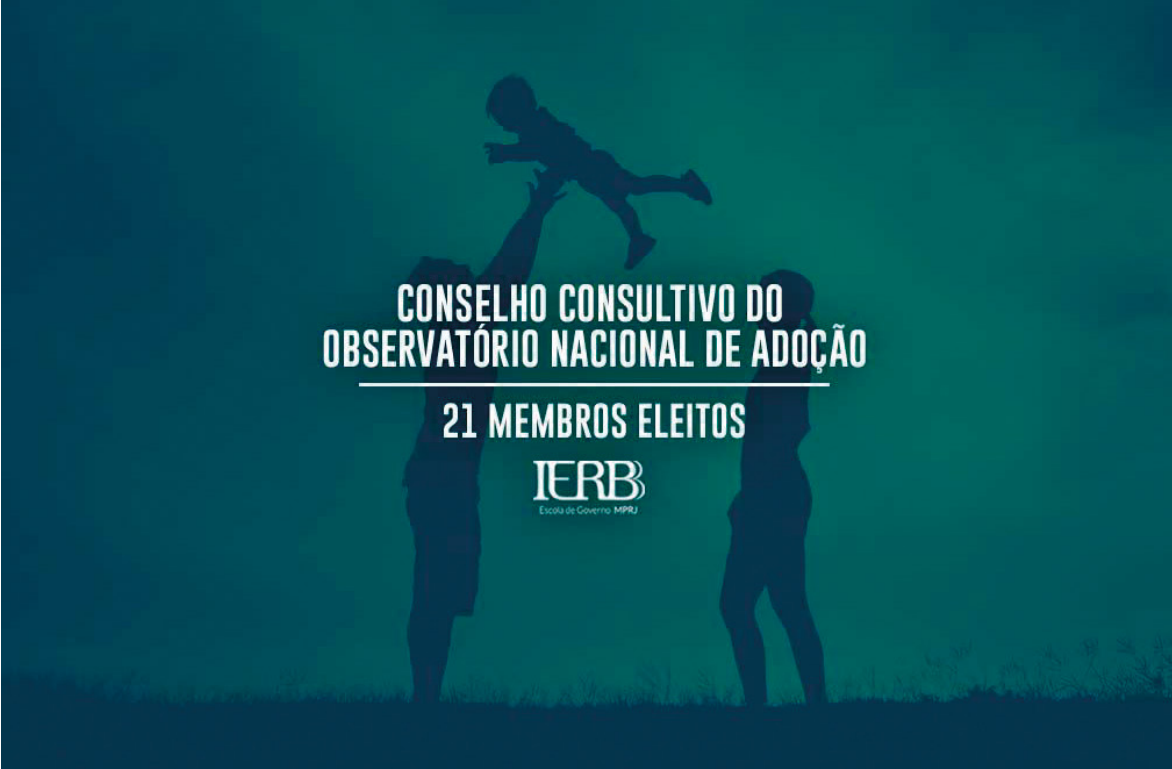
À vista disso, Ana Paula de Barcellos defende que o respeito, a proteção e a promoção dos direitos devem ser levados a sério, pois o tempo que os indivíduos têm para fruírem de seus direitos é o tempo de suas vidas.

A fruição tardia de um direito básico, como saúde, moradia ou educação, é capaz de gerar sinceros sorrisos, mas não afasta os anos, meses e dias de privação anterior. Porque o tempo não para, não espera e não volta.

Por conta disso, o Ministério Público trava uma eterna batalha contra o tempo, buscando zelar pelos interesses da sociedade, mas sobretudo de pessoas reais, no tempo de suas vidas.

Devemos lembrar que o Ministério Público é uma instituição de múltiplas funções. Desde sua origem histórica, quando a atuação ministerial era circunscrita ao âmbito criminal, o Ministério Público teve seu rol de atribuições progressivamente ampliado. Hoje, além de atuar na persecução penal, a Constituição de 1988 também incumbe ao Ministério Público zelar pelo respeito aos serviços de relevância pública e aos direitos fundamentais; exercer o controle externo da atividade policial; proteger o patrimônio público, o meio ambiente, os direitos de crianças e adolescentes, bem como outros interesses sociais.

Em poucas palavras, nossa nada trivial missão é assegurar o cumprimento da lei e defender os interesses da população, tanto em face do poder público como dos particulares.



CONSELHO CONSULTIVO DO OBSERVATÓRIO NACIONAL DE ADOÇÃO

21 MEMBROS ELEITOS

IERBB
Escola de Governo MPRJ

IERBB/MPRJ empossa Conselho Consultivo do Observatório Nacional de Adoção

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ), promoveu cerimônia de posse, no dia 10/09, a 21 membros eleitos para o Conselho Consultivo do Observatório Nacional de Adoção (OBNAD/IERBB/MPRJ). O diretor do IERBB/MPRJ, Procurador de Justiça Sávio Bittencourt, presidiu a cerimônia na modalidade virtual, pela plataforma *Teams*.

Na abertura, Sávio Bittencourt deu as boas-vindas aos conselheiros e explicou que o OBNAD/IERBB/MPRJ é uma estrutura que abriga iniciativas, estudos, projetos e pesquisas comprometidas com a promoção da convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil. Sobre a criação do Observatório, em 2017, no âmbito do IERBB/MPRJ, Sávio ressaltou que o Conselho congrega profissionais, pesquisadores e instituições empenhadas na análise e debate sobre adoção no país. Destacou, ainda, que além de fomentar a produção acadêmica e contribuir para implementação de políticas públicas sobre adoção, ou aperfeiçoar as já existentes, o Observatório também busca desenvolver estratégias de estímulo à desinstitucionalização por meio da adoção. “O critério que nos une é a vontade de fazer a diferença. Temos em comum o amor pelas crianças e a vontade que elas tenham uma família. O que temos à mão é o amor e a boa vontade de fazer diferença na vida de cada criança”, disse o diretor do IERBB/MPRJ.

É função do conselheiro do OBNAD/IERBB/MPRJ aprovar o plano anual de trabalho e o mapa estratégico da rede, sugerir e auxiliar nas ações, realizar estudos e reunir-se anualmente ou por convocação.

Foram empossados para o OBNAD/IERBB/MPRJ: a representante da OAB/PRJ, Silvana do Monte Moreira; o representante da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (ABRAMINJ), o juiz Daniel Konder; a pesquisadora da Associação Nacional de Grupos de Apoio à Adoção (ANGAAD), Tatiana Alves de Melo Valério; presidente da Associação do Movimento de Adoção do Estado do Rio de Janeiro (AMAR), Felipe Fernandes de Lima; o presidente da Associação dos Grupo de Apoio à Adoção do Estado de São Paulo (AGAAESP), Teles Aparecido Manoel; o diretor jurídico dos Grupos de Apoio à Adoção do Estado de São Paulo (AGAESp), Antônio Carlos Berlim; o Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), André Tuma Delbim Ferreira; o titular da 4ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), juiz Sergio Luiz Ribeiro de Souza; a representante da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica (ABPJ), Sandra Dias; o presidente da Associação Brasileira de Famílias Homotransafetivas (BRAFH), Saulo Amorim; o diretor do Instituto Rede Abrigo, Douglas Lopes de Freitas; a Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), Denise Casanova Villela; o Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRN), Sasha Alves do Amaral; a pesquisadora do Centro de Referência em Inteligência Empresarial (CRIE/COPPE/UFRJ), Luciana Sodré Costa; a Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro Cristiana Mendes Carvalho de Oliveira; e a representante do projeto Cuidado, Tânia da Silva Pereira.

Do MPRJ foram empossados o coordenador e a subcoordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude (CAO Infância/MPRJ), respectivamente Promotores de Justiça Rodrigo César Medina da Cunha e Allyne Tavares Giannini; e as Promotoras de Justiça Viviane Alves Santos Silva, Luciana Pereira Grumbach Carvalho e Gabriela Brandt de Oliveira.

Sobre as expectativas em relação ao trabalho que será desenvolvido no OBNAD/IERBB/MPRJ, os conselheiros manifestaram entusiasmo pela causa. “Me sinto no dever de contribuir para o OBNAD”, disse Carlos Berlim. “Estou empolgada e com as melhores expectativas”, afirmou Tatiana Valéria. “É uma iniciativa essencial para pensarmos mudanças significativas na adoção e no acolhimento”, disse Douglas Lopes. “Precisamos de dados objetivos. Será muito bom termos pesquisas sérias para que todos os grupos possam trabalhar”, ressaltou Sérgio Luiz Ribeiro.



PGJ recebe a Medalha do Mérito da Procuradoria-Geral do Estado

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, recebeu em seu gabinete, no dia 24/9, das mãos do novo Procurador-Geral do Estado, Bruno Dubeux, a Medalha do Mérito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio (PGE), honraria concedida pelo Conselho Superior da PGE por serviços prestados ao Estado do Rio. A honraria foi de iniciativa do Procurador-Geral Rodrigo Zabão, que ocupou a chefia da PGE-RJ no ano de 2018. Também participaram do encontro o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira, os Subprocuradores-Gerais do Estado, Flávio Willeman e Rafael Rollim, e o Procurador do Estado Cláudio Pieruccetti, chefe de gabinete da PGE.

De acordo com o PGJ, a concessão da Medalha do Mérito da PGE representa o reconhecimento pela atuação integrada do MPRJ com as Instituições coirmãs. “Todos integramos a administração pública do Estado do Rio de Janeiro. Todos somos servidores públicos, portanto, respeitando as peculiaridades de cada Instituição, temos que buscar a construção de uma visão sistêmica que contribua para o crescimento e progresso do Rio de Janeiro”, destacou Gussem.

Bruno Dubeux, que fez questão de ir ao MPRJ poucos dias depois de tomar posse, destacou o papel desenvolvido pelo PGJ no fortalecimento e no aprimoramento do

diálogo entre as instituições. “É fundamental ter esse saudável diálogo institucional, com todos atuando juntos, cada um em sua área de atribuição e respeitando suas limitações, mas tentando avançar e apresentar soluções nas diversas áreas do Estado. Nós temos o compromisso assumido de tentar contribuir para dar tranquilidade institucional ao Estado, para que ele possa avançar, solucionando problemas e atendendo aos legítimos interesses do povo fluminense”, afirmou o Novo Procurador-Geral do Estado.

Após o encontro, a equipe da PGE visitou as instalações do Laboratório de Inovação (Inova/MPRJ), do Centro de Pesquisas (Cenpe/MPRJ), e da Coordenadoria de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (CADG/MPRJ), responsável pela plataforma digital “MPRJ em Mapas”. O coordenador da CADG/MPRJ, promotor de Justiça Sidney Rosa, demonstrou aos procuradores do Estado as funcionalidades do sistema, que reúne e processa informações sobre as diferentes áreas de atuação do MPRJ, utilizando-se de inteligência artificial e ciência de dados. O “MPRJ em Mapas” é um conjunto de ferramentas e plataformas de análise, diagnóstico e georreferenciamento focadas na construção e visualização de conhecimento instrumental para a atividade-fim do MPRJ, reunindo em sua equipe estatísticos, geógrafos, desenvolvedores de software e de inteligência artificial, designers e analistas de Business Intelligence. O trabalho é voltado para a criação de conhecimentos a partir do cruzamento de múltiplas bases de dados e da construção de ferramentas para compartilhamento de informações, gestão e diagnóstico de órgãos de execução.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABORTO

47-56, 488, 491, 500, 515, 525-528, 531, 533-534, 536, 538, 540, 547, 551, 597, 608-609;

ABSPRACHE

161-163, 177-182, 184-186, 188, 190, 192-193;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

141, 209-221, 226-227, 231-235;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

161-171, 173-174, 177, 186, 191-194, 210, 216, 227;
ADPF 442
47-51, 56;

ALEMANHA

23, 72-73, 142, 162, 163-164, 177-178, 180, 190, 504-505, 547;

APLICABILIDADE

33-34, 38-39, 52, 57, 61, 64, 73, 139-140, 161, 175-178, 241, 250, 268, 294, 331, 346, 384;

ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO

119-120, 123-124, 174;

ART. 28-A, CPP

162, 165, 227;

CADH

57-66, 68-75, 77, 79-85;

CIDADANIA

52, 88, 96, 301-303, 318, 326, 337;

CONTRATO DE GESTÃO

237-238, 241-246, 248-249, 251-255, 257-260, 262-267;

CORTE

23, 32-34, 39, 48, 55, 57-75, 77, 79-91, 109, 143-145, 147, 163, 169, 178-181, 188-189, 200, 261, 316-317, 340, 342, 344, 362-363, 368, 370, 372, 382, 391, 396, 398, 400, 405-407, 413-415, 417, 421, 427, 429, 431-434, 440-441, 444-446, 453, 455-456, 458-460, 462-480, 482-485, 487-488, 501-507, 509, 511-

513, 516-524, 526, 531-532, 534, 537-541, 543-548, 551-557, 560-592, 596, 600-603, 612-613;

DECISÕES DE ARQUIVAMENTO

119, 125;

DECRETOS DE CONTINGENCIAMENTO

195-196, 200;

DIREITO

20-47, 50-75, 77-91, 93-118, 122-123, 129-133, 135-136, 139-145, 154, 156, 158, 161-169, 171-175, 1770-185, 187, 189-195, 200-207, 209-219, 221-222, 225-235, 237, 239-245, 247, 249, 251, 255-256, 259-263, 268-269, 273, 275, 282-283, 287, 293-298, 301-305, 311-313, 315-320, 322-329, 331, 334, 336-337, 339-342, 345-346, 355-356, 379-380, 383, 387-390, 393-395, 397-398, 400-403, 407, 409, 411, 415, 421-422, 437-438, 440, 442, 448-449, 453, 455-463, 465, 467, 469-472, 475, 477, 481-488, 491, 499-511, 513-518, 520, 523-544, 546-553, 555-560, 562-563, 565-573, 576, 579-613;

DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

20, 44, 93, 97, 100, 103, 110, 112, 114-115;

DISCIPLINA NORMATIVA

195-197;

EXCEÇÃO

33, 48, 53, 67-68, 74, 123, 148, 151, 206, 256, 274, 293-299, 341-342, 354, 418, 466-468, 470-471, 475, 480, 484, 499, 501-502, 504, 511, 517, 523, 546-547, 552, 556, 568, 580-581, 597-598, 602, 606;

FUNDOS PÚBLICOS

195-198, 200, 203-206;

FUNDOS PÚBLICOS FILANTRÓPICOS

195-196;

GESTÃO

19, 134, 150, 195-200, 202-203, 205-206, 223-224, 237-238, 241-246, 248-255, 257-260, 262-267;

GRAVIDEZ

47-49, 51-52, 478, 481, 484, 487-489, 491-498, 500, 502, 519, 522, 532, 534, 536, 540, 545, 549, 552, 554, 557, 561, 563-567, 571, 586-587, 609;

IMAGINÁRIO SOCIAL

301-305;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

209-217, 219-226, 228-232, 234, 235, 333-334, 336-337, 339, 345, 439, 442-443, 445, 448-449;

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

19-26, 28, 39-42, 131;

INCONSTITUCIONALIDADE

26, 29, 31, 47-48, 51, 131, 213, 251, 278, 315, 319, 321, 326, 328, 372, 375-379, 381, 383-387, 390-391, 401, 464-465, 467-468, 480-482, 486, 548, 552, 556, 575;

INQUÉRITO POLICIAL

81, 119-122, 124-125, 170, 174, 424-425;

INTERAMERICANA

57-60, 62-64, 66-75, 81-91, 143, 317, 453, 455, 458, 460, 462, 464-466, 468, 470, 472, 478-479, 488, 501, 510, 516, 520, 524-531, 554-555, 557-559, 574, 581, 586, 590-592, 597;

JUSTIÇA NEGOCIAL

161-163, 177, 186, 189;

LEGITIMIDADE CONCORRENTE

209, 220;

LEI MODERNA

301, 303;

LEI ORGÂNICA NACIONAL

120;

LIMITES

20, 35, 44, 57-58, 70-72, 81, 84, 86, 96, 114-115, 133, 139-140, 143-145, 147, 151, 154, 185, 188, 190-191, 202, 205, 209, 211, 221-222, 227, 237-238, 265-266, 294, 297, 299, 322, 329, 370, 402, 559, 573;

LIMITES DA OMISSÃO LEGISLATIVA

237-238;

LINGUAGEM

140, 293-298;

OBRIGAÇÕES

51, 53, 57-58, 61-66, 71, 75, 80-83, 85-86, 88, 91, 166, 198, 247-248, 253-254, 317, 506, 559, 571, 583, 587-588;

ORGANIZAÇÃO SOCIAL

101, 237-238, 240-246, 248, 250-255, 257, 259-260, 262-264, 266;

PACOTE ANTICRIME

119, 161, 176, 186, 192, 210-212, 219;

PEC 187/19

195-196, 205-206;

PENAL

19-21, 28-30, 32-40, 42-45, 47-58, 61-69, 71-75, 78, 80-91, 107, 119-124, 127-128, 130, 161-194, 209-210, 214-217, 220-222, 225-229, 233-235, 248, 260, 279-281, 312, 315, 321, 361-368, 372, 377, 382, 385, 393-403, 405-406, 408-414, 417-422, 424, 426-427, 429-436, 438, 526, 534, 548;

PLEA BARGAINING

161-163, 177-178, 186-190, 194;

PODER

52-53, 55-56, 60, 71, 73, 81-82, 84-85, 98, 119-120, 122, 124-127, 131-132, 134, 141, 157, 178, 182, 188-189, 197-199, 205-206, 213-216, 218, 225-226, 228-230, 240-241, 243, 245-251, 256, 258, 261-262, 264, 267, 273-274, 276-278, 280-281, 288, 293, 296, 298, 304, 322, 324, 236, 334, 337, 340-341, 375, 379-383, 387-389, 410, 416-417, 482, 484, 499, 513, 542-543, 549, 571, 573, 585;

OSITIVAS

57-58, 61-62, 64, 66, 71, 75, 80-83, 85-86, 88, 228, 323, 559;

POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE AMICUS CURIAE

130;

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS OBRIGATÓRIOS

129-131, 135;

PROCESSO ADMINISTRATIVO

129-130, 135-137, 237, 245-246, 251, 259, 309, 377, 385-386;

PROCESSO CIVIL

19-25, 27-30, 33-36, 38-45, 93, 104, 116,
130, 136, 213, 215, 226, 283, 337, 339,
344-345, 355, 372, 440, 442-443, 445;

PROCESSO PENAL

20-21, 28-30, 32-40, 43-45, 57, 80, 119,
121, 128, 130, 161, 163-165, 172-175,
177-181, 183, 187, 190-194, 210, 215-216,
225-226, 234-235, 361, 363, 365, 367-
368, 400, 405-406, 410, 412-414, 417,
420, 422, 424, 427, 429-432, 434-436;

RECEITA DOS FUNDOS PÚBLICOS

196;

RESOLUÇÃO DE CONFLITO

20-21, 44, 139-140, 143-144, 154-155,
187;

SANÇÃO ACORDADA

209, 225;

SANÇÕES

107, 209-218, 220-229, 231-232, 234-
235, 237, 259-260, 267, 269, 312, 481,
500;

SOBERANIA

52, 72, 82, 84, 101, 108, 135, 256, 293-
295, 298-299, 303;

TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

130-131, 135;

TUTELA COLETIVA

93, 95, 106, 333-334, 336-342, 346-347.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Torezani
Coordenação-Geral
Aginaldo Alves
Controle Administrativo
Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção
Anderson da Rocha
Revisão
Patrícia Marques
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br