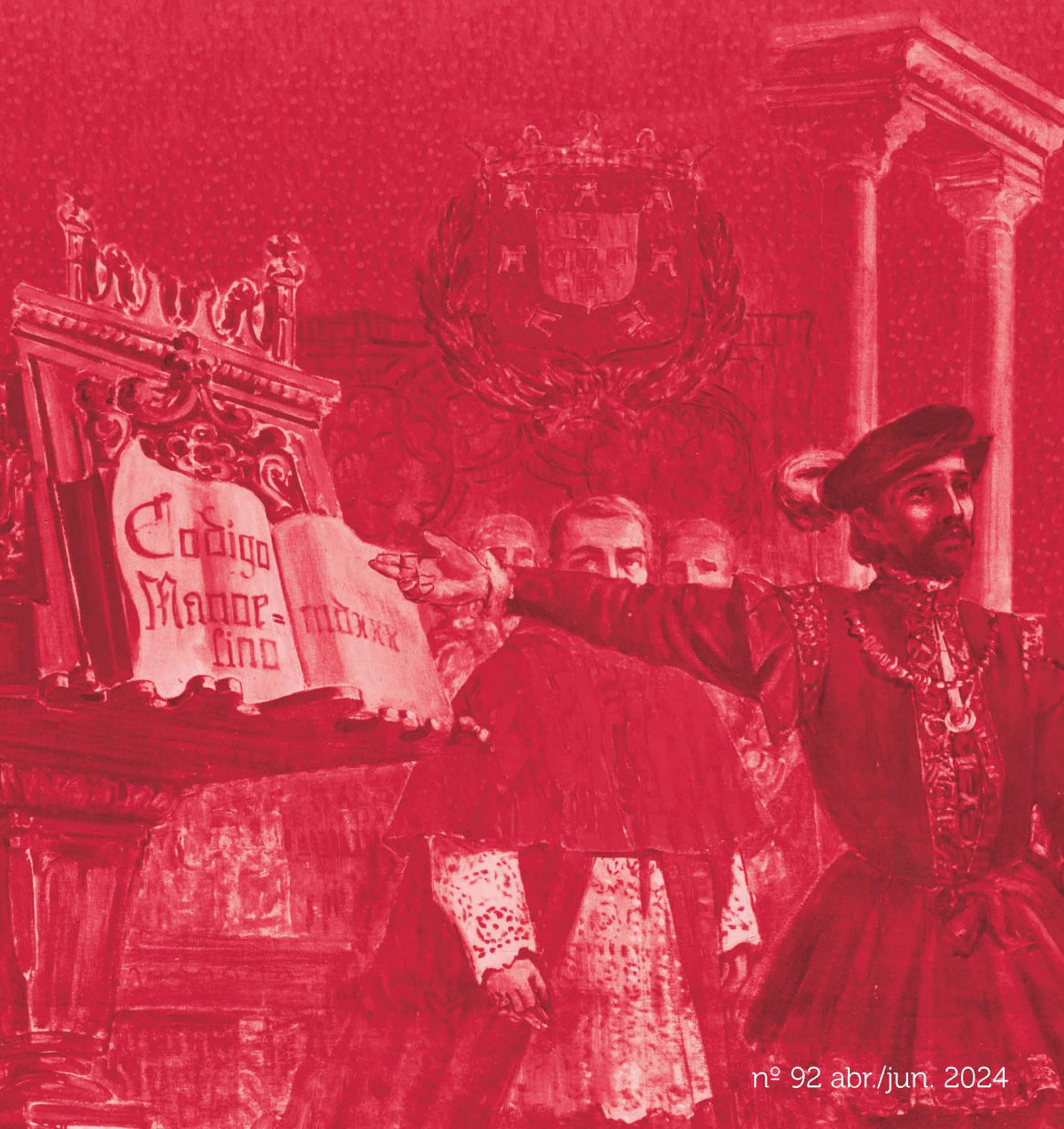
ISSN 1413-3873

Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro



nº 92 abr./jun. 2024

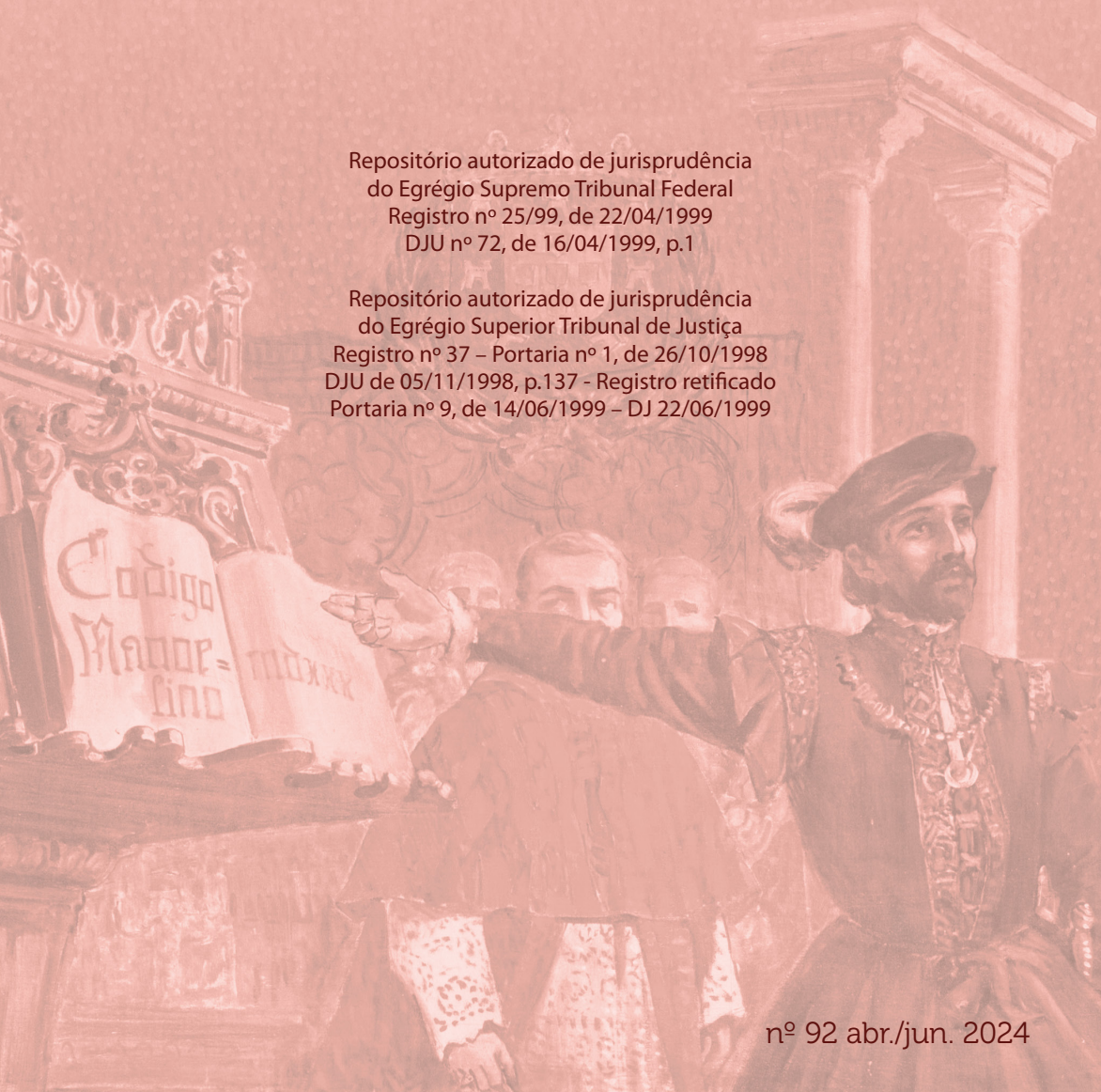
Revista do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1413-3873

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 92 abr./jun. 2024

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara
Antônio do Passo Cabral
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Clarissa Diniz Guedes
Fernanda Medina Pantoja
Fredie Didier Jr.
Guilherme Peres
Guilherme Sandoval Góes
Marcelo Machado Costa Lima
Márcio Carvalho Faria
Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis
Ronaldo Cramer
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 Hitórico 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:* rmp@mprj.mp.br

Catalogação 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

1995-2023 (1 - 90)
2024 (91, 92
ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

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

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

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

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

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

David Francisco de Faria
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Márcio Klang
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
José Roberto Paredes
Nelma Gloria Trindade de Lima
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
Fátima Maria Ferreira Melo

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Rita de Cássia Araújo de Faria
Walberto Fernandes de Lima
Luciana Sapha Silveira
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Patricia Mothé Glioche Béze
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

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

Segunda Turma

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

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

Ingressamos no segundo trimestre do ano de 2024 com poucas notícias globais alvissareiras. Os conflitos armados mais propagados pela mídia continuam dizimando inocentes e envolvendo mais países, fato que contribui para aumentar o receio de uma terceira guerra mundial. As propostas de cessar-fogo, retoricamente alardeadas pelos veículos midiáticos, não se concretizam à falta de organismos internacionais com efetivo poder de comando. O Tribunal Penal Internacional, por exemplo, instaura processos, inclusive com a expedição de mandados de prisão inconcretizáveis. A desigualdade social se agrava pelo crescimento migratório desordenado de refugiados de vários pontos do planeta em busca de melhor qualidade de vida ou de sobrevivência. Paralelamente a esse quadro desesperador, partidos extremistas enaltecem a xenofobia, estimulando um sentimento de repulsa aos que buscam um lugar digno para viverem.

A questão climática, caracterizada pelo descomunal aumento de gases do efeito estufa e pelo desmatamento desenfreado de florestas, toma, também, lugar de destaque nas manchetes dos jornais e noticiários de TV e da *internet*, mostrando, agora, de forma mais contundente, as nefastas consequências no nosso próprio território, com a inundação de quase todo um estado, como o Rio Grande do Sul. Quantos anos serão necessários para a recuperação total daquela importante unidade da Federação? E no Pantanal, uma verdadeira muralha de fogo se formou em torno da cidade de Corumbá, num incêndio devastador que destrói impiedosamente um santuário ecológico da nação brasileira.

Finalmente, especialistas em IA falam sobre a facilidade de manipular áudios e vídeos nas campanhas para as eleições municipais que se realizarão no Brasil no final deste ano. O assunto é grave e exigirá uma fiscalização rigorosa dos órgãos públicos competentes, enquanto aguardamos uma legislação específica para regulação e controle das *fake news* e das *deepfakes*. O período pré-eleitoral demandará, portanto, de todos os Promotores de Justiça, que estejam exercendo funções eleitorais, uma atenção redobrada em termos de fiscalização e de atuação, no manejo das ações judiciais cabíveis, contra todo tipo de propaganda ilegal capaz de conspurcar a lisura das eleições e de influenciar negativamente os votos dos eleitores.

Focalizando-se esta edição da Revista, que compreende o segundo trimestre de 2024, os leitores poderão desfrutar, na seção de Doutrina, de artigos que abrangem diversas áreas do Direito, conforme se vê pelos títulos: "Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz"; "A importância do Ministério Público na fiscalização da política pública de cotas raciais – comissões de verificação"; "Extinção da pena e hipossuficiência do apenado: considerações sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a posição institucional do Ministério Público do Estado do Ceará"; "As Diretivas Antecipadas da Vontade – 'Testamento Vital' e o 'Mandato Duradouro': a gestão da saúde humana"; "Prova indiciária suficiente no processo penal"; "Lei nº 14.811/2024: um paradigma para

a salvaguarda da infância e juventude – inovações nos crimes de *bullying*, *cyberbullying*, no ECA e na Lei dos Crimes Hediondos"; "Os poderes probatórios do juiz na visão de Jordi Ferrer Beltrán: contribuições para o estagnado debate na doutrina brasileira"; "A vulnerabilidade linguística como um direito básico do consumidor: diálogos possíveis entre o Direito e a Linguagem"; "Alimentos gravídicos: um prisma feminista para a atuação da (o) Promotor (a) de Justiça" e "Desastre socioambiental – Ministério Público, Defesa Civil e a garantia de direitos". Este último artigo, por exemplo, se relaciona diretamente com o gravíssimo problema ambiental que enfrentamos no nosso país.

No Observatório Jurídico, os dois textos abordam temas atualíssimos e se aplicam à realidade de países cujas democracias ainda não alcançaram o grau de amadurecimento desejado. O primeiro, com viés político, intitula-se "O Estado de Direito sustentável"; o segundo, com visão econômica, trata do "Retrocesso econômico e revogação da desoneração da folha".

No Observatório Filosófico, a reflexão "sobre o fanatismo religioso e seus efeitos negativos no processo eleitoral brasileiro", aponta para o risco de um *quase poder religioso* nas eleições municipais que se avizinham no Brasil.

E no Observatório Literário, o artigo "Sacher-Masoch e a subversão desejante do contrato".

Nas "peças processuais", destacam-se o parecer da Consultoria Jurídica do *Parquet* estadual, onde se esclarece a importância do "Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro", visando "orientar as ações da Instituição, alinhando suas atividades com as demandas da sociedade e os princípios institucionais"; e o parecer ministerial em apelação cível sobre tema recorrente em nossa sociedade, ou seja, "o limite de idade para ingresso no serviço público".

Em seguida, "Memória Institucional" e "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça". E a "Jurisprudência Internacional" apresentando o "Caso Poblete Vilches e Outros *vs*. Chile". Finalmente, o "Noticiário", figurando como notícia marcante, no atual momento político brasileiro, a criação, por parte do MPRJ, do "Núcleo de Apoio e Assessoramento às Promotorias Eleitorais".

Desejamos aos nossos leitores proveitosos momentos de leitura e de reflexão, e agradecemos aos autores que contribuíram com textos brilhantes para que esta edição viesse a lume. Reiteramos, outrossim, o pedido de envio de artigos e peças processuais para publicação na Revista.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz

Edilson Vitorelli **19**

A importância da atuação do Ministério Público na fiscalização da política pública de cotas raciais – comissões de verificação

Fernanda Nicolau Leandro Terciotti **49**

Extinção da pena e hipossuficiência do apenado: considerações sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a posição institucional do Ministério Público do Estado do Ceará

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira **87**

As Diretivas Antecipadas da Vontade – "Testamento Vital" e o "Mandato Duradouro": a gestão da saúde humana

Maria Fernanda Dias Mergulhão **101**

Prova indiciária suficiente no processo penal

Pedro Eularino Teixeira Simão **109**

Lei nº 14.811/2024: um paradigma para a salvaguarda da infância e juventude – inovações nos crimes de *bullying*, *cyberbullying*, no ECA e na Lei dos Crimes Hediondos

Renee do Ó Souza
Luiz Fernando Rossi Pipino
Andrea Walmsley Soares Carneiro **141**

Os poderes probatórios do juiz na visão de Jordi Ferrer Beltrán: contribuições para o estagnado debate na doutrina brasileira

Robson Renault Godinho **161**

A vulnerabilidade linguística como um direito básico do consumidor: diálogos possíveis entre o Direito e a Linguagem

Tadeu Luciano Siqueira Andrade
Luciano Mello de Carvalho **179**

Alimentos gravídicos: um prisma feminista para a atuação da(o) Promotor(a) de Justiça

Viviane Alves Santos Silva **193**

Desastre socioambiental – Ministério Público, Defesa Civil e a garantia de direitos

Zilda Januzzi Veloso Beck
Gil Correia Kempers Vieira
Alexandre Luís Belchior dos Santos **207**

Observatório Jurídico

O Estado de Direito sustentável

Emerson Garcia **229**

Retrocesso econômico e revogação da desoneração da folha

Ives Gandra da Silva Martins **231**

Observatório Filosófico

Refletindo sobre o *fanatismo religioso* e seus efeitos negativos no processo eleitoral brasileiro

Adolfo Borges Filho **237**

Observatório Literário

Sacher-Masoch e a subversão desejante do contrato

Rogério Pacheco Alves **249**

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Processo administrativo iniciado a partir do recebimento de um ofício da Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, em que encaminha a revisão do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro. O Planejamento Estratégico Nacional é um documento estrutural que estabelece diretrizes, objetivos e metas para a atuação do Ministério Público

Federal e Estadual em todo o país. Esse planejamento visa orientar as ações da Instituição, alinhando suas atividades com as demandas da sociedade e os princípios institucionais.

Emerson Garcia **277**

Parecer. Processo Judicial. Apelação Cível. 5ª Câmara de Direito Público. Eliminação do candidato do concurso público devido ao limite etário estabelecido no edital. Ausência de lei específica que restrinja o direito fundamental de acesso ao trabalho. A limitação imposta pelo edital não possui base legal, configurando uma restrição inadequada aos direitos fundamentais. O limite de idade para ingresso no serviço público só é legítimo quando relacionado à natureza e às atribuições do cargo, o que não se aplica ao caso. Nessa hipótese, o direito de participar do concurso deve ser garantido.

Luiz Fabião Guasque **283**

Memória Institucional

Nota Introdutória **295**

História em Destaque

A gênese e a história **297**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA. STF. AG. REG. no *Habeas Corpus* 191.464 Santa Catarina. Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. Direito Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Acordo de não persecução penal (art. 28-a do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia.

STF. AG. REG. no Habeas Corpus 191.464 Santa Catarina, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11/11/2020, Dje **303**

Jurisprudência Civel

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS. STF. ADI 4.346 Minas Gerais. Plenário. Min. Roberto Barroso. Redator do Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar

65/2003, do Estado de Minas Gerais. Autonomia funcional da Defensoria Pública. Previsão legal do poder de requisição de documentos e diligências para o exercício de suas atribuições constitucionais. Desproporcionalidade e ausência de adequação na previsão de requisição de instauração de inquérito policial. Matéria de Direito Processual. Competência Privativa da União. Inconstitucionalidade.

ADI 4346, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 13/03/2023, Dje 10/04/2023 ..... **313**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.197 / DISTRITO FEDERAL. STF. ADI 7.197 Distrito Federal. Plenário, Rel. Ministra Cármen Lúcia. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Eleitoral. §10 do art. 11 da Lei n. 9.504/1997. §3º do art. 174 da Lei n. 4.737/1965. Súmula n. 70 do Tribunal Superior Eleitoral. Marco temporal para aferição das causas de inelegibilidade. Alterações supervenientes ao registro da candidatura. Dia da eleição como data limite. Alegada ofensa ao princípio da isonomia não caracterizada. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga improcedente. .

ADI 7197 DF, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, J. 27/11/2023, DJe 07/12/2023 ..... **337**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 2004998 / RIO DE JANEIRO (2022/0162714-9). STJ. AgRg no Recurso Especial nº 2004998-RJ (2022/0162714-9). Agravo Regimental no Recurso Especial. Homicídio qualificado tentado e resistência. Pleito de absolvição com fundamento em revaloração subjetiva da prova dos autos. Não cabimento de revisão criminal como nova apelação. Soberania dos veredictos. Precedentes. Agravo Regimental desprovido.

AgRg no REsp n. 2.004.958/RJ, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/06/2023, DJe de 29/06/2023 ..... **361**

Jurisprudência Cível

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.130.619 / SÃO PAULO (2022/0152262-2). STJ. Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619 - SP. Processual Civil e Administrativo. Indenização por dano moral. Vazamento de dados pessoais. Dados comuns e sensíveis. Dano moral presumido. Impossibilidade. Necessidade de comprovação do dano.

AREsp n. 2.130.619/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 07/03/2023, DJe de 10/03/2023 ..... **375**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.422 / SÃO PAULO (2017/0110208-3). STJ. Recurso Especial nº 1.671.422 – SP. Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Direito de família. Casamento. Alteração do regime de bens de separação total para comunhão universal. Retroação à data do matrimônio. Eficácia "*ex tunc*". Manifestação expressa de vontade das partes. Corolário lógico do novo regime. Recurso Especial provido.

REsp n. 1.671.422/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/04/2023, DJe de 30/05/2023 ..... **389**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **409**

Caso Poblete Vilches e Outros *vs*. Chile **411**

Noticiário

MPRJ cria o Núcleo de Apoio e Assessoramento às Promotorias Eleitorais **521**

MPRJ e Secretaria de Estado de Segurança Pública unem esforços para atuar em investigações sensíveis **523**

PGJ participa de evento de combate à cibercriminalidade do CNMP, em Brasília **525**

PGJ apresenta o Painel de Monitoramento de Operações Policiais do MPRJ para a Ouvidora Nacional do CNMP **527**

PGJ participa da solenidade de posse do novo Presidente do CNPG, Jarbas Soares Junior **529**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **531**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz

From scientific education to an expert consultant: practical answers for the problem of the judge`s analysis of expert evidence

Edilson Vitorelli*

Sumário

1. Problema. 2. Tipologia tripartite da complexidade da prova pericial. 3. Imparcialidade, contraditório e ônus da prova como não respostas ao problema proposto. 4. Soluções para a prova pericial de baixa complexidade. 5. Soluções para a prova pericial de média complexidade. 6. Soluções para a prova pericial de alta complexidade. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo aborda o problema da tomada de decisão judicial baseada em prova pericial. Propõe-se um esquema de solução tripartite e progressivo, considerando o nível de complexidade da questão periciada. São sugeridas medidas práticas que variam desde o incremento da educação científica dos magistrados, passando pela qualificação do contraditório, da oralidade e da consensualidade relativamente à perícia. Para casos de alto nível de complexidade, são sugeridas medidas inovadoras, como a introdução de um consultor técnico pericial. As medidas debatidas são ilustradas com casos nacionais e experiências estrangeiras.

Abstract

This paper analyses the issue of judicial decision-making based on expert evidence. It proposes a trifold scheme, taking into consideration the level of complexity of the

* Pós-Doutor em Direito pela UFBA, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em Direito pela UFPR. Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela UFMG. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Professor Adjunto na Universidade Federal de Minas Gerais, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. É o único autor brasileiro vencedor do prêmio "Mauro Cappelletti", atribuído pela *International Association of Procedural Law* ao melhor livro de processo no mundo.

issue. Within this framework, it suggests measures that vary from the increase of judicial scientific education, qualification of the debates, intensification of oral arguments and consensus building relatively to the methodology of the evidence. For high complexity cases, it suggests some innovative measures, including the introduction of a expert special master. The measures discussed are illustrated with cases from the Brazilian judiciary and with foreign experiences.

Palavras-chave: Prova pericial. Processo civil. Técnicas processuais Direito probatório.

Keywords: *Expert evidence. Civil procedure. Procedural techniques. Evidence law.*

1. Problema

O problema geral ao qual este trabalho se dedica não é novo, mas permanece sendo cotidiano no sistema jurisdicional: a tomada de decisão judicial, quando a questão controvertida é predominantemente dependente de conhecimentos técnicos especializados de natureza não jurídica. Em outras palavras, trata-se do caso em que a análise pericial é o elemento mais importante para definir a procedência ou improcedência do pedido.

Essa situação se apresenta a juízes em diversos níveis de complexidade. Desde situações corriqueiras, como uma aposentadoria por invalidez, até cenários em que há dois ou mais laudos técnicos no processo, chegando a conclusões distintas, as quais, se adotadas pelo julgador, implicariam decisões judiciais opostas. A dificuldade imbricada nesse cenário foi percebida, em 1901, por Learned Hand, um dos mais icônicos juízes e autores do sistema norte-americano: "O propósito do perito é dizer ao júri não os fatos da causa, mas as verdades gerais derivadas da sua experiência especializada. Mas como pode o júri decidir entre duas declarações periciais distintas, cada uma fundada em uma experiência confessadamente alheia à sua própria?"[1]

Dito de outro modo, o que Hand percebeu foi um paradoxo que é inerente à controvérsia pericial. Nem sempre a análise científica, seja ela qual for, será unívoca. A ciência não segue, em todas as ocasiões, uma lógica binária, segundo a qual sempre haverá uma opção verdadeira e uma falsa entre duas opiniões. Há cenários – e eles são mais comuns do que usualmente se imagina - em que a precisão de determinada conclusão é sensível a sutis alterações de premissas e de metodologia, que não podem

[1] *"The whole object of the expert is to tell the jury, not the facts, as we have seen, but general truths derived from his specialized experience. But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all… The truth of either combating proposition lies just in its validity as an inference from a vast mass of experience... as to the truth of which trained powers of observation are quite essential, the result themselves of a life of technical training. What hope have the jury, or any other layman, of a rational decision between two such conflicting statements each based upon such experience?"* HAND, Learned. *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*. Harvard Law Review, vol. 15, p. 40–58, 1901, citação p. 54.

ser apenas rejeitadas como falsas. Há, entre os juristas, uma certa crença ingênua de que, nas ciências, é sempre possível definir "tecnicamente", qual é a resposta certa e qual é a resposta errada a uma questão.

O problema é que, mesmo quando a controvérsia pericial acontece, espera-se que o juiz tome uma decisão. Porém, como notou Hand, essa expectativa é uma contradição em termos: se a própria razão de ser da prova pericial é que o juiz não detém o conhecimento necessário para definir a questão, como pode ele ser o encarregado de desempatar a divergência entre dois peritos? Utilizando o conhecimento que ele confessadamente não tem?

Este artigo pretende sugerir algumas soluções possíveis para esse dilema, ponderando a necessidade de se alocar apropriadamente os limitados recursos jurisdicionais com a demanda de tomada de decisão tecnicamente correta, especialmente nos casos mais complexos.

2. Tipologia tripartite da complexidade da prova pericial

O contexto no qual este trabalho desenvolve-se pode ser concretizado em três níveis de complexidade de questões técnicas submetidas a análise pericial, mais ou menos cotidianos na praxe forense, todos eles com relevância prática.

O primeiro nível pode ser ilustrado pelos milhares de casos pendentes perante o Poder Judiciário, de pessoas que pretendem obter benefícios previdenciários por incapacidade laboral. Elas fazem juntar ao processo diversos laudos médicos, emitidos por especialistas particulares ou públicos (médicos em exercício em unidades do Sistema Único de Saúde - SUS, por exemplo) que apontam a doença incapacitante. Ao mesmo tempo, outras análises médicas, feitas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e, por isso, dotadas de fé pública, indicam a sua capacidade laboral.

Por mais que essa questão aparente ser binária (ou as pessoas são capazes para o trabalho, ou não são), ela não é. A aferição da capacidade laboral está sujeita a diversas nuances médicas, que são maiores ou menores, a depender da moléstia. Doenças da coluna vertebral, tais como lombalgias, hérnias etc. têm diversos graus de afetação da vida cotidiana do paciente, que variam no tempo, com a evolução da doença, com o tipo de tratamento, a medicação utilizada, a coexistência de outras moléstias e até mesmo o nível de escolaridade do paciente, para permitir que ele se ajuste ao tratamento, dentre outros múltiplos fatores. Há também uma importante relação entre a doença e a atividade desempenhada pelo segurado, já que a incapacidade deve levar em conta o contexto profissional do trabalhador. Da nada adianta que um trabalhador rural seja fisicamente capaz de ser juiz de direito.

Essas divergências são decisivas para a solução da causa. Contudo, para os efeitos deste trabalho, como a doença implica um debate pericial razoavelmente objetivo, é possível atribuir a essa controvérsia o qualificativo de baixa complexidade, que será, aqui, o primeiro patamar de estudo.

No segundo nível estão as controvérsias periciais de média complexidade. Nessa categoria estão questões de áreas do saber em que o leigo tem dificuldades para acessar os dados subjacentes, a metodologia e, em consequência, a qualidade das conclusões. São áreas do conhecimento em que as análises necessárias são metodologicamente de difícil aferição e compreensão, salvo por pessoas altamente especializadas. Além disso, é comum que as conclusões dependam de métodos tais como coleta de elementos amostrais, análises químicas ou biológicas, relativamente às quais os resultados são sensíveis, modelos matemáticos ou estatísticos etc. Há, portanto, a construção de um raciocínio técnico multinível, resultante de diversas análises científicas subjacentes, cada uma com influência na conclusão.

Como exemplo concreto, é possível mencionar os casos relativos a avaliações de imóveis com características únicas, para fins de desapropriação. Nesse caso, a avaliação pericial é altamente sensível aos elementos amostrais coletados (imóveis paradigma) e à sua maior ou menor similaridade com o imóvel avaliando. Além disso, os métodos de se chegar à conclusão são variados, dependem de operações matemáticas razoavelmente complexas e a sua maior ou menor aderência ao caso influencia sensivelmente nas conclusões[2]. Finalmente, os dados coletados precisam passar por tratamento, o qual também é sensível à metodologia utilizada[3]. Em alguns casos, a diferença entre utilizar um ou outro método atinge cifras de milhões de reais.

No terceiro nível encontram-se as perícias de alta complexidade. São aquelas realizadas em casos singulares, para as quais não há metodologia científica previamente estabelecida. Nesse cenário, é provável que haja desacordo técnico, que possa amparar duas ou mais opiniões divergentes. Essas manifestações, por sua vez, são embasadas em ensaios e coletas de dados também de natureza complexa, usualmente envolvendo terceiros – por exemplo, laboratórios acreditados para a realização da coleta das amostras – o que faz com que a confiabilidade do resultado seja de difícil avaliação, até mesmo para um técnico. Esses são laudos que, da perspectiva do juiz, são inescrutáveis. É impossível que alguém que não tenha formação, não apenas naquela área do conhecimento (engenharia, biologia etc.), mas também na subárea específica da elaboração do laudo, seja capaz de, com mínimo grau de confiabilidade, aferir a solidez técnica do que foi feito.

Esse cenário já seria delicado se houvesse apenas um laudo no processo e a decisão judicial fosse amparada nele. Acontece que é comum que laudos complexos sejam necessários em causas envolvendo elevados valores e alto grau de litigiosidade.

---

[2] Apenas a título de ilustração, o Manual de Perícias do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo – IBAPE-SP admite cinco métodos distintos para a avaliação de bens imóveis, dependendo das circunstâncias do caso: método comparativo direto de dados de mercado, método evolutivo, método involutivo, método da capitalização da renda e método da quantificação do custo. Disponível em https://www.ibape-sp.org.br/adm/upload/uploads/1626264408-1544211226-NORMA-PARA-AVALIACAO-DE-IMOVEIS-URBANOS-IBAPESP-2011.pdf. Acesso em 7.12.22.

[3] Por exemplo, o IBAPE recomenda que "o resultado final seja ajustado através da aplicação do Fator de Ajuste ao Mercado, cuja definição fica inteiramente à cargo do próprio perito, "pode ser maior ou menor que a unidade, em função das diferentes condições do mercado em estudo, em relação às encontradas no momento de elaboração deste estudo".

Assim, a experiência tem mostrado que tais processos tendem a motivar a produção de diversos laudos técnicos sobre o mesmo assunto, seja pela atuação de peritos judiciais, seja por intermédio dos assistentes técnicos das partes, ou ainda, por terceiros, motivados pela possibilidade de serem impactados indiretamente pela decisão ou até mesmo pelo interesse na controvérsia técnica, decorrente da notoriedade do caso.

Essa situação é exemplificada por diversas controvérsias técnicas dos três maiores litígios coletivos do Brasil, os desastres de Mariana, de responsabilidade da Samarco, de Brumadinho, decorrente da atuação da Vale, e de Maceió, derivado de conduta da Braskem. Os três casos derivam de desastres na atividade de mineração e, em todos eles, a controvérsia técnica relativa aos limites do dano e às medidas de reparação aplicáveis são os maiores entraves para o desenvolvimento do processo.

Por exemplo, o juiz federal do caso Mariana reconhece, em uma das suas decisões, que "Compulsando os autos das ACPs Principais e, sobretudo, os Eixos Prioritários e os processos incidentais conexos, denota-se uma imensidade de temas e questões técnicas e científicas trazidas a juízo que, quase sempre, reclamam a produção de prova pericial"[4]. Na sequência, observa que, por vezes, "a prova técnica pericial revelou-se de altíssima complexidade, muitas das vezes sem qualquer precedente nas lides cotidianas", o que exigiu a indicação não de um perito, mas a de grandes empresas de consultoria técnica, com atuação inclusive no exterior. Apenas para que se tenha uma ideia da complexidade dos laudos elaborados nos autos, dois dos peritos do juízo são a Aecom e a Kerney Global Management Consulting Firm. A Aecom se apresenta, em seu site, como uma empresa de "aproximadamente 51.000 funcionários e é a número 157 na lista Fortune 500 de 2019"[5]. Já a Kerney foi fundada em 1926 e "possui escritórios em mais de 90 países e é considerada uma das maiores empresas de consultoria do mundo". Sua receita no ano de 2019 foi de US$ 1,9 bilhão[6].

Também a título de exemplo, considere-se que uma das controvérsias periciadas pela Aecom, no caso Mariana, é a eventual contaminação do pescado do Rio Doce e do mar pelos rejeitos que foram despejados da barragem, para determinar se e em que medida ele é próprio para consumo humano. Isso envolve uma série de coletas de dados químicos e biológicos, em um conjunto de variáveis, tais como o volume de água do rio, que influi na concentração de sedimentos, a análise da qualidade da água e dos metais nelas encontrados, a avaliação de toda a cadeia alimentar do rio, dado que o peixe pode não conter contaminantes hoje, mas eles podem estar presentes nos alimentos que os cardumes venham a consumir com o tempo, dentre diversas outras questões.

A análise já seria difícil se a questão não fosse altamente litigiosa, mas ela é. De um lado, para as instituições que representam a população, como os ministérios públicos e defensorias públicas, assim como para os governos estaduais e federal, o resguardo à saúde das comunidades é central. Para as empresas, o custo decorrente

[4] Autos 1024354-89.2019.4.01.3800, decisão de 22.4.22.
[5] www.aecom.com. Acesso em 10.12.22.
[6] www.kearney.com. Acesso em 10.12.22.

da conclusão de que o pescado não pode ser consumido é elevadíssimo, dado que isso impactaria em toda a cadeia produtiva e econômica de cidades inteiras.

É por isso que a avaliação da Aecom, conquanto seja uma das empresas mais especializadas do mundo e seja perita do juízo, não bastou. Ela não é a única avaliação juntada aos autos, nem é incontroversa entre as partes. A Fundação Oswaldo Cruz, por exemplo, publicou estudo afirmando ter encontrado contaminações no pescado do Rio Doce[7]. Por outro lado, a Fundação Renova, entidade criada para realizar a reparação dos danos derivados do desastre, afirma que o Rio Doce é "o rio mais monitorado do Brasil"[8] e divulga em seu site resultados de monitoramento que apontam para a inexistência de contaminações derivadas do desastre[9]. Na opinião da empresa, assim como dos réus, os contaminantes do pescado do Rio Doce são os mesmos encontrados em toda a costa brasileira.

E, recorde-se, a questão do pescado não é a única controvérsia tecnicamente complexa do caso. Há muitas outras como, por exemplo, o risco à saúde humana decorrente da exposição aos poluentes, a quantidade de lama que deve ser retirada do Rio Doce para permitir a sua recuperação ecológica etc.

Em situações desses moldes, é possível afirmar que a solução dos arts. 375 e 479 do CPC, segundo os quais o juiz avaliará a prova de acordo com as regras de experiência comum e técnica e indicará, na fundamentação, "os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito", beira o ridículo. É absolutamente impossível que um bacharel em direito seja capaz de considerar criticamente os métodos utilizados nesse tipo de perícia, para aferir qual é o mais consistente, adotando-o, bem como explicando quais são os defeitos metodológicos dos laudos concorrentes, que os desqualificam.

Insistir nesse tipo de solução é desconhecer a realidade. Não há pó mágico na toga, capaz de fazer com que alguém compreenda discussões sobre uma área do conhecimento que não domina.

3. Imparcialidade, contraditório e ônus da prova como não respostas ao problema proposto

Há três possíveis respostas, nos escritos dos estudiosos de processo, que auxiliam no endereçamento do problema proposto, mas são incapazes de solucioná-lo completamente. A primeira resposta é atribuir peso maior à análise do perito, dada a sua imparcialidade. Essa solução, como facilmente se percebe, desvia o problema da compreensão do conteúdo da prova para a confiança que o juiz nutre em quem a elaborou. Em vez de entender, o juiz confia. Os assistentes técnicos das partes, por

[7] Estudo disponível em https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-contaminacao-por-metais-em-peixes-do-rio-doce. Acesso em 10.12.22.
[8] Ver https://www.fundacaorenova.org/release/fundacao-renova-monitora-a-qualidade-da-agua-do-rio-doce-em-tempo-real-2/. Acesso em 10.12.22: "A bacia do Rio do Doce se torna a mais monitorada do país. São 22 estações automáticas e 92 pontos de coleta de dados ao longo de Minas Gerais e Espírito Santos".
[9] O painel de monitoramento está disponível em https://monitprd.fundacaorenova.org. Acesso em 10.12.22.

serem interessados no resultado do processo, são menos confiáveis e, portanto, suas conclusões devem ser vistas com reservas. Afinal, ninguém juntaria aos autos uma análise de qualquer assistente técnico que fosse contrária às suas próprias pretensões. A decisão judicial é, como regra, quanto ao fato periciado, apenas uma paráfrase do laudo.

Embora a imparcialidade do perito seja parte da resposta, ela não pode ser toda a resposta. Se assim fosse, a nomeação de assistentes técnicos seria inútil, assim como a previsão legal de segunda perícia. Esses institutos só existem porque há possibilidade de que, conquanto imparcial, o perito não seja capaz de fornecer a resposta certa para o caso.

Em segundo lugar, peritos, como quaisquer profissionais, estão sujeitos a vieses cognitivos[10] e a interesses que vão além do caso, que podem interferir na sua análise, ainda que inconscientemente. Não é incomum, por exemplo, que peritos atuem como indicados do juízo em alguns casos e como assistentes das partes, em outros bastante similares.[11] Igualmente certo é que a maioria dos peritos têm atuação privada diversa da atividade pericial, de modo que estão sujeitos à demanda de mercado. Seus interesses econômicos podem ser positiva ou negativamente afetados pelo modo como se comportam como peritos. E tudo isso pode influenciar as suas conclusões.

Também, é preciso considerar a possibilidade de que o perito seja corrupto. Na chamada "Operação Hipócritas", o Ministério Público Federal descobriu um esquema no qual diversos peritos médicos recebiam valores para emitir laudos falsos em processos trabalhistas em andamento perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região[12]. Além da ação criminal, o TRT julgou procedentes ações rescisórias ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), determinando a nulidade de decisões judiciais proferidas com base em laudos falsos, emitidos pelos peritos investigados na operação[13], decisões que foram mantidas pelo Tribunal Superior do Trabalho[14]. Porém, é impossível saber o universo total de ações indevidamente julgadas improcedentes

[10] Ver, sobre o tema, por exemplo, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. In: *Cognitive Psychology*, n. 5, vol. 2, 1973, p. 207–232; CARROLL, J. S. The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 14, n. 1, 1978, p. 88–96; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, vol. 90, n. 4, 1983, p. 293–315; NISBET, Richard E.; ROSS, Lee. *Human inference*: strategies and shortcomings of social judgment. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1980; POUNDSTONE, William. *Priceless*: the myth of fair value. New York: Hill and Wang, 2010. De modo geral, ver ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making*: An Encyclopedia of Behavioral Economics. Santa Barbara: Greenwood, 2015; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, PAUL (org.). *Judgment under uncertainty*: heuristics and biases. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; POHL, Rüdiger F. *Cognitive Illusions*: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory, Hove: Psychology Press, 2004.

[11] Apenas para citar um exemplo, a AECOM é perita do juízo no caso de Mariana e assistente técnica do Ministério Público no caso de Brumadinho.

[12] Ver https://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/operacao-hipocritas-24-pessoas-sao-res-por-fraudes-em-pericias-trabalhistas. Acesso em 19.1.23.

[13] https://www.prt15.mpt.mp.br/procuradorias/2-uncategorised/953-operacao-hipocritas-trt-15-anula-decisoes-embasadas-em-laudos-falsos. Acesso em 19.1.23.

[14] https://www.prt15.mpt.mp.br/2-uncategorised/1527-operacao-hipocritas-tst-mantem-anulacoes-de-decisoes-baseadas-em-laudos-falsos. Acesso em 19.1.23.

em razão dessas perícias. Como se nota, peritos não são imunes a desonestidade[15], apenas porque são nomeados pelo juiz.

Além disso, imparcialidade não se confunde com capacidade técnica. O perito pode ser imparcial e, mesmo assim, ser mau perito, ou seja, equivocar-se na análise. A imparcialidade não assegura que o seu trabalho é tecnicamente melhor que o do assistente técnico, assim como a parcialidade deste não é garantia de equívoco, no mérito. Se a questão for passível de solução binária, um dos assistentes técnicos concordará com o perito e outro discordará, necessariamente. Confundir imparcialidade com razão técnica implica afirmar que o assistente técnico que reafirma as conclusões do perito também seria mais confiável e tecnicamente mais qualificado que aquele que as refuta, o que é falso.

Por último, é preciso lembrar que a escolha de um perito "da confiança" do juiz significa, hoje, algo muito diverso do que já significou no passado: um perito cujo trabalho é pessoalmente conhecido e afiançado pelo juiz. Na atualidade, em varas altamente sobrecarregadas de processos, o juiz usualmente não conhece os peritos; ainda que os conhecesse, é improvável que fosse capaz de avaliar a sua confiabilidade, para além de uma percepção subjetiva e enviesada de simpatia – medidas de confiança, aliás, estão entre as mais reconhecidas como enviesadas[16]. Além disso, o próprio Código de Processo Civil prevê que as perícias devem ser distribuídas entre os experts credenciados perante o juízo de modo imparcial e objetivo, nos termos dos atrs, 156, § 1º e 157, §2º. O Código está mais preocupado com a distribuição equitativa das perícias do que com a confiança subjetiva do juiz no expert. Confiança, nesse contexto normativo, identifica-se com ausência de razões para desconfiança.

Em resumo, há razões para crer que a imparcialidade do perito contribua para a qualidade do resultado do seu trabalho, bem como para acreditar que, como regra geral, o juiz deve ser mais deferente às conclusões técnicas do perito do que às dos assistentes técnicos. Mas não se pode extrapolar essa consideração para subordinar a decisão ao resultado da perícia, nem para acreditar que, apenas porque é escolhido pelo juiz, as conclusões do perito são corretas ou mesmo tecnicamente melhores que as dos assistentes técnicos, em todos os casos.

Em segundo lugar, cogita-se a possibilidade de avaliação da perícia pelo juiz a partir do contraditório, ou seja, do controle intersubjetivo e argumentativo do laudo pericial, em conjunto com as partes. A pedra de toque aqui seria a possibilidade de que o laudo pericial seja escrito de forma clara e lógica, ao ponto de ser não apenas compreensível, mas também criticável pelos demais sujeitos do processo, inclusive o juiz. Conquanto ele não entenda da área técnica objeto da perícia, seria capaz de

[15] O estudo da desonestidade foi elaborado em diversas pesquisas de Dan Arielly, que estão sintetizadas em ARIELLY, Dan. Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: Harper Perennial, 2010.

[16] Ver OSWALD, Steve; HART, Christopher. Trust based on bias: Cognitive constraints on source-related fallacies. 2013. Disponível em https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA10/papersandcommentaries/125/. Acesso em 30.1.23.

entender o encadeamento lógico do argumento. Esse fundamento costuma ser complementado com a valorização, um tanto quanto abstrata, da participação do juiz e das partes não apenas na apreciação do resultado da perícia, mas também ao longo de sua produção, comparticipando das análises, das escolhas metodológicas etc[17].

Mais uma vez, o contraditório é, certamente, parte da resposta. Ao ser eleito como método de trabalho do processo contemporâneo, o contraditório representa a crença na premissa de que, como regra, o diálogo entre o juiz e os interessados na decisão contribui para a elevação da qualidade desta[18]. E é provável que as partes, devidamente munidas com os subsídios dos seus assistentes técnicos, sejam capazes de contribuir para a melhoria qualitativa da prova pericial.

Todavia, é improvável que o contraditório seja a solução para todos os níveis de complexidade levantados acima, por duas razões razoavelmente simples. Em primeiro lugar, dependendo da questão técnica, o debate entre os peritos do juízo e das partes pode ser inacessível para o juiz. Ainda que eles sejam capazes de dialogar sobre todos os elementos técnicos da análise, isso não quer dizer que chegarão a um acordo sobre suas divergências, nem de que o contraditório será suficiente para torná-las mais claras para o juiz. Por exemplo, ainda que os técnicos possam discutir sobre os métodos de aferição da contaminação por arsênico no solo, ou o seu período de latência passível de implicar contaminação humana, nada garante que as suas discordâncias sejam sanáveis, nem que o juiz será, em algum ponto, capaz de entendê-las.

Disso deriva o segundo problema: como a decisão é do juiz e não há hierarquia entre os peritos do juízo e das partes, nem do ponto de vista técnico, nem do ponto de vista processual, pouco importa o quão rico seja o debate entre os peritos, a decisão sobre os seus impasses não será tomada por eles, mas pelo juiz. Logo, se o contraditório não servir para fazer com que os técnicos cheguem a um acordo, pouco servirá para incrementar a capacidade de o juiz desempatar as suas divergências, quando a questão técnica for de difícil aferição.

Em grande medida, o contraditório é invocado para solucionar esse problema como uma espécie de categoria-zumbi, denominação cunhada por Ulrich Beck[19].

---

[17] VASQUEZ, Carmen. Prova pericial: da prova científica à prova pericial. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 454: "A produção da prova pericial, quando se trata de um peito da confiança do juiz, deve, pois, ser controlada pelas partes, garantindo-se a essas o princípio do contraditório a priori na seleção do expert que a levará a cabo, na formação da prova propriamente dita e, desde logo, - tratando-se de uma prova já formada representada (sic) no laudo pericial –, em um sistema em que as partes tenham o poder de interrogar e contra interrogar (mas em que o juiz também tenha o poder de formular as perguntas necessárias – Taruffo, 2009: 184).

[18] Para uma discussão sobre as contribuições e os limites do contraditório no processo, ver VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 3ª ed. São Paulo: RT, 2022, cap. 3.

[19] BECK, Ulrich. Liberdade ou capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 14: "Categorias zumbi são categorias mortas-vivas, que nos assombram a mente e determinam a nossa visão de realidades as quais desaparecem cada vez mais. Por mais refinado que sejam, o empirismo adquirido a partir de categorias zumbi não passa de um empirismo cego. Pois as categorias zumbi provêm do horizonte experimental do século XIX, da – como eu digo, primeira modernidade e, como orientam essa experiência analítico-aprioristicamente, cegam-nos para a experiência e dinâmica da segunda modernidade".

E, da mesma forma que o autor recomenda para a sociologia, o direito processual também precisa realizar um exame autocrítico para se perguntar até que ponto suas categorias fundamentais baseiam-se em pressupostos historicamente obsoletos. A crença de que o contraditório pode esclarecer qualquer divergência sobre os fatos é produto da aderência acrítica a um racionalismo extremado. No mundo da técnica, haverá situações em que quem não faz parte da comunidade capaz de operar com os conceitos simplesmente não consegue participar do diálogo.

A complexidade das discussões científicas atuais não é mais a do século XIX e, não raro, elas envolvem questões técnicas impenetráveis para o leigo, conforme já exemplificado. E pouco importa o momento em que esse leigo ingresse na discussão. Em outras palavras, o problema aqui não é que o leigo será incapaz de avaliar o laudo final, mas poderia compreender o problema se participasse também da escolha dos métodos, acompanhasse a colheita dos insumos, se envolvesse nos exames laboratoriais etc. Ainda que isso fosse factível – e, na realidade judicial brasileira, não é – a dificuldade permanece rigorosamente do mesmo tamanho: quem não é capaz de entender e avaliar criticamente as conclusões, provavelmente será ainda mais incapaz de acompanhar as etapas preliminares da sua formação.

Isso não quer dizer, reitere-se, que a participação das partes e do juiz durante toda a perícia seja inútil. Pelo contrário, ela é recomendável e pode ajudar a minorar as dificuldades de compreensão técnica, em alguns casos. Mas não em todos. Se o problema é de falta de condições técnicas para acompanhar o debate, a solução não pode ser reduzida apenas a produzir mais debate. Mais contraditório não é a resposta para as situações em que a nó górdio está na compreensão do conteúdo sobre o qual se contradiz.

A terceira possível solução seria a utilização de regras de ônus da prova ou de standard probatório. Se a perícia incidir sobre fato constitutivo do direito e o juiz não estiver suficientemente convencido de seus resultados, julgará contra o autor. Se a dúvida estiver em fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito, perderá o réu. Se alguma das partes tiver dificuldades probatórias, o ônus será dinamizado em seu favor. Se estiver em jogo algum direito material especialmente protegido, como o meio ambiente, o direito à saúde ou a proteção do consumidor, o ônus da dúvida será alocado para a parte poluidora ou causadora do dano. E, quem tiver o ônus e dele não se desincumbir, será derrotado.

Há, nesse raciocínio, dois equívocos. Primeiro, ele não responde à pergunta formulada, que é como o juiz pode avaliar o conteúdo técnico da perícia. O ônus da prova orienta o que fazer quando o juiz não está convencido a ponto de proferir julgamento com convicção de certeza. É, portanto, outro questionamento, relevante, seguramente, mas diverso. Ele entra em jogo depois que todas as provas já foram avaliadas e, ainda assim, a conclusão delas derivada é incerta.

Parece incorreto supor que a regra de ônus da prova deveria ser aplicada sempre que o juiz não compreender ou estiver tecnicamente inseguro do resultado da perícia. Isso alargaria impropriamente o universo da inesclarecibilidade, fazendo

com que praticamente todos os casos difíceis, sobre os quais possa haver prova pericial complexa, acabem resolvidos por regras de ônus da prova. O resultado seria ainda pior que uma deferência total ao resultado da perícia, dado que implicaria deferência à ignorância. Em vez de se julgar por ônus da prova em razão da ausência de prova, adota-se essa solução por não se compreender a prova produzida. Em vez de compreender-se a ciência, abdica-se dela. Se a incompreensão do teor ou da confiabilidade da prova científica for motivo para decidir por aplicação de regra de ônus da prova, o processo estará de volta à idade das trevas.

O segundo problema tem a ver com a medida de dúvida que seria o gatilho para a aplicação do julgamento com as regras de ônus da prova. Se o juiz não compreende o debate técnico, como ele poderá avaliar, por exemplo, se os questionamentos apontados pelos assistentes técnicos são suficientemente relevantes ou não para desacreditar o perito? Como saberá se o seu grau de convencimento é ou não suficiente para satisfazer o standard que for aplicável ao caso? Como saberá se a sua dúvida é ou não relevante, do ponto de vista científico? É provável que o juiz acabe deixando-se levar pela qualidade retórica da redação do laudo, que pode não refletir a sua qualidade metodológica, ou pela sua impressão subjetiva, aquilo que os americanos denominam *gut feeling*. O problema de compreensão de um assunto tecnicamente hermético não pode ser resolvido sem que dele se entenda. Se não há compreensão do conteúdo, não há compreensão da relevância ou irrelevância científica das dúvidas levantadas.

Cumpre acrescentar que a aplicação de regras de ônus da prova pode parecer confortável, da perspectiva do processo, mas nem sempre o é, do ponto de vista do direito material. A proibição de uma atividade minerária, por exemplo, pode ter severas consequências sociais e econômicas sobre a população local. O prefeito do município de Mariana, em entrevista concedida apenas dez dias após o desastre, defendia a retomada das atividades da Samarco porque elas representam "mais de 80% da receita do município"[20]. Logo, uma decisão que impeça a mineração, em uma situação na qual não há incerteza cientificamente fundada quanto à necessidade dessa medida, apenas insegurança cognitiva do magistrado, pela pouca compreensão da controvérsia, tem potencial para acarretar importantes efeitos colaterais, nesse exemplo, não apenas sobre o poluidor, mas também sobre a comunidade.

Como se percebe, ainda que o contraditório, as regras de ônus da prova e de standard probatório e a imparcialidade do perito judicial sejam peças importantes para a solução de questões processuais de natureza técnico-científica, elas não são suficientes para responder inteiramente à pergunta aqui posta, pelo menos não em todos os casos.

O que se pretende propor a seguir é um escalonamento de providências, de acordo com a complexidade da questão técnica. Não é possível, sob pena de se inviabilizar o direito à duração razoável do processo e à proporcional administração

[20] https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/15/prejuizo-com-desastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mg-recebe-por-minerio.htm. Acesso em 19.1.23.

da demanda jurisdicional, adotar todas as cautelas possíveis, em todos os casos. Mas é possível, avaliando cuidadosamente o tipo de prova pericial produzida em cada caso, propor medidas que incrementem a capacidade do juiz de tomar uma boa decisão, mesmo quando uma questão científica estiver no cerne do conflito.

4. Soluções para a prova pericial de baixa complexidade

No nível inicial de complexidade, a prova pericial analisa questões que, em alguma medida, são passíveis de diálogo com o leigo. O fato de uma pessoa ser capaz ou incapaz para o trabalho, talvez o tema pericial mais comum de todo o Judiciário brasileiro, é algo que admite redução a um diálogo minimamente compreensível a quem não é médico. Nessa situação, a solução para a prova pericial passa por ferramentas razoavelmente conhecidas e analisadas pelos teóricos, bem como pela boa utilização das previsões do CPC.

A primeira medida é a qualificação do banco de peritos. É frequente que o cadastro se organize apenas sob o ponto de vista geral de formação (medicina, biologia, engenharia), mas não na perspectiva da subespecialidade relevante. Claro que questões técnicas corriqueiras em uma área do conhecimento provavelmente poderão ser resolvidas por qualquer profissional qualificado. Mas há situações que demandarão esclarecimentos mais peculiares a uma especialidade. Por exemplo, a jurisprudência compreende que a perícia de incapacidade laborativa não precisa ser feita por médico especialista na moléstia da qual o paciente é portador. Por outro lado, doenças psiquiátricas, por terem sintomas menos visíveis, costumam ser tratadas com maior cautela.

Adicionalmente, é preciso recordar que o caráter moralizante e igualitário do banco de peritos, conquanto importante, é um objetivo secundário, que não pode ser colocado acima do principal. Independentemente de quaisquer outras considerações, o mais importante, do ponto de vista da parte e do processo, é que a perícia seja feita por um profissional qualificado e confiável. Se essas duas características forem compartilhadas por diversas pessoas na mesma localidade, é apropriado, conforme define o CPC, que as perícias sejam divididas entre elas. No entanto, se alguém for mais qualificado, mais imparcial ou mais confiável do que outro, ele deve ser o preferido, ainda que tais qualificações sejam difíceis de expressar de forma objetiva. Por muito relevantes que sejam as regras do Código, esse parece ser um assunto em que será preciso confiar na diligente atuação do juiz, mais do que em regras objetivas de divisão de trabalho (e de honorários) entre os peritos. Dito de outro modo, se o preço a pagar por uma perícia confiável é que o juiz favoreça mais um perito do que outro, o sistema processual deveria estar disposto a assumir esse risco.

Além disso, é interessante que o Poder Judiciário mantenha um registro das perícias realizadas, à semelhança do antigo "livro de sentenças", que armazenava todas as sentenças proferidas por um juiz. Esse registro permite verificar, em caso de nomeações recorrentes, se há indícios de parcialidade, de vieses cognitivos ou,

eventualmente, de fraude no trabalho dos peritos. Por exemplo, se uma localidade nomeia dez peritos médicos diferentes para avaliação das ações de incapacidade laborativa, a existência de significativo desvio percentual de concessão ou de negativa, por parte de um deles, deveria ser motivo de verificação. Se a média de concessões é de 30% dos casos e há peritos julgando os autores incapazes em 70% das causas que analisam, essa distorção precisa ser objeto de indagação.

Ainda no contexto dessa medida, embora o CPC sugira que o cadastro de peritos está vinculado a uma localidade (art. 156, §5º), é preciso recordar que boa parte das perícias pode ser feita virtualmente, por intermédio de teleconsultas (a Lei 14.510/22 autoriza e disciplina a prática da telessaúde em todo o território nacional), reuniões virtuais, compartilhamento eletrônico de documentos e outros recursos similares. Com essa flexibilidade, o cadastro poderá fornecer peritos mais tecnicamente qualificados do que aqueles disponíveis na localidade.

A segunda linha de providências tem a ver com a educação do próprio juiz e de sua equipe de assessoria. As escolas de magistratura preocupam-se, quase exclusivamente, com a formação de magistrados e servidores em Direito. Analisando o site das Escolas da Magistratura Federal da 1ª a 5ª regiões[21], percebe-se que são raros os cursos em áreas diversas da ciência jurídica, mas relevantes para o julgamento das causas[22]. É preciso considerar que juízes e servidores, no Brasil, são selecionados a partir de concursos públicos muito concorridos, de modo que, provavelmente, estão entre as pessoas mais conhecedoras do direito no país. Mais importante do que treiná-los em precedentes, alterações legislativas ou teorias do direito é treiná-los em matérias que serão relevantes para o julgamento, mas que são externas ao conhecimento jurídico. Por exemplo, noções de medicina aplicada à perícia, estatística, recuperação ambiental, riscos ocupacionais, orçamento e finanças públicas, contabilidade e economia são algumas áreas que poderiam ser enfatizadas. Curiosamente, mesmo quando os cursos são sobre prova, eles tendem a ser ministrados por juristas e enfocar o aspecto jurídico da prova, não o mérito daquilo que é provado[23].

Note-se que o art. 375 do CPC, que apenas transcreveu a redação do art. 335 do CPC de 1973, permanece preso a uma visão ultrapassada de conhecimento comum, anterior, por exemplo, aos estudos sobre vieses cognitivos, já mencionados. Não existe uma experiência técnica, comum a todos os leigos, que possa ser aplicada pelo juiz na avaliação da prova pericial. Cada juiz terá a sua experiência, maior ou menor, mais ou

[21] A Escola da Magistratura Federal da 6ª Região ainda estava em fase de implementação na data em que este texto foi finalizado.

[22] É certo que vários sites não informam todos os cursos pretéritos, o que dificulta a pesquisa. Há, no entanto, algumas interessantes exceções. A ESMAF da 2ª Região promoveu o curso "Políticas de Saúde e Gestão do Sistema Único de Saúde". Há cursos sobre gerenciamento do tempo, bem-estar etc., que podem ser relevantes para a vida funcional das pessoas, mas não para o julgamento das causas.

[23] Por exemplo, o curso "Provas: aspectos teóricos e práticos", promovido pela ESMAF da 3ª Região em 2022 teve como capacitadores diversos dos maiores professores de direito do país na matéria, mas, ao que se consegue perceber do site, nenhum conteúdo relacionado à análise do mérito dos fatos que comumente precisam ser provados na Justiça Federal. Ver https://www.trf3.jus.br/emag/cursos-2022/provas-aspectos-teoricos-e-praticos. Acesso em 23.1.22.

menos representativa do universo relevante, com as áreas do conhecimento objeto de perícias. Afirmar que essa análise pode ser feita "na medida em que expressam conhecimento compartilhado por qualquer homem médio"[24] é confiar em um paradigma epistemológico ultrapassado e que, dificilmente, será transponível para os casos reais. Assim como não existe homem médio, não existe conhecimento comum, compartilhado por todos, que seja relevante para resolver um caso. Fora de exemplos acadêmicos caricaturais, experiências e percepções de experiências são variadas entre as pessoas, em um mundo plural e com amplo acesso a fontes mais ou menos confiáveis de informação.

Se essa crítica é verdadeira, de modo geral, será ainda mais verdadeira quando se trata de conhecimento técnico. Mais do que confiar em algum tipo de conhecimento técnico geral, passível de ser acessado por qualquer pessoa, de forma imparcial e objetiva, é importante investir na educação de magistrados e servidores, não para transformarem-se em peritos, mas sim para capacitá-los a avaliar criticamente a prova produzida. Isso permitirá avaliar a suficiência dos quesitos, a adequação da metodologia e a fundamentação das conclusões.

Há um exemplo simples, mas realista, que pode ilustrar a necessidade de se orientar juízes quanto a achados científicos: suponha-se que o juiz precisa julgar um médico por uma conduta indevida que ocorre em 0,5% dos casos (isto é, um em duzentos) e é detectada por um teste que tem 99% de precisão, isto é, produz apenas 1% de falsos positivos e 1% de falsos negativos. No caso em julgamento, a circunstância indicativa da conduta imprópria foi detectada pelo teste. Isso quer dizer que o standard probatório está satisfeito e, portanto, o médico deveria ser civilmente condenado?

A maior parte dos leigos e, possivelmente, dos juízes, diria que sim, mas a resposta é não. E isso deriva do fato de que, na maior parte dos casos da população relevante (99,5%), a conduta indevida não está presente. Assim, mesmo que o teste tenha 99% de precisão, o número de falsos positivos superará o de positivos verdadeiros. Se o teste for aplicado a 1.000 casos de possíveis ilícitos, espera-se que em 995 o médico tenha agido corretamente e que haja ilícito em apenas 5. Ocorre que, pela margem de erro do teste (1%), nesses mil casos haverá 10 falsos positivos e apenas 5 serão positivos verdadeiros[25]. Logo, a probabilidade de um falso positivo é de 66% e a de um positivo verdadeiro é de apenas 33%. De forma contraintuitiva, portanto, esse teste é insuficiente para condenar o médico.

Esse tipo de situação, denominada de probabilidade condicional, além de outras questões relacionadas a estatísticas, frequentemente ignoradas pelos leigos, exemplifica como a ideia de conhecimento comum ou de regras de experiência, esposada pelo CPC,

[24] GAJARDONI, Fernando *et. al.* Código de Processo Civil Comentado. 4.ed. São Paulo: RT, 2021, p. 590.

[25] Embora isso não seja relevante para o argumento do texto, é interessante observar que não haverá nenhum teste falso negativo. Isso porque, embora a margem de erro seja de 1% também para falsos negativos, há apenas 5 casos positivos na população, que poderiam gerar falsos negativos. Todos os demais já são negativos. Como 1% de 5 é 0,05, não haverá nenhum teste falso negativo em mil casos. Com os parâmetros do exemplo, seriam necessários pelo menos 20.000 testes para haver um falso negativo, dado que, em uma população de 20.000 testes seriam esperados 100 casos positivos verdadeiros e, com a margem de erro de 1%, 1 caso falso negativo.

pode levar a decisões concretamente equivocadas e merece ser abandonada[26]. Não se trata de transformar o juiz em uma espécie de rábula da engenharia ou da medicina, mas de permitir que participe de maneira mais orientada do diálogo pericial. Como eloquentemente afirma David Faigman, "no século XXI – e quanto antes, melhor – os juízes não têm escolha senão tornarem-se cientistas amadores"[27].

Os juízes também devem ser educados quanto aos seus próprios vieses cognitivos que podem incidir na análise do laudo. Essa associação entre direito e psicologia vem crescendo ao longo dos últimos anos e têm mostrado resultados interessantes. Questões como o viés de confirmação, de ancoragem e a dissonância cognitiva podem fazer com que o juiz atribua peso indevido a uma análise, sobretudo se ela confirmar as suas preconcepções[28].

5. Soluções para a prova pericial de média complexidade

Todos os elementos que foram expostos para a prova de baixa complexidade são também úteis nos casos de média complexidade. Dessa forma, as indicações contidas neste tópico são cumulativas com as anteriores. Quando a dificuldade da prova se eleva, é provável que aumentem também o tempo e o custo da sua produção, bem como as controvérsias, tanto relativas à metodologia, quanto à análise.

Por exemplo, por volta do ano de 2010, a União promoveu a desapropriação de centenas de propriedades para a ampliação do aeroporto de Viracopos, em Campinas/SP. Embora, em teoria, esse pareça um caso corriqueiro, na prática, não é, por diversas razões. Primeiro, porque havia uma mistura bastante heterogênea de imóveis envolvidos. Havia desde áreas de ocupação irregular de baixíssima renda, até chácaras rurais de alto luxo. Havia terrenos urbanos, de expansão urbana e rurais. Usos residenciais, comerciais e industriais.

Conforme mencionado inicialmente, definir quanto vale um imóvel já é uma tarefa imprecisa. Mais ainda quando estão envolvidas as peculiaridades de uma desapropriação e, ainda pior, com essa multiplicidade de características. Além do mais, nos casos em que não há acordo e a questão da indenização é judicializada, é necessária a avaliação do valor do imóvel vários anos depois do fato, sendo que, nesse momento, a realidade imobiliária já foi alterada, não apenas pela passagem do

[26] Sobre o assunto, ver VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. Revista de Processo, v. 297, p. 369-396, 2019; VITORELLI, Edilson. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas. Revista de Processo, v. 298, p. 387-414, 2019.
[27] FAIGMAN, David. Judges as "amateur scientists". Boston University Law Review, vol. 86, p. 1207 e ss., 2006.
[28] Para uma análise da questão dos vieses cognitivos aplicados à decisão judicial, ver VITORELLI, Edilson; DE ALMEIDA, João Henrique. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? Revista de Processo, vol. 316, p. 29-62, 2021. Nos Estados Unidos, entre muitos trabalhos, destacam-se WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review,* vol. 93, 2015, p. 855 e ss.; WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences, *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, p. 695 e ss.; WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Altering Attention in Adjudication. *UCLA Law Review*, vol. 60, 2013, p. 1586 e ss.

tempo, mas também pela própria ocorrência da desapropriação. Se já é difícil saber quanto vale um imóvel hoje, mais difícil ainda é definir quanto ele valia em 2011.

Casos como esse exigirão providências mais específicas para que possam ser tratados de modo apropriado. Primeiro, é preciso cogitar a formação de uma comissão ou equipe pericial, em vez da nomeação de um único perito. No caso de Viracopos, como havia dezenas de processos a serem periciados, um grupo de dezesseis peritos foi nomeado, em comissão, para definir critérios comuns de avaliação, os quais foram documentados em um meta-laudo. Posteriormente, os integrantes dessa comissão foram designados para avaliar os casos específicos, de acordo com os critérios já firmados em consenso entre eles.

Mesmo quando o caso não tem essa peculiaridade, a nomeação de uma comissão de peritos pode ser positiva. Se pelo menos dois profissionais, escolhidos de forma independente, tiverem que se debruçar sobre o mesmo processo, é razoável supor que eles poderão contrabalançar os seus vieses, propor metodologias mais inovadoras e que será mais difícil cooptá-los. Além disso, sua expertise poderá somar-se na resolução do problema e fornecer resultados mais consistentes. No caso de Viracopos, dois ou três peritos foram nomeados para a maioria dos processos.

O segundo ponto pertinente é a adequada preparação da prova pericial, o que pode ser feito em uma audiência de saneamento compartilhado (art. 357, §3º, CPC). Nela, o juiz pode indagar aos peritos acerca da metodologia que pretendem empregar e, às partes e seus assistentes técnicos, se têm alguma divergência sobre ela, ou ponto de preocupação a ser considerado. É possível que as partes formulem quesitos conjuntos e sanem, desde já, desacordos sobre eles. Isso evita o que comumente ocorre, que é a apresentação de uma lista longa, repetitiva e desnecessária de quesitos. Pode haver acordos não apenas quanto ao calendário de produção da prova, mas também quanto a sua metodologia. É especialmente importante que o juiz indague e registre quais são os consensos científicos por eles aceitos para a produção da prova. Se houver divergências relevantes nesse ponto, é possível pautá-las para decisão antes que a perícia seja iniciada e, com isso, evitar dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro com a repetição total ou parcial do ato, que se torna mais provável quando o questionamento da metodologia só é feito depois que o laudo está pronto.

O segundo passo é o acompanhamento mais próximo da produção da prova pericial pelas partes e pelo juiz. É relevante considerar a possibilidade de apresentação de relatórios parciais e de realização de audiências para debater e, se for o caso, decidir, questões controvertidas que tenham surgido ao longo do procedimento, mas antes da sua conclusão. Quanto menos as controvérsias se avolumarem para o momento da entrega do laudo, mais facilmente as partes poderão influir eficazmente no convencimento do perito e mais impedidas ficarão de reter argumentos "de algibeira", para serem apresentados apenas ao final.

Mais ainda, do ponto de vista comportamental, depois que a prova é finalizada, há uma tendência de que a parte por ela desfavorecida queira criticar todos os seus aspectos. Ao mesmo tempo, o perito, que não quer ser desacreditado, e parte

beneficiada pelas suas conclusões, a defendam incondicionalmente. Se a metodologia for debatida antes dos resultados, é possível minorar esse efeito *endowment* e, com isso, incrementar a qualidade do trabalho, viabilizando um debate mais franco e construtivo.

O passo subsequente refere-se ao momento da apresentação do trabalho. Pode-se afirmar que o pior dos comportamentos possíveis, nessa fase, é o que recorrentemente se adota no cotidiano forense: o perito apresenta o laudo por escrito e os assistentes técnicos juntam laudos paralelos, reforçando ou refutando suas conclusões, nem sempre com base nas mesmas premissas, e sempre formulando novos questionamentos. O perito, então, junta novo laudo, com mais considerações. Todo esse material se avoluma nos autos, dificulta a leitura e a compreensão de qual é, efetivamente, a divergência entre os técnicos e, pior ainda, permite que quem não tem razão complique o desenvolvimento do processo com questionamentos repetitivos ou impertinentes, que não dialogam, concretamente, com o laudo pericial.

A melhor solução, nessas situações, é investir na oralidade. O juiz deveria designar uma audiência para permitir, ponto por ponto, a discussão das divergências entre os experts. Esse procedimento é conhecido no exterior e recebe o curioso nome de *hot-tubbing*[29]. O Expert Institute, entidade que fornece serviços periciais, relata que essa prática surgiu na Austrália e consiste nos peritos se reunirem com o juiz e discutirem a questão, para buscar um construir um caminho técnico que esclareça suas convergências e divergências[30]. Analogicamente, é um procedimento que lembra o da acareação, prevista no art. 461 do CPC apenas para partes e testemunhas, mas que, por força da regra da ampla liberdade probatória (art. 369), bem poderia se aplicável aos peritos e assistentes técnicos.

Essa analogia com a acareação, no entanto, não deve ser levada muito longe. Para que o método funcione, é importante que a discussão transcorra de forma menos formal e coreografada, como usualmente ocorre com as audiências judiciais, no Brasil. A proposta da técnica é que os experts possam debater, diretamente entre si, os méritos e deméritos de seus pareceres, os quais devem ser submetidos por escrito, anteriormente, para que sejam analisados[31]. Assim, não se cria uma dinâmica em que o perito é apenas alvo de censuras dos assistentes técnicos, que têm ampla liberdade para fazer críticas genéricas e pouco fundadas, transferindo ao perito o ônus de produzir longas justificativas. No *hot-tubbing*, os assistentes técnicos também devem apresentar os seus posicionamentos técnicos, para que sejam criticados pelo perito[32].

---

[29] EDMOND, Gary. Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure. *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, p. 159 e ss., 2009.

[30] https://www.expertinstitute.com/resources/insights/hot-tubbing-expert-witnesses-an-experimental-technique-from-australia-makes-a-splash-in-u-s-courts/. Acesso em 23.1.23.

[31] KAO, Frances P. *et. al.* Into the Hot Tub ... A Practical Guide to Alternative Expert Witness Procedures in International Arbitration. International Lawyer, vol. 44, n. 3, p. 1035 e ss., 2010.

[32] Cumpre recordar que nos países de common law, é mais usual que não haja perito do juízo, mas sim um perito indicado por cada parte. Para um histórico da prova pericial nesses países, ver HUYGHE SR., Steve; CHAN, Adrian. The Evolution of Expert Witness Law under UK and US Jurisdictions. Construction Law International, vol. 8, n. 4, p. 14 e ss., 2013. Sobre a aplicação do *hot-tubbing* no processo americano, ver WELCH, Scott. From Witness Box to the Hot Tub: How the Hot Tub Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact. Journal of International Commercial Law and Technology, vol. 5, n. 3, , p. 154 e ss., 2010.

Há, portanto, uma discussão técnica, não uma inquirição[33]. Os advogados e o juiz, pela sua condição de leigos na matéria em discussão, ocupam um papel secundário nesse ato processual. Eles podem intervir e, eventualmente, apresentar dúvidas, sobretudo para facilitar a compreensão do debate, da perspectiva do leigo. Porém, a discussão em si é conduzida pelos técnicos[34].

De forma similar, o art. 19.6 das *Criminal Procedure Rules* do Reino Unido determina, como requisito para a apresentação de prova técnica durante um julgamento, a realização de uma *pre-hearing discussion of expert evidence*. Ela consiste em uma reunião entre os experts para discutir as questões implicadas, com o propósito de elaborar um documento conjunto, que reflita os seus pontos de concordância e de divergência, de forma fundamentada[35]. O registro objetivo, não apenas das divergências, mas, especialmente, dos consensos, dá foco ao debate, delimitando as questões controvertidas. As partes e os experts também podem aproveitar esse documento para organizar a forma de apresentação da prova para a decisão judicial, pontuando as questões importantes, organizando excertos da literatura científica relevante para a leitura do juiz, entre outras providências para simplificar a análise da matéria[36].

---

[33] Explica o expert institute: *"Hot-tubbing is characterized as a discussion among experts. Typically, the expert witness presents an opening statement and then engages in conversation with the judge and the other party's expert. Prior to trial, experts each report to each other and both present a joint submission that outlines the points of agreement and disagreement. Because each party is aware of the other's testimony prior to trial, objections by counsel are usually unnecessary. While cross-examination by trial counsel is permitted, lawyers do not play as central a role in extracting expert testimony; as all parties are expected and encouraged to discuss and question each other freely".* https://www.expertinstitute.com/resources/insights/hot-tubbing-expert-witnesses-an-experimental-technique-from-australia-makes-a-splash-in-u-s-courts/. Acesso em 23.1.23.

[34] O juiz David Laro relata uma experiência de *hot-tubbing* no caso Rovakat, LLC v. CIR, 102 T.C.M. 529 F. App'x 124 (3d Cir. 2013): *"With the agreement of the parties, we directed the experts to testify concurrently. To implement the concurrent testimony, the Court sat at a large table in the middle of the courtroom with all three experts, each of whom was under oath. The parties' counsel sat a few feet away. The Court then engaged the experts in a three-way conversation about ultimate issues of fact. Counsel could, but did not, object to any of the experts' testimony. When necessary, the Court directed the discussion and focused on matters that the Court considered important to resolve. By engaging in this conversational testimony, the experts were able and allowed to speak to each other, to ask questions, and to probe weaknesses in any other expert's testimony. The discussion that followed was highly focused, highly structured, and directed by the Court".* Disponível em https://scholar.google.com/scholar_case?case=19287416400204219 44&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholarr. Acesso em 8.2.23.

[35] *Code for Crown Prosecutors explica a função dessa audiencia da seguinte forma: "CrimPR 19.6 sets out how the court will seek to manage the expert evidence in a case through joint prosecution and defence expert reports and Case Conferences between experts for each party. The aim is to limit the issues in dispute, ensuring that the bench or jury can focus on the key issues in the case and have a clear understanding of each issue.*
The court may direct the experts to discuss the expert issues in the proceedings; and prepare a statement for the court of the matters on which they agree and disagree, giving their reasons. (...)
Experts should be asked to set out in a joint statement the basic science and accepted principles underlying their field of expertise and the points where they agree and disagree". Documento disponível em https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/expert-evidence. Acesso em 9.2.23.

[36] Em R v Henderson and Others, [2010] EWCA Crim 1269, o Lord Justice Moses destacou a importância de um cuidadoso preparo na apresentação da prova técnica: *"Since the appeal depends upon an assessment of the expert evidence, just as at trial, the preparation and marshalling of that expert evidence is of the utmost importance in achieving just resolution. (...) It is no criticism of other counsel if we highlight the manner in which counsel for the prosecution, Joanna Glynn QC and Sarah Campbell, and for the defence, Mr Topolski QC and Andrew Scott, in Henderson, prepared their appeal. The skeleton arguments were focussed upon the particular medical evidence. Different features of that evidence were clearly identified and when any medical proposition was advanced, it was explained and its source clearly identified. A number of different disciplines were involved,*

No já citado caso das desapropriações do Aeroporto Internacional de Viracopos, essa linha de atuação foi adotada por alguns juízes, quando as divergências de avaliação dos imóveis eram muito significativas. Em um dos casos, a discussão técnica em audiência levou a uma redução de R$ 22 milhões no valor inicialmente estabelecido pelo perito, para a desapropriação do bem[37]. Sem as formalidades de uma inquirição, os peritos e assistentes técnicos sentem-se mais à vontade para estabelecer os pontos de controvérsia técnica e mesmo para reconhecer erros.

Ainda que a audiência não solucione completamente as divergências, é possível que ela permita o estabelecimento, pelo menos, de consensos parciais e o esclarecimento de quais são, especificamente, as controvérsias. Em vez de centenas de páginas de laudos, ensaios e considerações, é provável que o juiz consiga finalizar essa audiência com uma síntese pontual do que precisa ser decidido, em termos técnicos, para que se possa determinar os fatos relevantes para o litígio[38].

Todos os passos anteriores promovem a ampliação do contraditório, da oralidade e do debate aberto entre os envolvidos, aproximando o processo judicial de um diálogo científico. Se a prova pericial busca estabelecer bases para a tomada de decisão sobre um fato que está sob o domínio da ciência, quanto menor for a restrição que o procedimento judicial impõe à discussão científica, melhor.

Por outro lado, é preciso reconhecer que todos esses procedimentos geram custos econômicos e não econômicos, dada a necessidade de dedicação de mais horas pelos peritos e pelos advogados, bem como pelo Poder Judiciário. Assim, tais métodos, por mais positivos que soem, dificilmente poderão ser universalizados. Ainda que os casos simples deles também pudessem se beneficiar, seria inviável que o Poder Judiciário brasileiro conduzisse dessa forma todos os seus processos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. É preciso, nesse ponto, recordar a proposta de Lord Woolf para a reforma do processo inglês, segundo a qual é preciso devotar a cada processo o montante de recursos que seja compatível com a sua complexidade e com a importância sistêmica do caso[39]. É claro que qualquer parte quer que seu

---

all of which were clearly distinguished by separate files, separately coloured and with the underlying evidence and literature upon which that evidence was based, identified and collated. A core literature file, prepared by Mr Topolski, enabled the court to find and weigh the underlying literature upon which controversial evidence was based. The Vice-President conducted a detailed case management hearing providing timetables and giving directions as to how the evidence was to be prepared. Importantly, meetings were held between the experts so as to identify clearly those issues upon which agreement had been reached and those issues which remained a matter of debate. Without such preparation and obedience to the directions given by the Vice-President it would have been difficult properly to resolve the appeal. The example of the preparation in that case should, we suggest, be followed in future appeals".

[37] Autos 0015978-93.2012.403.6105. Constou da manifestação do perito: "Os debates durante a audiência do dia 10/03/2016 permitiram ao signatário perceber que utilizou um conceito equivocado no cálculo do valor da terra nua (...) resulta na existência de um "bis in idem", como concluído após intervenção do MPF durante aquela audiência, ao que cabe razão, e assim reconheço o equívoco conceitual aplicado no laudo anterior para apresentar a seguir a complementação".

[38] Esse benefício cognitivo foi detectado por GREENE, Edie; GORDON, Natalie. Can the Hot Tub Enhance Jurors' Understanding and Use of Expert Testimony. *Wyoming Law Review*, vol. 16, p. 359 e ss., 2016.

[39] Consta do primeiro dispositivo das Civil Procedure Rules do Reino Unido:

"1.1

(1) These Rules are a procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.

processo seja tratado como se fosse o único, mas esse interesse não é passível de ser atendido. É preciso que a importância relativa dos casos seja considerada.

6. Soluções para a prova pericial de alta complexidade

Há casos em que a prova pericial atinge níveis elevados de complexidade, nos quais há pouco ou nenhum consenso científico sobre a metodologia e as conclusões analíticas necessárias à resolução do caso. Como mencionado, os desastres de Mariana, Brumadinho e Maceió oferecem exemplos tristes e visíveis dessas situações, exigindo perícias de elevadíssima complexidade e custo.

Nesse tipo de casos, torna-se ainda mais verdadeira a afirmação publicada em um comentário: "a experiência demonstra que opiniões opostas de pessoas se dizendo experts podem ser obtidas em qualquer quantidade"[40]. Quanto mais as partes estiverem dispostas a investir, maior será a possibilidade de encontrar opiniões técnicas divergentes sobre o assunto relevante, seja por incompetência, por corrupção, ou pela incerteza e hermetismo da análise necessária[41]. É tentador, nesses casos, fazer pequenas alterações de premissas, métodos ou análises, que podem levar a grandes diferenças de resultados. Instala-se uma espécie de "guerra de laudos periciais", que rapidamente multiplica o número de páginas no processo.

Mais uma vez, do ponto de vista de um raciocínio progressivo, todas as indicações dos itens anteriores são aplicáveis a esta situação, de modo que o incremento do contraditório e da oralidade, antes e durante a produção da prova, bem como na sua análise, depois de apresentada, são desejáveis e poderão trazer resultados positivos. Todavia, essas providências parecem insuficientes. Como já mencionado, esses casos envolvem considerações nas quais mesmo o consenso científico é tênue e há, embutidas na perícia, uma série de premissas técnicas e metodológicas que são discutíveis. Logo, mesmo com toda a ampliação do contraditório, é possível que as partes, insatisfeitas com o resultado, produzam outras análises e questionamentos, que inviabilizem a tomada de decisão de modo efetivamente orientado. Com isso,

---

(2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –
(a) ensuring that the parties are on an equal footing and can participate fully in proceedings, and that parties and witnesses can give their best evidence;
(b) saving expense;
(c) dealing with the case in ways which are proportionate –
(i) to the amount of money involved;
(ii) to the importance of the case;
(iii) to the complexity of the issues; and
(iv) to the financial position of each party;
(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;
(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases (…)".

[40] COMMENTS. *Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses*. U. Det. Mercy L. Rev., vol. 89, p. 103 e ss, 2011-2012.

[41] Danilo Knijnik compartilha dessa percepção de complexidade científica crescente, aludindo à presença de "um staff de especialistas" a serviço das partes, que "estão demandando – e recebendo – toda a ajuda que o mundo científico pode dar à resolução de seus casos". KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2018, edição eletrônica.

o risco é que o juiz reverta para os subterfúgios já mencionados: acredite apenas no perito porque é imparcial, busque a confirmação de suas próprias preconcepções na prova produzida, tome decisões baseadas em regras de ônus da prova ou acabe convencido pela capacidade retórica de um dos experts, em vez da qualidade científica dos argumentos. Nenhuma dessas é uma boa solução e, portanto, nesse tipo de caso, outras medidas que incrementem a possibilidade de uma boa tomada de decisão devem ser cogitadas.

A primeira possibilidade é que as partes elaborem um negócio de escolha consensual de perito, dispensa de assistente técnico e aceitação prévia das conclusões que forem apresentadas. Cria-se, com isso, uma espécie de arbitragem científica dentro do processo, cindindo-se a cognição: embora a decisão da questão material controvertida continue com o juiz, a decisão da questão científica passa a ser, formalmente, do perito.

À primeira vista, essa é uma posição que parece difícil de ser aceita. Contudo, quando bem ponderada, ela incorpora diversos atrativos. Primeiro, mantém-se com as partes a importante tarefa de selecionar o perito, evitando que o escolhido pelo juiz desagrade a todos. Segundo, agrega-se segurança jurídica, porque o perito, que é da confiança das partes, será a voz técnica definitiva. Não se corre o risco de o juiz determinar a realização de segunda perícia, que poderia implicar custos elevados, indesejados por ambos os litigantes, em uma decisão difícil de ser revertida em grau recursal, dada a deferência usualmente demonstrada pelos tribunais às decisões instrutórias do juiz[42]. Pior ainda, evita-se o risco de que o juiz rejeite as conclusões do perito, como permite-lhe o art. 479 do CPC e decida de acordo com suas próprias convicções quanto aos elementos técnicos trazidos aos autos.

Em terceiro lugar, reduzem-se o tempo e o custo do processo. As perícias, nesses casos, tendem a custar centenas de milhares, às vezes, milhões de reais e levar anos para serem produzidas. O custo de produção de laudos paralelos pode ser, portanto, significativo e pouco agregar ao resultado do processo, dada a sua complexidade, a pouca capacidade de o juiz compreender a controvérsia e o risco de que, nesse contexto, o magistrado opte por acreditar no perito, por ele escolhido e imparcial.

Isso significa que o esforço das partes em produzir mais elementos técnicos pode ser caro, demorado e inútil. Cria-se o paradoxo de que quanto mais dados existem, menos eles importam. Sem saber em que medida esses dados divergentes são pertinentes, o juiz reforça suas crenças na análise pericial. As partes, temendo que apenas o perito seja ouvido, inundam o juiz de dados e, com isso, contribuem para que ele ignore tudo o que não venha do expert imparcial. Cria-se um círculo vicioso.

[42] Por exemplo: "não há regra em nosso ordenamento jurídico que imponha seja realizada a segunda perícia, na hipótese de insuficiência da primeira, tampouco que se faça aquela pelo mesmo profissional que efetivou esta, incumbindo ao julgador, no exercício do livre convencimento motivado, avaliar as circunstâncias concretas" (REsp 1.758.265/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2019, DJe 4/4/2019).

Em tais termos, aceitar a arbitragem pericial pode significar economizar dinheiro e assegurar a ocorrência de um resultado mais previsível.

O procedimento aqui proposto tem precedentes no direito estrangeiro. A World *Intellectual Property Organization* – WIPO, que integra o Sistema ONU, reconhece aquilo que denomina como *expert determination* como método alternativo de solução de conflitos consistente em "um procedimento no qual o conflito entre as partes é submetido, por acordo, a um ou mais experts para uma tomada de decisão. A decisão é vinculante, a menos que as partes decidam de forma diversa"[43]. O *Arts Law Centre of Australia* também noticia a possibilidade de utilização desse procedimento[44], que é especialmente interessante quando a questão técnica, apesar de ter cunho científico, também é cercada de algum grau de subjetividade, como ocorre com o plágio musical[45], a propriedade intelectual[46] ou com a autenticidade de pinturas[47]. Essa cisão entre a cognição técnica, que fica integralmente a cargo do perito, e a cognição das questões de direito material, a cargo de quem tem a formação em Direito, também é corriqueira em dispute boards e elencada internacionalmente como boa prática[48].

A segunda recomendação para os casos de prova técnica de elevada complexidade é a nomeação de um consultor pericial para o juiz, adicionalmente ao perito. O papel desse auxiliar seria contribuir com o juiz na compreensão da prova produzida e, com isso, permitir que a sua decisão possa ponderar, de modo mais tecnicamente fundado, as posições do perito e dos assistentes técnicos.

A atividade do consultor pericial difere do papel do perito porque ele não faz a análise da evidência técnica necessária ao julgamento da causa, mas sim auxilia o juiz na meta-análise dos elementos técnicos conflitantes, juntados aos autos. O próprio perito não pode exercer esse papel porque, como mencionado, a partir do momento em que as suas conclusões são apresentadas, ele deixa de ser imparcial,

---

43 https://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/what-is-exp.html. Acesso em 24.1.23.

44 https://www.artslaw.com.au/images/uploads/NEW_ADR-_binding_expert_dermination_and_non-binding_expert_evaluation.pdf. Acesso em 24.1.23.

45 Sobre os problemas da prova pericial relativa a plágio, ver COELHO, Fabiana; VITORELLI, Edilson. Música de: o desafio dos direitos autorais. In: 6º Encontro de Música e Mídia: música de/para, 2010, São Paulo. Anais do 6º Encontro de Música e Mídia. São Paulo: Musimid, 2010.

46 Discutindo o uso de *hot-tubbing* e outras técnicas periciais no processo inglês de propriedade intellectual (embora não a arbitragem técnica), ver WILSON, David *et. al*. *Hot-tubbing* experts: is there scope for the use of concurrent expert evidence? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 8, n. 9, p. 691–699, 2013.

47 Há diversos casos e polêmicas relativas à autenticação de obras de arte. Ver SLOGGETT, Robyn. The Truth of the Matter: Issues and Procedures in the Authentication of Artwork. Art Antiquity & Law, vol. 5, p. 295 e ss., 2000.

48 *"In one instance, at the start of construction of a large airport complex, a panel called a Disputes Review Group (DRG), made up of six members, was formed to cover all the major contracts (about 20) on the project. Members of the DRG were chosen specifically to provide the range of expertise considered necessary to comprehend and deal with technical and commercial aspects of any dispute likely to arise. When a dispute arose, either one or three of the DRG members was selected and rapidly deployed to deal with the dispute.*
In a second example, on a large underground railway project, two DB panels were established: a technical panel of engineers (who dealt with technical and construction-related disputes) and a financial panel of accountants and bankers (who handled disputes concerning financial provisions of the funding and concession agreements). In this example, when a dispute arose, a one-person DB could be appointed from either panel or a three-person DB could be appointed with DB members selected from both panels". DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual*: A Guide to Best Practices and Procedures. Charlotte: SPARK Publications, 2019, p. 53.

do ponto de vista psíquico, tendendo a rechaçar qualquer evidência de erro e a reforçar as suas próprias afirmações. Com isso, as opiniões de assistentes técnicos que forem contrárias às suas manifestações iniciais tendem a ser descreditadas. Há também um conflito de interesses financeiros para o perito, dado que o montante dos seus honorários pode ser reduzido, se o trabalho for considerado inconclusivo ou deficiente (art. 456, §5º, CPC).

O consultor técnico pericial deveria fazer pelo juiz aquilo que os assistentes técnicos fazem pelas partes. Competiria a ele: 1) reunir-se com o juiz para auxiliá-lo a compreender as questões técnicas implicadas na demanda, tais como a confiabilidade da metodologia aplicada, o nível de certeza ou incerteza científica da perícia e das posições dos assistentes técnicos, bem como o quão fundadas são as objeções ao trabalho pericial; 2) auxiliar o juiz na formulação de questões para o perito e os assistentes técnicos, bem como no deferimento ou indeferimento de quesitos e na apropriada definição do escopo do trabalho pericial; 3) acompanhar, no lugar do juiz, os eventos do procedimento pericial, tais como ensaios laboratoriais, exames, inquirição de pessoas ou obtenção de materiais (art. 373, §3º, CPC); 4) contribuir para a detecção de pontos problemáticos na condução do procedimento pericial, 5) auxiliar o juiz na decisão quanto a necessidade de segunda perícia (art. 480, CPC) ou de destituição do perito por falta de conhecimento técnico (art. 468, I, CPC – é irônico, aliás, que o CPC pretenda que o juiz, que não tem conhecimento técnico algum, seja capaz de fiscalizar o conhecimento técnico do perito, para destituí-lo); 6) acompanhar as audiências de inquirição dos experts, colaborando com o juiz na formulação de questões; 7) auxiliar o juiz na elaboração da fundamentação que justifique, tecnicamente, os motivos que o levam a acolher ou deixar de considerar as decisões do laudo (art. 479, CPC), quando for o caso.

Essa descrição pode gerar a objeção de que o juiz estaria retirando do contraditório a apreciação da questão técnica, fazendo uma espécie de "ciência privada". Mas essa é uma incompreensão. A questão técnica continua sujeita ao contraditório, com o perito e os assistentes. O que se incrementa, aqui, é a capacidade de o juiz participar apropriadamente desse debate, sendo assessorado quanto ao conhecimento técnico de que não dispõe, por alguém especificamente designado para essa finalidade.

É exatamente porque a perícia permanece em contraditório que o perito não se presta ao papel de consultor pericial. Primeiramente, o juiz não pode convocar o perito para uma reunião privada e discutir suas conclusões, incertezas e outras questões eventualmente não escritas no laudo, sem a presença das partes. Isso feriria o procedimento pericial previsto no CPC. Além disso, o perito, como mencionado, não é imparcial o suficiente para aconselhar o juiz quanto à confiabilidade do seu próprio trabalho.

A designação do consultor técnico pericial é admitida, nos moldes aqui propostos, no ordenamento jurídico suíço[49]. Por exemplo, ela é regulada pelas normas de arbitragem da Associação Suíça de Engenheiros e Arquitetos (SIA), na sua versão de 2018 (SIA 150:2018). As disposições autorizam a nomeação de um *technical expert*, cujo papel é acompanhar o procedimento, na condição de consultor do painel arbitral. Ele não é um árbitro, uma vez que a decisão não está sob sua responsabilidade, nem pode a ele ser delegada, nem é um perito, uma vez que não elabora laudo pericial. Nathalie Voser e Annabelle Möckesch afirmam ser essa uma figura "particularmente inovadora e eficiente", com potencial para diminuir o tempo e o custo dos processos[50]. Como ressalta Juan Eduardo Figueroa Valdés, quando o árbitro pode valer-se de um consultor para ajudar a responder questões técnicas que ele teria que despender um tempo considerável para pesquisar e compreender, incrementa-se a precisão da decisão, minorando o risco de uma análise técnica incorreta, ao mesmo tempo em que se reduzem o tempo e os custos para as partes[51].

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal da Suíça foi confrontado com um questionamento quanto a legalidade de nomeação de consultor técnico pericial em arbitragem[52]. A Corte afirmou que o tribunal arbitral pode designar um consultor para

---

[49] O autor agradece a André Barros Bolzani Petersen, pela indicação da existência dessa prática no direito suíço.

[50] *"The SIA Rules expressly allow the arbitral tribunal to appoint a technical expert to accompany the entire proceedings. This technical expert functions as a consultant and is hence neither an arbitrator nor a tribunal-appointed expert within the meaning of the SIA Rules. The provisions on arbitrator impartiality and independence as well as the challenge procedure for arbitrators also apply to the technical expert. This institution is particularly innovative and efficient because it can eliminate the need for costly and time consuming formal expert reports. The Federal Supreme Court has expressly stated that the use of such consultants is possible in Switzerland (decision 4A_709/2014). It goes without saying that the arbitral tribunal cannot delegate its decision-making powers to the technical expert".* VOSER, Nathalie; and MÖCKESCH, Annabelle. The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations. Disponível em https://www.mondaq.com/arbitration--dispute-resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em 23.2.23. Ver também EHLE, Bernd. SIA 150:2018: Modern Swiss arbitration rules for construction disputes. *ASA Bulletin*, vol. 36, n. 4, p. 895-906, 2018. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/ASA+Bulletin/36.4/ASAB2018092

[51] *"We believe that the appointment of an expert as a consultant to the tribunal on technical matters goes in the right direction. As Timlin states, according to Meyer and Baier, the consultant may increase the efficiency of arbitration. When an arbitrator can rely on a consultant to help answer technical questions that the arbitrator otherwise would have to spend a significant amount of time researching, the consultant may reduce the length of the proceeding. Also, the time savings could also potentially translate into cost saving for the parties. Considering the relevance of the assessment of technical elements in construction arbitrations, the technical expert in its role as consultant allows the arbitral tribunal to issue better decisions, based on a correct analysis of the technical information of the case and supported by the expert opinion of a professional in the field".* VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. The arbitral tribunal-appointed expert. A Swiss approach. Disponível em https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/06/2022-The-arbitral-tribunal-appointed-expert-A-Swiss-approach-ICC-IWBL.pdf. Acesso em 23.2.23. No mesmo sentido, TIMLIN, Tracey. The Swiss Supreme Court on the Use of Secretaries and Consultants in the Arbitral Process. *Arbitration Law Review*, vol. 8, p. 268 e ss., 2016.

[52] Caso 4A_709/2014, decisão de 21 de maio de 2015, disponível em inglês em https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/21%20mai%202015%204A%20709%202014.pdf. Acesso em 23.2.23. No ponto relevante: *"Resorting to the services of a secretary is moreover not the only option afforded to an arbitral tribunal to obtain external assistance, as the assistance requested may come from various other sources (Berger and Kellerhals, op. cit., n. 1013). It is always provided, as was stated above, that the arbitral tribunal does not abandon to its auxiliaries the prerogatives inherent to its mission, in particular that of deciding itself the dispute entrusted to it. Thus, in complex arbitrations of a commercial or technical nature, the arbitral tribunal often calls upon external consultants to help it handle non-legal, delicate issues, which it would not be able to fully master without being backed by experts in the field concerned, an approach which has obvious advantages*

auxiliar no tratamento de questões não jurídicas delicadas, com as quais ele não teria condições de lidar sem o suporte de especialistas do campo do saber pertinente à controvérsia. A decisão cita trabalho acadêmico de Bernhard Meyer e Jonatan Baier, os quais descrevem o consultor como "um sujeito puramente auxiliar, agindo sob os auspícios e responsabilidade do tribunal arbitral, que assiste os árbitros a traduzir a sua compreensão factual e legal para a linguagem técnica ou comercial do contrato e vice-versa"[53]. O Supremo Tribunal entendeu que essa designação é admissível, mesmo quando não prevista na convenção de arbitragem e independentemente de autorização das partes.

Como também percebeu o Supremo Tribunal suíço, essa estratégia implica vantagens e riscos. Logo, o que se propõe é a avaliação à luz das alternativas disponíveis. Já foram comentados os problemas derivados do fato de o juiz não ser capaz de acompanhar o debate técnico: excessiva confiança no perito, desconsideração das objeções dos assistentes técnicos ou decisão com regras de ônus da prova, em vez de convicção de verdade. A segunda possibilidade é o juiz valer-se, para avaliar as questões técnicas implicadas no caso, de consultas informais com especialistas. Essa conduta, cuja recorrência é difícil de avaliar cientificamente, mas costuma ser reportada informalmente por magistrados, é pior e implica mais riscos do que a aqui delineada, dado que as partes não saberão quem é esse especialista consultado pelo juiz e, com isso, não poderão arguir nem a sua parcialidade, nem a sua falta de capacidade técnica.

Nesse sentido, a nomeação do assessor, nos autos, assegura transparência e maior controle das partes. Ainda que elas não conheçam a opinião desse especialista, dado que não lhe cabe produzir um documento técnico, mas apenas auxiliar o juiz, as partes saberão quem é ele. Essa vantagem é percebida pelos autores suíços, que registram que, ainda que o consultor técnico não seja nem julgador, nem perito, ele submete-se ao mesmo procedimento de escrutínio de imparcialidade aplicável ao juiz e ao expert[54]. Essencialmente, a nomeação de um consultor técnico reflete a proposta de que o juiz pare de mentir para as partes: ele não é capaz de entender certas discussões técnicas fundamentais para a decisão da controvérsia e precisa se aconselhar com quem entenda para proferir uma boa sentença.

Recorde-se que a autoridade que incide sobre a parte é a da decisão, não a do laudo pericial. Assim, desde que a fundamentação lançada pelo magistrado justifique

---

but also some risks (see among others Bernhard F. Meyer and Jonatan Baier, Arbitrator Consultants – Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations, Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 2015, p. 37 ff). It is admitted moreover that when the parties did not set the procedural rules, the arbitral tribunal, which sets the procedure itself pursuant to Art. 182(2) PILA, is entitled to appoint a consultant on its own initiative without requesting their prior consent (Meyer and Baier, op. cit., p. 44)".

[53] *"purely auxiliary persons, acting under the auspices and responsibility of the member of the arbitral tribunal who assist arbitrators to translate their factual and legal decisions into the technical or commercial language of the contract, or vice versa".* MEYER, Bernhard F.; BAIER, Jonatan. Arbitrator Consultants: Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations. *ASA Bulletin* n. 1, p. 40 e ss., 2015.

[54] Nesse sentido, VOSER, Nathalie; and MÖCKESCH, Annabelle. The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations. Disponível em https://www.mondaq.com/arbitration--dispute-resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em 23.2.23.

as conclusões técnicas acolhidas, ela poderá ser objeto de recurso, inclusive com base nos elementos produzidos pelos peritos e assistentes técnicos, constantes dos autos. Saber se essa parcela técnica da fundamentação deriva apenas da atividade mental solitária do juiz, quase monasticamente isolado[55], ou deriva do seu diálogo com alguém que de fato entenda do tema e esteja nomeado nos autos, é de todo irrelevante.

Esse sujeito processual lembra, em alguma medida, a figura do *special mast*er do direito norte-americano. Ele é um auxiliar do juízo, regulado pela *Rule* 53 das *Federal Rules of Civil Procedure*, a qual prevê, entre outras tarefas, que o *master* pode conduzir procedimentos de julgamento e fazer ou recomendar constatações de fato, em procedimentos de competência decisória de juízes (não de júri). Além disso, esse especialista pode ter competência decisória sobre questões preliminares ou posteriores ao julgamento, que não possam ser efetiva e tempestivamente gerenciadas pelo juiz. Graças a essa previsão, é comum que tais profissionais sejam indicados para conduzir a fase de cumprimento das decisões. A autoridade do *master* é definida pelo juiz, assim como a alocação dos honorários a ele devidos.

No Brasil, uma providência similar foi tentada no caso do desastre de Mariana. O juiz da causa nomeou dois especialistas para funcionarem como auxiliares permanentes "a constituir uma espécie de força tarefa pericial à disposição do juízo, aptos a atuarem permanentemente no campo, com vistorias in loco, imprimindo-se racionalidade e uniformidade no tratamento dos conflitos"[56]. Essas pessoas não foram nomeadas para analisar uma questão específica, mas para auxiliar o juízo no diálogo com os subgrupos impactados, inclusive comparecendo nas localidades do território em que isso se faça necessário, bem como para contribuir na análise e compreensão dos elementos técnicos, tanto de natureza ambiental, quanto sociológica, juntados aos autos. Eles não estão encarregados de produzir laudos, nem de responder a quesitos, mas sim de incrementar a capacidade cognitiva do juiz quanto aos assuntos implicados na solução do conflito.

De modo similar, o Ministro Gilmar Mendes, no Habeas Corpus coletivo 165.704 também nomeou uma pessoa, que ele qualificou como "*amicus curiae* e consultora externa desta Corte", com o propósito de "auxiliar esta Relatoria no desenvolvimento de metodologias de análise quantitativa e na definição de indicadores estatísticos que permitam o monitoramento do cumprimento desta decisão em âmbito nacional, de forma transparente e em consonância com os princípios da razoável duração do

[55] Essa ideia de que o juiz deve decidir de modo isolado lembra, de fato, a vida religiosa. O papa Paulo VI anotou: "Eu estava sozinho antes, mas agora a minha solidão torna-se completa e impressionante. Daí a tontura, a vertigem. Como uma estátua no pedestal – é assim que eu vivo agora. Jesus também estava sozinho na cruz. Eu não devo buscar ajuda externa para absolver-me do meu dever; meu dever é muito simples: decidir, assumir toda a responsabilidade por guiar os outros, mesmo quando isso parece ilógico e talvez absurdo. E sofrer sozinho... Deus e eu. O colóquio deve ser completo e interminável". Essa citação está em CORNWELL, John. Hitler`s Pope. New York: Penguin Books, 1999.

[56] Os peritos nomeados foram Maria Tereza Uille Gomes e Phillip Neves Machado. Decisão de 22 de abril de 2022, autos 1024354-89.2019.4.01.3800. O então juiz da causa, responsável pela decisão, foi Mário de Paula Franco Júnior.

processo e da dignidade da pessoa humana encarcerada"[57]. Tal como no caso de Mariana, o propósito dessa nomeação é dar uma contribuição técnica para o julgador, sem, no entanto, implicar a produção de uma prova pericial. Trata-se, como menciona o Ministro, de uma espécie de consultoria pericial, cujos resultados são refletidos na decisão do magistrado, não em um laudo.

7. Conclusão

O problema da tomada de decisão judicial com base em prova científica é centenário e desafia soluções práticas. Produzir um contraditório qualificado e apropriado é difícil quando o tema sobre o qual se contradiz não é compreendido com o mesmo grau de profundidade por todos os sujeitos do debate. Além disso, na contemporaneidade, a profundidade técnica de discussões em matérias como o meio ambiente e a engenharia atingiu graus de complexidade que vão além da compreensão mesmo de boa parte dos iniciados no campo. Essa questão ainda ganha contornos mais delicados quando a prova pericial, além de complexa, é controversa, dando lugar à "guerra de laudos" produzidos pelos peritos e pelos assistentes técnicos.

O presente artigo procurou proporcionar alguns aportes pragmáticos para incrementar a qualidade da análise da prova pericial pelo juiz, partindo de uma configuração tripartite de questões periciais de baixa, média e alta complexidade. As medidas sugeridas organizam-se de modo progressivo, de maneira que aquelas indicadas para a baixa complexidade aplicam-se a todos os demais níveis e as recomenda para o nível intermediária são apropriadas também para a alta complexidade.

Nos casos de baixa complexidade, a decisão judicial pode ser incrementada pela qualificação técnica dos juízes, a fim de que se apropriem, em maior medida, dos elementos básicos do campo científico relevante. Além disso, o cadastro de peritos pode ser incrementado para auxiliar a localização de peritos com expertise mais aderente ao objeto do exame, inclusive, se for o caso, mediante realização de perícias virtuais.

Em casos de média complexidade, a atividade pericial pode ser melhorada pelo incremento do contraditório e da oralidade nas etapas de definição da metodologia e durante a produção dos exames necessários. Com isso, evita-se que as controvérsias sejam submetidas ao juízo apenas depois de pronto o trabalho. A realização do saneamento compartilhado, com a análise criteriosa e organização dos quesitos também é importante para dar foco ao exame. Além disso, é preciso cogitar a possibilidade de nomeação de comissões periciais, para minorar vieses cognitivos e riscos de desvios, bem como incrementar a capacidade analítica da prova. No momento da exposição da prova, sugere-se a realização de audiências de debate pericial – *hot-tubbing* – em vez de apresentação de questionamentos e respostas por escrito.

[57] Coincidentemente, a nomeada nesse caso também é Maria Tereza Uille Gomes.

Nos casos de alta complexidade científica, sugere-se que um acordo de arbitragem pericial, com cisão da cognição, poderia acarretar bons resultados. O perito, escolhido pelas partes, emitiria um laudo pericial vinculante, a partir do qual o juiz proferiria sua decisão. Esse negócio processual minoraria custos e riscos, já que impediria a realização de segunda perícia, evitaria a nomeação de assistentes técnicos bilaterais e reduziria o tempo de produção da prova.

Em segundo lugar, o juiz poderia nomear, além do perito judicial, um consultor técnico pericial, para auxiliá-lo na compreensão das questões técnicas implicadas, elaboração e deferimento de quesitos, avaliação da necessidade de segunda perícia, acompanhamento do procedimento pericial e auxílio na elaboração da fundamentação, no que tange à questão técnica. Essa figura, que encontra similar no *special master* do direito estrangeiro e tem alguns precedentes no Brasil, poderá contribuir para a qualificação da decisão sobre questão técnica, ainda que implique a assunção de alguns ônus. Como dizia H. L. Mencken, para problemas complexos só há soluções simples, elegantes e completamente erradas.

Referências

ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making*: An Encyclopedia of Behavioral Economics. Santa Barbara: Greenwood, 2015.

ARIELLY, Dan. *Predictably Irrational*: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: Harper Perennial, 2010.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

CARROLL, J. S. The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic. *Journal of Experimental Social Psychology,* vol. 14, n. 1, 1978, p. 88–96.

COELHO, Fabiana; VITORELLI, Edilson. Música de: o desafio dos direitos autorais. In: *6º Encontro de Música e Mídia*: música de/para, 2010, São Paulo. Anais do 6º Encontro de Música e Mídia. São Paulo: Musimid, 2010.

COMMENTS. Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses. *U. Det. Mercy L. Rev.*, vol. 89, p. 103 e ss, 2011-2012.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual*: A Guide to Best Practices and Procedures. Charlotte: SPARK Publications, 2019.

EDMOND, Gary. Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure. *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, p. 159 e ss., 2009.

EHLE, Bernd. SIA 150:2018: Modern Swiss arbitration rules for construction disputes. *ASA Bulletin*, vol. 36, n. 4, p. 895-906, 2018.

FAIGMAN, David. Judges as "amateur scientists". *Boston University Law Review*, vol. 86, p. 1207 e ss., 2006.

GAJARDONI, Fernando *et. al. Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2021.

GREENE, Edie; GORDON, Natalie. Can the Hot Tub Enhance Jurors' Understanding and Use of Expert Testimony. *Wyoming Law Review*, vol. 16, p. 359 e ss., 2016.

HAND, Learned. Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*, vol. 15, p. 40–58, 1901.

HUYGHE SR., Steve; CHAN, Adrian. The Evolution of Expert Witness Law under UK and US Jurisdictions. *Construction Law International*, vol. 8, n. 4, p. 14 e ss., 2013.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, PAUL (org.). *Judgment under uncertainty*: heuristics and biases. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2018.

MEYER, Bernhard F.; BAIER, Jonatan. Arbitrator Consultants: Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations. *ASA Bulletin,* n. 1, p. 40 e ss., 2015.

NISBET, Richard E.; ROSS, Lee. *Human inference*: strategies and shortcomings of social judgment. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1980.

OSWALD, Steve; HART, Christopher. *Trust based on bias*: Cognitive constraints on source-related fallacies. 2013. Disponível em https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA10/papersandcommentaries/125/. Acesso em 30.1.23.

POHL, Rüdiger F. *Cognitive Illusions*: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory, Hove: Psychology Press, 2004.

POUNDSTONE, William. *Priceless*: the myth of fair value. New York: Hill and Wang, 2010.

SLOGGETT, Robyn. The Truth of the Matter: Issues and Procedures in the Authentication of Artwork. *Art Antiquity & Law*, vol. 5, p. 295 e ss., 2000.

TIMLIN, Tracey. The Swiss Supreme Court on the Use of Secretaries and Consultants in the Arbitral Process. *Arbitration Law Review*, vol. 8, p. 268 e ss., 2016.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, n. 5, vol. 2, 1973, p. 207–232.

_____;_____. Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, vol. 90, n. 4, 1983, p. 293–315.

VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. *The arbitral tribunal-appointed expert*. A Swiss approach. Disponível em https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2022/06/2022-The-arbitral-tribunal-appointed-expert-A-Swiss-approach-ICC-IWBL.pdf.

VASQUEZ, Carmen. *Prova pericial*: da prova científica à prova pericial. Salvador: Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 3.ed. São Paulo: RT, 2022.

_____. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória. *Revista de Processo*, v. 297, p. 369-396, 2019.

_____. Decisão judicial por métodos estatísticos: novos horizontes para as causas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 298, p. 387-414, 2019.

_____; DE ALMEIDA, João Henrique. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? *Revista de Processo*, vol. 316, p. 29-62, 2021.

VOSER, Nathalie; MÖCKESCH, Annabelle. *The SIA Standard 150:2018 For Arbitrations*. Disponível em https://www.mondaq.com/arbitration--dispute-resolution/731246/the-sia-standard-1502018-for-arbitrations. Acesso em 23.2.23.

WELCH, Scott. From Witness Box to the Hot Tub: How the Hot Tub Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 5, n. 3, p. 154 e ss., 2010.

WILSON, David *et. al.* Hot-tubbing experts: is there scope for the use of concurrent expert evidence? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 8, n. 9, p. 691–699, 2013.

WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review,* vol. 93, 2015, p. 855 e ss.

_____; _____; _____. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, p. 695 e ss.

_____; _____; _____. Altering Attention in Adjudication. *UCLA Law Review*, vol. 60, 2013, p. 1586 e ss.

A importância da atuação do Ministério Público na fiscalização da política pública de cotas raciais – comissões de verificação[1]

The importance of the Public Ministry's performance in supervising the public policy on racial quotes – verification comissions

Fernanda Nicolau Leandro Terciotti*

Sumário

1. Introdução. 2. Fraudes à política pública de cotas raciais. 3. Comissões de verificação (heteroidentificação). 3.1. Constitucionalidade das comissões de verificação. 3.2. Previsão e regulamentação das comissões de verificação – requisitos. 4. O caso do concurso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. 5. A eficácia do sistema de cotas e a necessidade de fiscalização. 5.1. Ministério Público na defesa das ações afirmativas e das cotas raciais. 5.2. O Ministério Público na fiscalização das comissões de verificação. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

As políticas públicas afirmativas sedimentam-se essencialmente na adoção de medidas para promoção da igualdade material, de modo que o sistema de cotas raciais surge como uma de suas principais vertentes. Deste modo, as cotas raciais apresentam-se como uma das principais políticas públicas afirmativas para diminuição do racismo a demandar a atenção dos gestores públicos, uma vez que a efetiva implementação do sistema de cotas é determinante para que se promova o aumento da presença de pessoas negras nos ambientes pretendidos. A ocorrência de fraudes ao sistema de cotas raciais surge como fator determinante a apontar a necessidade de fiscalização e de realização de heteroidentificação das pessoas que concorrem às vagas reservadas pelas cotas, sendo reconhecida a instituição de Comissões de

[1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ). Orientador: Rogério Pacheco Alves.

* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Verificação como o procedimento mais eficaz para tal fim. O propósito deste trabalho é analisar a importância da atuação do Ministério Público na fiscalização da instituição das Comissões de Verificação com o fim de evitar fraudes ao sistema de cotas raciais e garantir a efetividade da política pública afirmativa.

Abstract

Affirmative public policies are essentially based on the adoption of measures to promote material equality. The racial quota system emerges as one of its main aspects of the aforementioned policies. In this degree, racial quotas are one of the main affirmative public policies to reduce racism that demand the attention of public managers, since the effective implementation of the quota system is crucial for promoting an increase in the presence of black people in the intended environments. The occurrence of fraud in the racial quota system emerges as a determining factor to point out the need for inspection and hetero-identification of people who compete for vacancies reserved by quotas, with the institution of Verification Commissions being recognized as the most effective procedure for this purpose. This work aims to analyze the importance of the role of the Public Prosecutor's Office in supervising the institution of Verification Commissions in order to avoid fraud in the racial quota system and guarantee the effectiveness of affirmative public policy.

Palavras-chave: Cotas raciais. Fraude. Comissão de verificação. Ministério Público.

Keywords: *Racial quotas. Fraud. Verification commission. Public Ministry.*

1. Introdução

Reconhecer que, após 388 anos de escravidão, a sociedade brasileira vem mantendo mecanismos que, ao longo da história e através de variadas formas de discriminação, contribuem para a exclusão dos negros do ambiente universitário e do processo produtivo, é o ponto de partida para se reconhecer a necessidade de uma política compensatória de cotas raciais para se promover a igualdade e a justiça.

Cabível e necessário, portanto, discriminar positivamente, com atribuição de tratamento diferenciado a grupos historicamente discriminados com o fim de corrigir desvantagens causadas por uma discriminação negativa, e, por meio de políticas públicas afirmativas, compensar a desigualdade.

Sem adentrar à discussão sobre a origem das políticas afirmativas,[2] pode-se afirmar que houve um divisor de águas com o marco jurisprudencial da decisão

[2] Em seu voto, na ADPF 186, o Min. Relator Ricardo Lewandowski informa que as políticas afirmativas "não são uma invenção americana", e que teriam origem na Índia, que diante da existência da política de castas, com a classificação de pessoas como "párias" e "intocáveis", aprovou o *Government of India Act*, no ano de 1935, com o fim de promover o combate à exclusão social. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

da Suprema Corte Americana no caso *Brown vs. Board of Education*,[3] em 1954, que autorizou a entrada de negros na Universidade do Alabama e contribuiu para o fim do regime de segregação racial.

No Brasil, o direito à igualdade como garantia fundamental está previsto na Carta Magna, sendo certo que o sistema constitucional vigente se distancia da igualdade meramente formal e estática, consolidando a igualdade material, em que são consideradas as circunstâncias desiguais presentes na sociedade, para que estas sejam tratadas de forma desigual, promovendo, assim, a igualdade substancial.

De todo arcabouço constitucional que garante a igualdade material e respalda a adoção de ações afirmativas, merece destaque o art. 3º da Constituição Federal,[4] que prevê como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização e, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Neste sentido, também deve ser destacado o artigo 5º, que estabelece o direito a igualdade como garantia fundamental, e os artigos 6º e 7º, que elencam os direitos fundamentais sociais, devendo o direito ao trabalho, portanto, ser assegurado às minorias.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010,[5] conhecida como Estatuto da Igualdade Racial, pode ser considerada o dispositivo infraconstitucional mais relevante na promoção da igualdade étnico-racial, destinado, de acordo com seu art. 1º, a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Após esse marco legislativo, começaram a surgir editais com cotas raciais em universidades brasileiras,[6] alguns com base em legislações estaduais e outros na própria autonomia das universidades, o que gerou reações contrárias, tanto no

---

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (Cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 14 out. 2022.

[3] Suprema Corte Americana, *Brown vs. Board of Education*, 345, US, 483 (1954).

[4] BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

[5] BRASIL. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985 e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12288&ano=2010&ato=e4eoXSq1keVpWT31d. Acesso em: 14 out. 2022.

[6] Sem deixar de vivenciar debates sobre o tema, uma vez que sempre houve posições contrárias às cotas sociais e raciais, como formanda no ano de 2004, participei com orgulho da experiência do início da implementação do sistema de cotas na UERJ, adotado pela Universidade em 2003, com reserva de vagas para candidatos da rede pública e/ou autodeclarados pretos ou pardos.

ambiente acadêmico quanto no Judiciário, até o julgamento paradigmático da ADPF n.º 186/DF, em que o Supremo Tribunal Federal[7] reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais por unanimidade.

Vários pontos foram analisados pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgado, alguns deles de importância central para esse estudo, como a possibilidade e a legitimidade de constituição de comissões de heteroidentificação racial, sendo certo que a decisão abriu espaço para previsão das cotas raciais em âmbito legislativo, o que se deu meses após a conclusão da votação, com o sancionamento da Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012.[8]

A chamada "Lei de Cotas" estabeleceu a reserva de vagas para estudantes pretos, pardos e indígenas nas universidades, e em 2014 foi sancionada a Lei nº 12.990,[9] que determinou a reserva de 20% de vagas em concursos públicos federais para negros, perfazendo, portanto, 10 (dez) anos de concretização do sistema de cotas raciais no Brasil.

Necessário, pois, analisar a eficácia de sua implementação e os resultados alcançados, o que nos leva à constatação da ocorrência de casos de fraudes às cotas raciais, que prejudicam a efetividade, o alcance da política de cotas e, ao final, a inclusão de pessoas negras nos ambientes pretendidos.

Pode-se descrever a fraude às cotas, de forma simples, como os casos de usurpação por estudantes/candidatos brancos das vagas destinadas aos sujeitos de direito às cotas, que pode se dar de forma consciente ou não, o que vai fazer variar as formas de cessação do desvio e da possível punição.

O Ministério Público, de acordo com os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, tem a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, devendo zelar pelos direitos garantidos pela Constituição, promovendo as medidas necessárias para tanto, incluindo a promoção de inquérito civil e ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos.

Assim, considerando a igualdade material como direito fundamental e as ações afirmativas de cotas raciais como uma das políticas públicas adotadas para garantia desse direito, cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento de tais medidas.

---

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (Cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 14 out. 2022.

[8] BRASIL. *Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

[9] BRASIL. *Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

O objetivo desse estudo é demonstrar a legitimidade e a importância do papel do Ministério Público na fiscalização do respeito às cotas raciais e no combate à fraude, com o fim de garantir que as ações afirmativas cumpram seu papel, qual seja, de implementar a igualdade material às pessoas a que se destinam.

Com efeito, seja a fraude consciente ou não, o que se analisará mais adiante, inegável a necessidade de formação de Comissões de Verificação com o fim de evitar a ocorrência de fraude ao sistema de cotas nos diversos níveis e órgãos previstos, cabendo ao Ministério Público, além dos órgãos da própria administração, promover a fiscalização e a cobrança quanto a instauração de tais comissões.

A motivação que levou à realização deste trabalho foi ter identificado que, por falha ou omissão dos órgãos e instituições responsáveis pela realização de processos seletivos, concursos públicos e vestibulares, o sistema de cotas tem sido burlado em razão de fraudes, que acabam por se perpetuar quando não há a devida verificação.

Por outro lado, a justificativa para a realização deste estudo tem por base a motivação pessoal de, identificando mais esse papel fundamental da atuação do Ministério Público na garantia dos direitos fundamentais e defesa do regime democrático, contribuir com a efetividade da política antirracista de cotas, para que haja a redução do racismo estrutural e a promoção da igualdade material numa sociedade ainda tão desigual.

A metodologia consistirá na revisão da literatura e da jurisprudência sobre o tema e também na análise de um caso concreto, em que foram identificadas fraudes às cotas raciais, vale dizer, do Concurso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que foi acompanhado pela autora quando em exercício na 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cidadania da Capital.[10]

2. Fraudes à política pública de cotas raciais

Nas palavras de Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva: "As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física".[11]

Assim, na busca da garantia do direito à igualdade, não basta que se garanta apenas o combate a todos os tipos de discriminação, mas que se adotem medidas que busquem promover a igualdade de fato, que, ao final, se confunde com a garantia da própria democracia, merecendo destaque, nesse sentido, as palavras de Flávia Piovesan:

[10] IC 2018.00275598 – "Cidadania. Notícia de Irregularidade na nomeação de candidatos aprovados sob o regime de cotas (afrodescendentes e indígenas) no concurso público realizado pela Câmara Municipal. Edital SMA 46/14. Pessoas não pertencentes a estas etnias estariam sendo investidas no cargo".

[11] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Seminário Internacional As Minorias e o Direito*. Brasília, DF: CJF, 2003. (Cadernos do CEJ, 24). p. 90.

> Se a democracia se confunde com a igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade. Para a implementação do direito à igualdade, é decisivo que se intensifiquem e aprimorem ações em prol do alcance dessas duas metas que, por serem indissociáveis, hão de ser desenvolvidas de forma conjugada. Há, assim, que se combinar estratégias repressivas e promocionais que propiciem a implementação do direito à igualdade. Reitere-se que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada hoje por mais de 167 Estados (dentre eles o Brasil), aponta para a dupla vertente: a repressiva punitiva e a promocional. Vale dizer, os Estados-partes assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas também o dever de promover a igualdade mediante a implementação de medidas especiais e temporárias que acelerem o processo de construção da igualdade racial.[12]

Os ciclos das políticas públicas envolvem vários atos, legislativos e administrativos, que se destinam a cumprir um propósito estatal com o intuito de implementar objetivos escolhidos pelos diversos entes envolvidos em benefício da sociedade.

Assim, a política pública pode estar determinada na própria Constituição da República, ser prevista na legislação ou ser estabelecida por ato administrativo, sendo certo que se pode aferir a possibilidade de adoção de ações afirmativas como políticas públicas para promoção da igualdade material da análise do texto constitucional, quando, em os artigos 3º, 5º, 6º e 7º elencam como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Além disso, nosso direito constitucional abriga tratados internacionais de direitos humanos, e com a aprovação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial, e Formas Correlatas de Intolerância, por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, a mesma tornou-se equivalente a emenda constitucional,[13] não deixando margem para dúvidas de que houve a

[12] PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Temas em Destaque – Políticas inclusivas e compensatórias. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 52, jan./abr. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt. Acesso em: 16 nov. 2022.

[13] Art. 5º, §3º, CR "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Cf. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

constitucionalização das políticas públicas de ações afirmativas de promoção da igualdade racial do Brasil.

De acordo com o art. 1, nº 5 da Convenção contra o Racismo:

> As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeriam essa proteção, não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.[14]

As ações afirmativas, portanto, foram uma escolha de âmbito constitucional no Brasil, bem como em nível infraconstitucional e administrativo, e "exercida a escolha pública pela Administração, e enunciada numa política pública correspondente, o que se tem é uma evidente autovinculação, que há de pautar, por sua vez, as tão mencionadas ações de controle e, acima de tudo, o juízo em relação à eficiência da ação estatal".[15]

A constitucionalidade das ações afirmativas foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, merecendo destaque um trecho da ementa do acórdão da ADI 3.330/DF, em que foi declarada a constitucionalidade da medida provisória, depois convertida em lei que estabeleceu o PROUNI, uma ação afirmativa para concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonialização, senão vejamos:

> [...] 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia,* o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares socialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e egressos de escolas privadas, que hajam sido contemplados com bolsa integral, não ofende a Constituição Pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha a *toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade ("*ciclos cumulativos de desvantagens competitivas*"). Com o que se

[14] BRASIL. *Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022*. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 14 out. 2022.
[15] VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92.

> homenageia a insuperável máxima aristotélica, que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais também na medida em que se desigualem.[16]

A política pública de combate ao racismo estrutural[17] e busca de igualdade racial por meio de ações afirmativas aqui representadas pelas cotas raciais, uma vez previstas na Constituição da República, internalizadas por meio de tratados internacionais, regulamentadas em nível infraconstitucional e estabelecidas em diversos atos administrativos, a exemplo de editais e provas de ingresso para universidades, devem, portanto, ser fiscalizadas de forma devida, como objeto de controle, para que sejam efetivamente cumpridas e implementadas.

No conceito do Prof. Felipe de Melo Fonte:

> *Políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública*. Assim, a política pública pode ser descomposta em normas abstratas de direito (*e.g.*, Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (*e.g.*, os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (*e.g.*, o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino etc.). O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo. Em todos os casos haverá controle de políticas públicas.[18] (grifo do autor)

---

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330 Distrito Federal*. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 213/2004, convertida na Lei nº 11.096/2005. Programa Universidade Para Todos – Prouni. [...]. Relator: Min. Ayres Brito, 03 de maio de 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112. Acesso em: 14 out. 2022.

[17] O racismo estrutural se difere de manifestações individuais de racismo, posto que "a reprodução sistêmica de práticas racistas está na organização política, econômica e jurídica da sociedade", o que significa dizer que "o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática". Cf. ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*: feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019. p. 41.

[18] FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

Analisando as relações entre o direito e o racismo, e reforçando a importância das políticas afirmativas de cotas raciais, uma das visões correntes sobre o tema, indica que "o direito é a forma mais eficiente de combate ao racismo, seja punindo criminal e civilmente os racistas, seja estruturando políticas públicas de promoção de igualdade".[19]

Sem ignorar as posições contrárias ainda existentes na sociedade ao sistema de cotas raciais, e o prejuízo à sua efetividade gerado pelas fraudes e pela falha nos sistemas de controle, é inegável o potencial transformador do mesmo.

O IBGE aponta a diferença de acesso à universidade, entre os anos de 2004 e 2014, de pessoas conforme a raça/cor, na faixa etária entre 18 e 24 anos, que subiu de 16,7% para 45,5%, e que, em 2018, pela primeira vez, o número de matrículas de estudantes pretos e pardos nas universidades ultrapassou o de brancos, totalizando 50,3% dos estudantes do ensino superior da rede pública.[20]

Conforme destacado em matéria recente da Revista Veja,[21] além do aumento do grupo egresso das faixas de renda mais baixas, os negros, que representam 56% da população brasileira, atualmente ocupam mais da metade das vagas das universidades federais, o que significa um salto enorme.

Erich Dietrich, professor de ensino superior e educação internacional na NYU (Universidade de Nova York), destaca que a ação afirmativa no Brasil é ambiciosa e transparente quando comparada com o exemplo americano, e que a política de cotas brasileira tem sido transformadora, e servido de inspiração.

A par dos diversos avanços após quase duas décadas de implementação da política de cotas raciais no país, e 10 (dez) anos da primeira Lei de Cotas, se tornaram comuns os casos de fraudes ao sistema, em que pessoas brancas se autodeclaram negras sem que o sejam, gerando desvio de finalidade da política pública de ação afirmativa em questão e comprometendo sua efetividade.

As fraudes às cotas raciais podem ser definidas, portanto, como a usurpação, por estudantes/candidatos brancos, das vagas destinadas a pessoas pretas, pardas ou indígenas, sujeitos de direitos das cotas.

A autodeclaração falsa por pessoas brancas, de que sejam pretas ou pardas sem que o sejam de fato, pode se dar de forma consciente, ou seja, sabendo que não faziam jus às vagas reservadas, ou de forma inconsciente, quando acreditavam que teriam direito a essas vagas por não saberem como se dá a classificação racial para fins de concorrência às cotas raciais.

---

[19] ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*: feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019. p. 112.
[20] PESQUISA do IBGE mostra o sucesso da política de cotas. *OXFAM Brasil*. São Paulo, 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/blog/pesquisa-do-ibge-mostra-o-sucesso-da-politica-de-cotas/. Acesso em: 16 nov. 2022.
[21] FERRAZ, Ricardo. Cotas funcionam como bom motor para mobilidade social, dizem estudos. *Veja*. São Paulo, n. 2789, 13 maio 2022. Disponível em: https://veja.abril.com.br/educacao/cotas-funcionam-como-bom-motor-para-mobilidade-social-dizem-estudos/. Acesso em: 16 nov. 2022.

Nas hipóteses em que a apropriação se dá com objetivo de obter vaga que sabe não ser sua por direito, merece destaque a definição da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, e ativista antirracista, Livia Sant'Anna Vaz:

> É o que ocorre com o fenômeno que podemos denominar de *afroconveniência* ou *afro-oportunismo*, isto é, uma espécie de *apropriação da identidade racial por mera conveniência*. Pessoas socialmente brancas, que nunca se identificaram como negras, passam a reivindicar uma *negritude de ocasião* como intuito de usufruírem do direito às vagas reservadas em universidades e concursos públicos.[22] (grifo nosso)

Com efeito, é possível que uma pessoa branca se autodeclare negra, sabendo não ser negra, mas que, por ser filho de uma pessoa negra, por exemplo, acreditava que faria jus a uma das vagas reservadas para pessoas pretas ou pardas.

Ocorre que se o objetivo da política pública é a promoção da igualdade racial, com o incremento da presença de pessoas negras nas universidades e espaços de trabalho, o ingresso de uma pessoa branca que tem um ascendente negro na universidade não cumpre o objetivo a que se destina o sistema de cotas.

Além disso, se consideramos a genética, a ancestralidade e a miscigenação no Brasil, chegaríamos ao extremo de admitir que todos os brasileiros possuem ascendência negra, e permitir a adoção de tal critério seria aniquilar por completo o objetivo das cotas raciais, visto que uma política pública de reparação social que é para todo mundo não é para ninguém.

Portanto, os sujeitos de direitos desta política pública são aqueles que potencialmente sofrem discriminação racial em razão do seu fenótipo de pessoa não branca, sendo certo que a identidade racial não se limita à forma como o sujeito se reconhece, mas como é reconhecido pela sociedade.

Também não é o caso de haver necessidade de se averiguar se a pessoa de fato sofre ou já sofreu alguma situação específica de discriminação em razão da sua cor ou etnia, pois a identificação pelo indivíduo acerca da vivência de uma experiência de discriminação envolve vários critérios subjetivos.

Uma pessoa pode ser negra e acreditar que nunca sofreu discriminação pelo simples fato de não compreender como opera o racismo estrutural, apesar de experimentar os efeitos nefastos desse sistema diariamente.

Ademais, a identidade racial não pode depender de uma mera escolha individual (autoidentificação), mas precisa de uma heteroidentificação, que é a ratificação coletiva daquela identificação pessoal, merecendo destaque a explicação de Sales Augusto dos Santos e Georgina Helena Lima Nunes sobre o assunto:

[22] VAZ, Livia Sant'Anna. *Cotas Raciais*: feminismos plurais. São Paulo: Jandaira, 2022. p. 107.

> Isto significa que não é suficiente que o/a estudante candidato/a à subcota étnico-racial se declare, por exemplo, pardo/a para automaticamente ser considerado/a pardo/a. A autodeclaração racial não depende somente da escolha individual (autodeclaração) de uma identidade racial pelo candidato/a. A autodeclaração racial precisa da ratificação social, coletiva, dessa autodeclaração. Dito de outra maneira, é preciso haver concordância na forma como os/as estudantes candidatos/as às subcotas étnico-raciais se veem racialmente e como eles/as são vistos/as em sociedade.[23]

Diante do exposto, não é difícil concluir que a utilização da autodeclaração como único critério para reconhecimento da condição racial que enseja a possibilidade de concorrência às vagas reservadas para pessoas pretas e pardas, além de não ser critério suficiente, abriu brecha para os inúmeros casos de fraudes que são identificados e noticiados no país de forma frequente.[24]

Assim, passou-se a reconhecer a necessidade de instauração de comissões de verificação em provas de ingresso para universidades e concursos públicos, com a finalidade de averiguar a veracidade da autodeclaração dos candidatos a partir dos aspectos fenotípicos de pessoas negras.

Da mesma maneira, imprescindível discutir e analisar a forma como deve se pautar a utilização desse mecanismo de controle de política pública, ou seja, como serão realizadas as avaliações por comissões de heteroidentificação.

3. Comissões de verificação (heteroidentificação)

Identificado a quem se destinam as cotas raciais no sistema brasileiro e de que forma ocorrem as fraudes, importante analisar como deve ser realizada a fiscalização e controle da política pública em si, para que se garanta, de fato, o aumento da presença de pessoas negras nos ambientes pretendidos.

---

[23] SANTOS, Sales Augusto dos Santos; NUNES, Georgina Helena Lima. Fraudes nas Subcotas para Negros/as e o Despontar do Hiper-racismo no Brasil. *In*: AMARO, Sarita; OLIVEIRA, Evaldo Ribeiro (Org.). *Sim, o racismo existe*! Curitiba: Nova Práxis Editorial, 2019. p. 94.

[24] A título de exemplo, seguem algumas notícias sobre fraudes ao sistema de cotas raciais publicadas recentemente:
ESTUDANTES são condenadas por fraude nas cotas para ingressar em universidade pública. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 15 set. 2022. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/estudantes-sao-condenadas-por-fraude-nas-cotas-para-ingressar-em-universidade-publica/. Acesso em: 14 out. 2022.
MELLO, Daniel. USP investiga 193 denúncias de fraude no sistema de cotas raciais. *Agência Brasil*. São Paulo, 07 jul. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2021-07/usp-investiga-193-denuncias-de-fraude-no-sistema-de-cotas-raciais. Acesso em: 14 out. 2022.
PROBLEMA de fraude nas cotas em universidades públicas. *Portal Jornalismo ESPM Rio*. Rio de Janeiro, 18 maio 2022. Disponível em: https://jornalismorio.espm.br/destaque/o-problema-de-fraude-nas-cotas-em-universidades-publicas/. Acesso em: 14 out. 2022.

Como se verá a seguir, a instauração de comissões de heteroidentificação, com o fim de verificar o fenótipo das pessoas que se inscrevem para as vagas reservadas, é o meio mais eficiente de evitar fraudes e garantir o acesso a pessoas que realmente fazem jus a esse direito.

3.1. Constitucionalidade das comissões de verificação

A decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186/DF, em abril de 2012, colocou fim a uma controvérsia que se arrastava por várias décadas nas diversas instâncias jurisdicionais do País, com decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade do sistema de cotas raciais, mas, para além disso, legitimou a utilização da heteroidentificação como critério complementar à autodeclaração e como forma de evitar a fraude.[25]

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, ajuizada pelo Partido Democratas – DEM, pretendia a declaração de inconstitucionalidade de atos da UnB (Universidade de Brasília), do CEPE (Conselho de Ensino, Pesquisa, e Extensão da UnB) e do CESPE (Centro de Promoção de Eventos na UnB), que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes.[26]

O autor da ação sustentou, entre outros argumentos, que se teria institucionalizado um verdadeiro "tribunal racial" para definir quem é negro e quem não é, questionando os critérios utilizados para esse fim.

Durante o julgamento, foram apontados casos concretos em que ocorreram distorções de avaliação para criticar a heteroidentificação, como o exemplo de gêmeos idênticos que foram considerados de "cores diferentes" pela Comissão de Verificação da UnB.

Mas, no entanto, tais argumentos não podem servir como defesa para uma ausência de fiscalização, devendo-se presumir, ao contrário, que as autoridades responsáveis irão se pautar por critérios razoáveis para identificar aqueles que devem ser favorecidos pela política pública inclusiva.

Os critérios de seleção utilizados em cada caso devem ser aqueles adotados no Edital, posto que vinculantes, como o do fenótipo, em que se observa se a pessoa é negra (preta ou parda), pois é essa característica que gera o preconceito e a discriminação contra a mesma, uma vez que o preconceito no Brasil é "de marca" e não de origem.

---

[25] Entre os vários precedentes da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, destacamos MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti; ADI 1.276-SP, Rel. Min. Ellen Gracie; o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI nº 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (Cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 14 out. 2022.

Significa dizer que se o que faz com que uma pessoa seja discriminada nesse país é a cor da sua pele ou alguma outra característica de fenótipo negro, como o cabelo crespo, por exemplo, e não a origem familiar, ou seja, se a pessoa tem uma família com ascendentes negros, esse é o critério que deve ser observado para se avaliar se a pessoa faz jus ou não a uma vaga reservada para cotas raciais.

Por essa razão, a atividade da comissão de heteroidentificação não consiste em uma entrevista, pois não cabe fazer perguntas para conferir se a pessoa possui um ascendente negro ou se já sofreu alguma situação explícita de discriminação racial, e sim, na simples verificação do fenótipo negro, daí também a importância de que seja feito de forma presencial (ou eventualmente remota) e não por meio de fotografias ou documentos.[27]

O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto foi seguido por unanimidade, defendeu a legitimidade da adoção do critério de heteroidentificação, entendendo que este mecanismo de identificação do componente étnico-racial está de acordo com a ordem constitucional vigente.

Merece destaque, nesse sentido, parte do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF 186/DF, *in verbis*:

> *A discriminação e o preconceito existentes na sociedade não têm origem em supostas diferenças no genótipo humano. Baseiam-se, ao revés, em elementos fenotípicos de indivíduos e grupos raciais*. São esses traços objetivamente identificáveis que informam e alimentam as práticas insidiosas de hierarquização racial ainda existentes no Brasil. Nesse cenário, o critério adotado pela UnB busca simplesmente incluir aqueles que, pelo seu fenótipo, acabam marginalizados. Diante disso, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade na utilização de caracteres físicos e visíveis para definição dos indivíduos afrodescendentes.
>
> Também não acolho a impugnação de que a existência de uma comissão responsável por avaliar a idoneidade da declaração do candidato cotista configure um *"Tribunal Racial"*. O tom *pejorativo e ofensivo* empregado pelo partido requerente não condiz com a seriedade e cautela dos instrumentos utilizados pelas UnB para evitar fraudes à sua política de ação afirmativa. A referida banca não tem por propósito definir quem é ou não negro no Brasil. Trata-se, antes de tudo, de um esforço da universidade para que o respectivo programa inclusivo cumpra efetivamente seus desideratos, beneficiando seus reais destinatários, e não

[27] O que não afasta a possibilidade de apresentação de fotografias e documentos que se entender pertinentes em fase de recurso, em face de decisão da comissão que tenha concluído pela ausência de fenótipo negro.

> indivíduos oportunistas que, sem qualquer identificação étnica com a causa racial, pretendem ter acesso privilegiado ao ensino público superior.[28] (grifo nosso)

Alguns anos depois, por ocasião do julgamento da constitucionalidade da reserva de vagas para negros em concursos públicos federais, estabelecida pela Lei nº 12.990/2014, o Supremo Tribunal Federal novamente declarou a constitucionalidade das comissões de heteroidentificação como mecanismo de fiscalização do sistema de cotas, com destaque para o seguinte trecho da ementa:

> [...] 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (*e.g.*, a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.[29]

Assim, o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a constitucionalidade da utilização de critérios de heteroidentificação e a legitimidade das comissões instituídas para esse fim, como reconheceu a importância do método de fiscalização para evitar fraudes pelos candidatos, e, sendo assim, fundamental analisar de que forma devem ser previstas, constituídas, e como devem ser realizados os trabalhos das comissões de verificação.

3.2. Previsão e regulamentação das comissões de verificação – requisitos

A Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações do Trabalho no Serviço Público já havia disposto sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins da concorrência às vagas reservadas em concursos públicos federais, por meio da Instrução Normativa (ON) n. 3, de 01/08/2016, que, em seu art. 2º, inciso IV, §1º previu que "as formas e critérios de verificação da veracidade

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (Cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 14 out. 2022.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 Distrito Federal*. Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei n° 12.990/2014. [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em: 14 out. 2022.

da autodeclaração deverão considerar, tão somente, os aspectos fenotípicos dos candidatos, os quais serão verificados obrigatoriamente com a presença do candidato".[30]

Em abril de 2018, foi editada a Portaria Normativa SGP n.º 4, que regulamentou o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990/2014.[31]

A Portaria nº 4, que também tem servido de parâmetro para concursos estaduais e municipais, em seus artigos 9º, *caput* e §1º, prevê que a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para a aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público, assim consideradas aquelas ostentadas ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação.[32]

Considerando que o que se pretende é verificar as características fenotípicas do candidato no momento da verificação, não se cuida, ao menos em princípio, de uma análise de documentos ou fotografias, tampouco de uma entrevista a se questionar sobre a família ou eventuais situações de discriminação, mas observar características que identificam a pessoa como não branca e, assim, sujeita à discriminação racial.

Imprescindível, portanto, a previsão expressa no edital dos critérios a serem considerados no procedimento de heteroidentificação, assim como a possibilidade de contraditório e recurso, razão pela qual as decisões pela exclusão do candidato devem ser devidamente motivadas.

Com efeito, outro requisito fundamental é a necessidade de motivação das decisões das comissões de heteroidentificação, especialmente nas hipóteses em que a decisão invalida a autodeclaração racial, sob pena de futura decretação de nulidade da mesma, que ostenta natureza de ato administrativo.

Como se poderá observar no caso concreto a ser analisado mais adiante, a comissão instituída para avaliar a validade da autodeclaração racial deve explicitar os elementos que foram analisados, especificando, por exemplo, a textura dos cabelos, a cor da pele e os traços faciais dos candidatos.

Assim, o entendimento jurisprudencial se firmou no sentido de reconhecer a legitimidade/necessidade de utilização de critério misto para preenchimento

---

[30] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Orientação Normativa nº 3, de 01 de agosto de 2016*. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2016. Disponível em: https://www.ifpb.edu.br/servidor/todos-os-servidores/documentos/orientacao-normativa-no-3-de-1-de-agosto-de-2016.pdf/view#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20regras%20de%20aferi%C3%A7%C3%A3o,9%20de%20junho%20de%202014. Acesso em: 14 out. 2022.

[31] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria Normativa SGP nº 4, de 06 de abril de 2018*. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-normativa-4-2018_358755.html. Acesso em: 14 out. 2022.

[32] *Ibid*.

das vagas reservadas para pessoas pretas ou pardas, ou seja, autodeclaração e heteroidentificação, com o fim de evitar fraudes ao sistema de cotas, desde que as decisões sejam fundamentadas, e que seja garantido o contraditório e a ampla defesa.

Em verdade, a própria previsão de uma Comissão de Heteroidentificação no edital já consegue inibir as declarações falsas, mas a Administração Pública tem o dever de colocar em prática o mecanismo, sob pena de acabar convalidando as fraudes.

Deve-se observar, ainda, o momento em que serão realizados os trabalhos de verificação pela Comissão de Heteroidentificação, visto que importante que não ocorra de forma tardia, com o fim de evitar que haja prejuízo a candidatos que ficaram de fora do certame em fases anteriores, em razão da fraude perpetrada por outros candidatos.

Assim, de forma geral, entende-se que o ideal seria a verificação após as fases objetivas e antes das fases subjetivas de provas e concursos, quando se passa a fazer a correção apenas das provas dos candidatos/alunos aprovados em fase anterior, para permitir que os excluídos pela classificação injusta de candidatos fraudadores possam continuar no certame pelo sistema de cotas a que fazem jus.

O que se espera é que o ente público utilize seu poder de fiscalização de ofício, prevendo a heteroidentificação nos editais, implementando as respectivas comissões e realizando, de fato, o procedimento de verificação durante a realização do concurso, na forma devida, sem que para isso dependa de provocação de terceiros ou "denúncias" de casos fraudulentos.

No entanto, o que se defende nesse estudo é exatamente a importância do papel do Ministério Público quando a Administração Pública falhar na fiscalização da política pública de cotas raciais, seja deixando de prever a heteroidentificação, seja deixando de constituir a comissão, seja deixando de realizar o procedimento de verificação, seja realizando a verificação de forma falha ou equivocada, ou qualquer outra omissão ou erro que enseje a atuação do *Parquet* e a adoção das providências cabíveis.

Diante do exposto, analisando um caso concreto de atuação, pretende-se mostrar a importância da atuação do Ministério Público na fiscalização do sistema de cotas raciais, partindo da necessidade de heteroidentificação e demonstrando as possibilidades concretas de atuação.

4. O caso do concurso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro

O inquérito civil nº 2018.00275598 tinha por objeto apurar notícia de fraude no preenchimento das vagas reservadas para negros e índios no concurso de admissão para a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, por meio do Edital SMA nº 46, de 01 de abril de 2014, foi instaurado em junho de 2018, e tramitava perante a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cidadania da Capital.

O procedimento teve origem a partir de uma ouvidoria anônima, recebida em abril de 2018, que narrava o seguinte:

> Boa tarde, informo que no processo de admissão dos concursados da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Edital SMA nº 46, de 01 de abril de 2014, no que tange à admissão dos assistentes técnicos legislativos, classificados segundo a Lei Municipal nº 5.695, de 27/03/2014, que trata da cota reserva de 20% das vagas para negros e índios, estão sendo ocupados por candidatos que não atendem os requisitos étnicos. O edital é claro quanto à exclusão dos candidatos que não atendam a esse requisito. Não existe, nos meios de comunicação da CMRJ, o informativo de como estão deferindo ou indeferindo a admissão desses candidatos, se existe uma comissão julgadora da qual haja publicidade dos atos. Quando visualizados alguns candidatos convocados e em exercício desde 2014 na Câmara, percebe-se que não se trata nem de negro, tampouco índio. Com isso, candidatos legítimos à vaga estão aguardando a convocação que nunca acontece. Isso fere o princípio da publicidade e pode ferir também o da legalidade. Respeitosamente, solicito ajuda e providências nesse caso. A validade desse concurso expira em setembro de 2018.[33]

Requisitados esclarecimentos à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, foi informado que ainda não havia nenhum procedimento administrativo autuado com base em detecção de falsidade da autodeclaração de candidato à vaga reservada para cota no concurso público em questão, tendo sido enviada cópia do respectivo edital.

O Edital SMA nº 46, como apontado na ouvidoria, de fato previu, em seu Título V, a reserva de vagas para negros e índios, no percentual de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, na forma da Lei Municipal nº 5.695 de 27 de março de 2014, e estabeleceu, no seu item 5, o seguinte:

> Detectada a falsidade da declaração a que se refere o item 3 desse Título, poderá ser identificada pelo servidor a quem o candidato se apresente, será o candidato eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço público, após o procedimento administrativo em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.[34]

[33] IC nº 2018.00275598.

[34] RIO DE JANEIRO (Município). *Edital SMA nº 46, de 01 de abril de 2014*. Regulamenta o Concurso Público para provimento em cargos de nível médio e superior no âmbito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2014. Disponível em: https://pt.slideshare.net/concursovirtual/edital-sma-n46cm1grupo0. Acesso em: 14 out. 2022.

Observe-se que o edital estabeleceu a possibilidade de se verificar eventual falsidade da autodeclaração, caso identificada, sem, entretanto, prever expressamente a criação de Comissão de Verificação, ou um procedimento específico para tanto, o que pode ser apontado como a primeira omissão do ente público com relação à fiscalização da política pública de cotas raciais no caso em tela, deixando brecha para fraudes.

Como já dito anteriormente, a mera previsão da utilização do critério de heteroidentificação e de criação de uma Comissão de Verificação com esse fim nos editais já alcança o efeito de, por si só, inibir alguns casos de fraudes por autodeclarações falsas.

No caso concreto em análise, não apenas não foi previsto um procedimento específico de verificação, como, na prática, nenhuma fiscalização tinha sido efetuada até a provocação do Ministério Público, 4 (quatro) anos após a realização do concurso público, o que se identifica como mais uma falha da administração.

Sendo assim, após a provocação daquele órgão do *Parquet*, foi editada Resolução da Mesa Diretora da Câmara Municipal com o fim de instituir uma comissão para aferir a veracidade da autodeclaração de negros e índios.[35]

Outras diligências foram adotadas no curso da investigação pelo órgão do Ministério Público com atribuição, como, por exemplo, a consulta ao IBGE sobre os critérios de autodeclaração adotados por aquele instituto em suas pesquisas, a realização de oitiva de alguns candidatos aprovados para as vagas reservadas negros e índios, a realização de reunião com o Presidente da Comissão Estadual de Verdade da Escravidão Negra do Brasil da OAB-RJ à época, até que, em fevereiro de 2020, esta autora expediu Recomendação ao Presidente da Câmara Municipal no seguinte sentido:

> RECOMENDA a V. Sa. que adote as medidas administrativas para realizar a verificação de veracidade da autodeclaração de negros e índios de TODOS os aprovados no Concurso Público regido pelo Edital SMA nº 46/2014, devendo adotar todas as medidas que se fizerem necessárias em caso de fraude, incluindo a declaração de nulidade de nomeação e posse, se for o caso, devendo enviar a esta Promotoria de Justiça relatório completo acerca das verificações e providências adotadas, indicando os critérios utilizados pela Comissão de Verificação no prazo de 60 dias contados do recebimento desta Recomendação.[36]

Registre-se, apenas a título de informação, que dias após a expedição da Recomendação acima, iniciou-se a pandemia de covid-19, tendo havido a suspensão

[35] Informação nº 05/2018 – FASB da Procuradoria-Geral da Câmara, publicada na página 33 do DCM de 04 de julho de 2018.
[36] IC nº 2018.00275598.

das atividades presenciais nas dependências do Ministério Público, e, tratando-se de inquérito civil exclusivamente físico, o procedimento em questão apenas voltou a tramitar em setembro de 2020.

Instado a se manifestar sobre o cumprimento da referida Recomendação, o Procurador-Geral da Câmara Municipal enviou um relatório elaborado pela Comissão de Verificação de Autodeclaração, que consolidava os trabalhos daquela comissão desde a sua instituição, assim como toda a documentação concernente à aferição dos candidatos aprovados no certame.

Estabeleceu-se como prioritário definir a situação dos candidatos convocados para tomar posse nas vagas reservadas a cotistas, de modo que a situação dos servidores que já tinham efetivamente tomado posse nas vagas reservadas e que foram objeto da denúncia, seria analisada em momento subsequente, o que se mostrou razoável.

Informou-se que 25 candidatos cotistas convocados ainda não tinham sido empossados que, após a análise daquela Comissão, 3 deles foram inabilitados por não possuírem o fenótipo da raça negra, e que ainda restava um recurso pendente de apreciação pela Mesa Diretora da Câmara Municipal.

Foi informado, ainda, que de todos os candidatos investidos nos cargos públicos previstos no edital apenas um não atendeu à convocação da comissão para aferir a veracidade da sua autodeclaração, tendo sido instaurado um procedimento administrativo com o fim de apurar a conduta do servidor que, por reiteradas vezes, deixou de atender ao chamado da comissão.[37]

Até aquele momento, em janeiro de 2021, a comissão informou que havia invalidado a autodeclaração de dois servidores já empossados que não possuíam o fenótipo de pessoa preta ou parda, e que ambos tinham apresentado recursos dirigidos à Mesa Diretora, ainda pendentes de apreciação.

Além disso, foi informado que durante o curso burocrático do procedimento administrativo instaurado no âmbito da Câmara Municipal para fiscalização das cotas étnico-raciais, surgiu dúvida com relação à autodeclaração do 35º colocado no concurso para o cargo de assistente técnico legislativo, e como ele ainda não tinha tomado posse, a mesma foi suspensa, para fins de averiguação.

Novamente, fez-se necessário que o Ministério Público cobrasse a fiscalização do sistema de cotas previsto no concurso público em tela, questionando se houve a exoneração dos servidores já em exercício cujas autodeclarações foram invalidadas, bem como daqueles que se recusaram a comparecer para a aferição dos critérios fenotípicos adotados pela comissão, tendo sido requisitado o envio de lista com os nomes dos candidatos/servidores e os respectivos atos.

Requisitou-se, ainda, que caso não tivesse havido exoneração, que fosse informado o prazo previsto para tanto, com envio de relatório final, assim que

[37] DCM do dia 31/02/2020.

concluído, sendo certo que a demora na instauração de uma comissão e na realização dos trabalhos pela mesma, gerou consequências irreversíveis, como se verá adiante.

A título de informação, a Portaria Normativa SGP n.º 4, de 06/04/2018, prevê que o candidato que não comparecer ao procedimento de heteroidentificação será eliminado do concurso público,[38] ressalvando-se, por oportuno, que a portaria entrou em vigor após a posse do candidato e que o mesmo foi convocado à comissão também após à sua posse, ou seja, após findo o concurso público.

Em razão da reiterada ausência deste servidor para realização de heteroidentificação, apesar de notificado para tanto, a Mesa da Câmara decidiu por aplicar pena de repreensão ao servidor em razão da "quebra do vínculo de confiança e lealdade que deveria manter em toda a sua atividade funcional", com base no art. 177, da Lei nº 94/79.[39]

Após finalmente comparecer para o fim de aferição de sua autodeclaração, a comissão concluiu que o mesmo não apresentava fenótipo de pessoa negra, e a Procuradoria-Geral do Município, considerando que o servidor agiu de má-fé, se furtando a comparecer para verificação, emitiu parecer pela anulação do seu ato de posse e sua consequente exoneração, nos seguintes termos:

> Portanto, tendo em vista ser dever da Administração Pública impedir autodeclarações raciais inverídicas, sob pena de favorecer embusteiros e prejudicar de forma sistêmica, a política de cotas e seus reais beneficiários – e, sobretudo, em razão da análise do caso concreto em que se verificou ocorrência de má-fé na autodeclaração do servidor referenciado – recomenda-se à Augusta Mesa Diretora que seja acolhido o parecer da Comissão de Verificação de Autodeclaração e seja procedida a anulação do ato de posse do servidor e efetivada sua respectiva exoneração do cargo efetivo que ocupa.[40]

Diante do exposto, foi aberta sindicância com o fim de decidir sobre a exoneração ou não do servidor, considerando a conduta de deixar de comparecer à

[38] Art. 8º, §5º, da Portaria Normativa SGP nº 4/2018. Cf. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria Normativa SGP nº 4, de 06 de abril de 2018*. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-normativa-4-2018_358755.html. Acesso em: 14 out. 2022.

[39] RIO DE JANEIRO (Município). *Lei nº 94, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 1979. Disponível em: https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/286289/lei-94-79#:~:text=DISP%C3%95E%20SOBRE%20O%20ESTATUTO%20DOS,Ver%20t%C3%B3pico%20(34521%20documentos). Acesso em: 14 out. 2022.

[40] Parecer do Procurador-Geral da Câmara Municipal, José Luis Galamba Minc Baumfeld, de 01 de julho de 2021, no processo CMRJ nº 2084/21.

comissão, a avaliação da configuração de má-fé, a decisão da comissão, no sentido de que o servidor não apresentava características de fenótipo negro e a rejeição do seu recurso administrativo.

Registre-se que, analisando as cópias do procedimento no bojo do qual se avaliou este caso concreto, é possível constatar que a Comissão verificou as características físicas referentes à cor da pele, textura do cabelo e aspectos faciais para identificar a ausência do fenótipo negro, tendo concluído que o servidor apresentava "tonalidade da pele clara/branca", "textura do cabelo lisa com delineamento ondulado" e "nariz curto e lábios finos".

A Comissão de Verificação de Autodeclaração registrou a utilização do mesmo quesito de cor ou raça da metodologia do IBGE, que considera "cinco categorias étnico-raciais: branca, preta, amarela, parda (incluindo pessoas que se declaram mulatas, caboclas, cafuzas ou mestiças de preto com pessoas de outra cor ou raça) e indígena, sendo a categoria negra o agregado das pessoas pretas e pardas".[41]

Com relação aos demais servidores já investidos nos cargos pelo sistema de cotas raciais que foram submetidos à heteroidentificação, a comissão entendeu que 3 (três) deles não apresentavam fenótipo de pessoa negra, mas foi realizada uma análise jurídica que concluiu pela impossibilidade de exoneração de tais pessoas, e, aqui, merece destaque o efeito negativo gerado pela demora na atuação da administração.

A Procuradoria-Geral do Município observou que a posse dos candidatos no caso concreto ocorreu em março de 2015 e as aferições tiveram lugar no mês de setembro de 2020,[42] que, portanto, a possibilidade de anulação dos atos administrativos estaria sujeita ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, *in verbis*: "Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé".[43]

A Lei Municipal n.º 5.695/2014, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos municipais, estabeleceu que uma vez detectada a falsidade da declaração, o candidato deve ser eliminado do concurso e terá o ato de admissão anulado, caso tenha sido nomeado, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.[44]

---

[41] IBGE divulga resultados de estudo sobre cor ou raça. *Agência IBGE Notícias*. Rio de Janeiro, 22 jul. 2011. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14057-asi-ibge-divulga-resultados-de-estudo-sobre-cor-ou-raca. Acesso em: 14 out. 2022.

[42] Processo CMRJ nº 2550/2020 e Processo CMRJ nº 2540/2020.

[43] BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104076/lei-de-procedimento-administrativo-lei-9784-99. Acesso em: 14 out. 2022.

[44] Art. 3º, §2º, da Lei Municipal nº 5.695/2014. Cf. RIO DE JANEIRO (Município). *Lei nº 5.695 de 27 de março de 2014*. Dispõe sobre a reserva de cargos e empregos para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos e empregos integrantes dos quadros permanentes de pessoal da administração direta e indireta do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2014. Disponível em: http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/2ed241833abd7a5b8325787100687ecc/2fb1a2b60dc9568c03257ca9007630ce?OpenDocument#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%205.695%20DE%2027,Janeiro%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 14 out. 2022.

No procedimento, uma das servidoras que a comissão entendeu que não apresentava fenótipo de pessoa negra, assim preencheu sua autodeclaração: "minha cor parda-negra, o tipo do meu cabelo que desde criança minha mãe falava que era sarará como o do meu pai e da família dele, e o meu convívio social com pessoas negras, que sempre me trataram como pertencente ao grupo".

Entendeu a Mesa Diretora da Câmara que não foi possível constatar a má-fé das pessoas que se declararam negras cujos processos de heteroidentificação concluíram pela ausência do fenótipo de pessoa negra, considerando que tais pessoas podem ter agido em erro, acreditando que para fazer jus às vagas reservadas para cotas raciais bastariam, por exemplo, suas raízes com ascendente negro, como no caso da candidata citada acima.

A Comissão insaturada pela Câmara Municipal, então, ao final do inquérito, informou que avaliou 39 autodeclarações, sendo que à época, 2 servidores já não faziam parte do quadro, e entre aqueles que já tinham sido empossados, concluiu que 3 (três) não apresentavam fenótipo de pessoa negras.

Após a suspensão da posse de candidatos, a Comissão entendeu que não apresentavam fenótipo negro, a invalidação da autodeclaração de outros que já tinham tomado posse, sem anular o ato em razão de decadência, e a instauração de sindicância para apurar o caso do candidato que deixou de se apresentar à Comissão reiterada vezes, o Ministério Público entendeu que não havia mais interesse em prosseguir com a investigação.

Assim, foi promovido o arquivamento do inquérito civil, que foi homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público em abril de 2022.

5. A eficácia do sistema de cotas e a necessidade de fiscalização

Não se pode ignorar a necessidade de elaboração de projetos que garantam e eficácia do sistema de cotas ao ensino superior e nos concursos públicos, de modo que não se assegure apenas o acesso, mas também as condições de permanência, com análises sobre índices de evasão e de desempenho, por exemplo.

Mas, ainda que com muitos desafios a serem enfrentados, considerando a importância e o sucesso da política de cotas, e concentrando-se na análise quanto ao acesso ao sistema de cotas, é preciso que o mesmo se dê de forma justa e regular, ou seja, que seja um processo livre de fraudes.

Em artigo escrito com base em estudo realizado pelo Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ação Afirmativa da UERJ em Conjunto com o Núcleo de Pesquisa e Formação em Raça, Gênero e Justiça Racial, é possível constatar o forte impacto das cotas raciais sobre o corpo discente das instituições federais de ensino superior do

Brasil, especialmente nos cursos historicamente menos inclusivos, como Medicina e Direito, que foram os que mais avançaram em diversidade depois das cotas.[45]

Assim, partindo da constatação da ocorrência de fraudes no acesso ao sistema de cotas por meio de diversas notícias e estudos, e da análise da ocorrência das fraudes no caso concreto do Concurso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, imperioso que seja analisado como será implementada a fiscalização do acesso, por quais meios e quais os atores responsáveis.

Já se analisou, ao longo desse trabalho, a importância da realização da heteroidentificação para que se apure a veracidade das autodeclarações raciais, critério que, se usado de forma isolada, já se mostrou insuficiente e ensejador de fraudes.

Assim, verificou-se que o Superior Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da utilização de critérios de heteroidentificação, a exemplo das comissões instauradas com esse fim, recomendando que tal método seja utilizado, desde que as decisões sejam fundamentadas e que seja respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Foram editadas normas que regulamentaram a instituição das comissões de verificação, sendo possível verificar a adoção de critérios de heteroidentificação em editais e concursos públicos em todo país, que devem ser fiscalizados pelo Ministério Público com o fim de garantir a eficácia a política de cotas.

5.1. Ministério Público na defesa das ações afirmativas e das cotas raciais

Diversas são as hipóteses e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa das ações afirmativas de uma forma geral e também especificamente na implementação das cotas raciais.

Como apontado por Álvaro Cruz e Maria Walquíria Cabral, em artigo sobre ações afirmativas no Brasil e o trabalho do Ministério Público para torná-las possíveis:

> Como órgão essencial à Justiça, o Ministério Público, em todos os seus âmbitos (MP, MPF, MPT), deve continuar trabalhando em prol das ações afirmativas, garantindo os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme estabelecido no art. 127, da Carta Magna.[46]

Muito já se falou nesse trabalho sobre as ações de inconstitucionalidade em face de normas que preveem ações afirmativas e cotas raciais e as decisões do STF no sentido de declarar a validade das normas, mas não se pode esquecer do papel

[45] SENKEVICS, Adriano Souza; MELLO, Ursula Mattioli. Quais cursos de graduação foram mais transformados pelas cotas? *Nexo Jornal*. São Paulo, 17 ago. 2022. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2022/Quais-cursos-de-gradua%C3%A7%C3%A3o-foram-mais-transformados-pelas-cotas. Acesso em: 14 out. 2022.

[46] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CABRAL, Maria Walquíria de Faro Coelho Guedes. Ações afirmativas no Brasil: o trabalho do Ministério Público para torná-las possíveis. *Revista MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, v. único, p. 44, 2014.

no Ministério Público nessas ações, com emissão de pareceres defendendo as ações afirmativas como órgão de defesa dos direitos fundamentais.

Os Procuradores-Gerais da República com atribuição em tais casos, se posicionando a favor das ações afirmativas, das cotas raciais e dos critérios de heteroidentificação, desempenham papel crucial na implementação das políticas públicas de ações afirmativas, e, especificamente, nos casos de cotas raciais, na promoção da igualdade material.

A ação do Ministério Público, considerados aqui tanto o Ministério Público Federal quanto o Ministério Público do Trabalho quanto os Ministérios Públicos Estaduais, por óbvio, também não se restringe à emissão de pareceres ministeriais, havendo forte atuação por meio do ajuizamento de ações civis públicas na defesa de ações afirmativas e políticas públicas de cotas raciais.

A título de exemplo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania de Niterói, ajuizou mandado de injunção coletivo em face do Município de Niterói, em razão da omissão na edição de lei prevendo reserva de vagas para negros, pardos e indígenas em concursos públicos do município, requerendo a declaração de mora do Poder Executivo Municipal e o cumprimento de sua obrigação.[47]

De outro lado, não podemos deixar de lado o papel do Ministério Público em promover ações afirmativas no âmbito interno, ou seja, estabelecendo reserva de vagas em seus concursos para membros e servidores, assim como instituindo comissões de heteroidentificação em seus concursos, com o fim de verificar a veracidade das autodeclarações e evitar fraudes.

Reconhecendo a premência de os órgãos do Ministério Público Brasileiro implementarem políticas de cotas em âmbito interno, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 170, de 13 de junho de 2017, dispondo sobre a reserva do mínimo de 20% (vinte por cento) de vagas aos negros nos concursos públicos para provimento de cargos no próprio CNMP, e no Ministério Público Brasileiro, prevendo a avaliação do candidato primordialmente com base no fenótipo ou, subsidiariamente, em quaisquer outras informações que auxiliem a análise acerca de sua condição de pessoa negra.[48]

[47] Processo Judicial nº 0039038-47.2019.8.19.0002, em que foi proferida sentença de extinção do feito sem julgamento do mérito por incompetência do Juízo. A sentença foi anulada em setembro de 2020, determinado o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular prosseguimento.

[48] Art. 5º, §3º, da Resolução nº 170 CNMP, de 13 de junho de 2017. Cf. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 170, de 13 de junho de 2017*. Dispõe sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resolu%C3%A7%C3%A3o-170.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

Sobre o tema, a Comissão MP Pérolas Negras[49] desenvolveu uma pesquisa com o objetivo de analisar os desdobramentos da política de cotas para acesso à carreira de membros do Ministério Público brasileiro, por meio de levantamento de informações coletadas nos editais dos concursos das unidades estaduais realizados entre os anos de 2017 (marco relacionado à Res. n.º 170, CNMP) e 2020.[50]

O estudo aponta a importância de se analisar a implementação das cotas raciais nas carreiras do MP como parâmetro para se analisar as práticas executadas nas seleções públicas, visto que carreiras de muito prestígio costumam ter concursos mais concorridos, e, por isso, mais excludentes em termos de diversidade étnico-racial.

Importante registrar que no XXXVI Concurso para Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizado no ano de 2022, foi prevista pela primeira vez, nos itens 10 e 19 do edital,[51] a instauração de Comissão de Verificação para avaliação da veracidade das autodeclarações raciais.[52]

O Conselho Nacional do Ministério Público editou também a Recomendação n.º 40, de 09 de agosto de 2016, no sentido de que os ramos do Ministério Público constituam órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, bem como que incluam o tema da promoção da igualdade étnico-racial e legislação correspondente como matéria obrigatória nos editais de concursos para provimento da cargos e nos cursos de formação de membros e servidores do Ministério Público.[53]

A partir de então, as unidades dos Ministérios Públicos de todo Brasil criaram projetos, órgãos, núcleos ou grupos com essa missão, podendo ser citados, a título de exemplo, o Núcleo de Promoção à Igualdade Étnico Racial (NUPIER), do Ministério Público do Paraná, o aplicativo Mapa do Racismo, criado pelo MP baiano, a Rede de Enfrentamento ao Racismo, criada pelo Ministério Público de São Paulo, e Grupo de Trabalho de Relações Étnico-Raciais, da Coordenadoria de Direitos Humanos e Minorias do Ministério Público do Rio de Janeiro.[54]

---

[49] O projeto do Movimento Nacional Mulheres do MP "#MPPerolas Negras" foi lançado no dia 16 de junho de 2020 e teve como objetivo dar visibilidade e fomentar a representatividade do povo negro.

[50] Comissão MP Pérolas Negras, 2020. Efetividade das cotas raciais nos concursos públicos de ingresso no Ministério Público.

[51] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Edital do XXXVI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: editaldoxxxviconcursodomprj_aprovadapelacomissaodeconcurso_21_12_2021.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

[52] Foi prevista a reserva de vagas no percentual de 20% (vinte por cento) para pessoas autodeclaradas negras e indígenas, com análise fenotípica por comissão específica, antes das provas escritas especializadas.

[53] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação 40, de 9 de agosto de 2016*. Recomenda a criação de órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, a inclusão do tema em editais de concursos e o incentivo à formação inicial e continuada sobre o assunto. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/4314/#:~:text=Recomenda%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%B3rg%C3%A3os,e%20continuada%20sobre%20o%20assunto. Acesso em: 14 out. 2022.

[54] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.419, de 17 de maio de 2021*. Disciplina a estrutura organizacional da Coordenadoria-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1930598/resolucao_2419.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

O Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do MPRJ, vislumbrando outra forma possível de atuação do Ministério Público na defesa das ações afirmativas, realizou levantamento, no período de setembro e outubro de 2021, de quais Municípios do Rio de Janeiro possuíam legislação, prevendo reserva de vagas em concursos públicos, tendo recebido resposta positiva de apenas 12 municípios do Estado do Rio de Janeiro, que apontaram leis municipais com reserva de vagas para negros, pessoas com deficiência e/ou idosos.

Assim, apesar de haver a possibilidade de os órgãos públicos municipais e estaduais implementarem a política de cotas sem que haja legislação local nesse sentido, como já era feito inclusive antes da legislação federal em vigor pelas universidades, por exemplo, seria possível ao Ministério Público buscar projetos de lei em andamento com a temática, e identificar municípios que sequer possuem um projeto, para cobrar ao Legislativo e ao Executivo, por meio dos órgãos institucionais com atribuição, o andamento ou a criação de projetos de lei nesse sentido.

O Ministério Público, portanto, pode atuar na defesa das ações afirmativas e, em especial, das cotas raciais judicialmente de diversas formas, como nas hipóteses em que atua como fiscal da lei em ações de inconstitucionalidade, questionando a política de cotas, e também ajuizando ações cabíveis nas hipóteses de omissão e/ou ofensas às ações afirmativas e ao sistema de cotas, constitucionalmente e legalmente previstos.

Ademais, extrajudicialmente, inúmeras são as hipóteses em que o Ministério Público pode atuar na busca da implementação de ações afirmativas, como apontado acima: de um lado, internamente, instituindo cotas em seus concursos, além da inclusão da matéria relacionada ao tema nos editais de seus concursos, e, de outro lado, para atuação externa, realizando a análise com relação à ausência de norma em âmbito local que prevejam reserva de vagas, para atuar na busca da efetivação de tais medidas.

De forma extrajudicial, portanto, é o campo mais rico para atuação do Ministério Público na defesa das ações afirmativas, uma vez que, por meio de Procedimentos Administrativos ou Inquéritos Civis, o Ministério Público pode apurar diversas situações de ofensa à esta política pública tão relevante na garantia do direito à igualdade material.

Então, é possível nessa seara investigar hipóteses de omissão do poder público em deixar de prever a reserva de vagas quando a lei assim determina ou casos em que no formato em que as cotas são estabelecidas, não se está garantindo a efetividade do direito, por exemplo.

Sem se afastar dos casos em que o ajuizamento da competente ação judicial se faz necessário, o presente trabalho dará destaque, especificamente, às hipóteses de atuação do Ministério Público, de forma extrajudicial, na defesa da implementação das cotas raciais por meio da fiscalização quanto à previsão de Comissão de Heteroidentificação, sua instituição e sua efetiva atuação com o fim de evitar a ocorrência de fraudes.

5.2. O Ministério Público na fiscalização das comissões de verificação

Partindo do pressuposto que os mecanismos complementares de heteroidentificação não são apenas possíveis, mas indispensáveis como mecanismos de fiscalização do sistema de cotas raciais, passa-se a analisar os aspectos mais relevantes com relação às comissões de heteroidentificação, a importância da fiscalização de tais mecanismos e o papel da atuação do Ministério Público nessa função.

Considerando que ao Ministério Público, pelo art. 127, da Constituição da República, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa da ordem democrática e dos interesses essenciais e individuais indisponíveis, não há dúvidas de que deve o Ministério Público atuar na defesa das ações afirmativas, que, ao final, pretendem garantir o direito à igualdade e a própria cidadania, em todos os seus aspectos, de seus destinatários.

O Conselho Nacional do Ministério Público, reconhecendo a importância desse papel do Ministério Público, emitiu a Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016, no sentido de que:

> Art. 1º - Os membros do Ministério Público Brasileiro devem dar especial atenção aos casos de fraude no sistema de cotas para acesso às universidades e cargos públicos – nos termos das Leis nºs 12.711/2012 e 12.990/2014, bem como da legislação municipal e estadual pertinentes –, atuando para reprimi-los nos autos de procedimentos instaurados com essa finalidade e preveni-los, especialmente pela cobrança, junto aos órgãos que realizam os vestibulares e concursos públicos, da previsão, nos respectivos editais, de mecanismos de fiscalização e controle, sobre os quais deve se dar ampla publicidade, a fim de permitir a participação da sociedade civil, com vistas à correta implementação dessas ações afirmativas.[55]

Considerando os diversos concursos públicos realizados no país, em que tenha havido a instituição de Comissão de Verificação, com a avaliação da veracidade das autodeclarações, a conclusão inequívoca é no sentido de que a ausência da utilização desse critério de avaliação abre brecha para fraudes que são constatadas com maior frequência do que gostaríamos.

O caso concreto analisado, do concurso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, além de expor a importância da fiscalização do sistema de cotas raciais pelo Ministério Público, também serviu para comprovar que a avaliação das características fenotípicas,

[55] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016*. Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

como critério complementar das autodeclarações, por uma comissão criada para esse fim, é imprescindível, tendo sido identificados, na prática, casos de fraude.

Para constatar por mais um exemplo em que a avaliação das características fenotípicas evitou fraudes ao sistema de cotas, no relatório final da Comissão do XXXVI Concurso do Ministério Público do Rio de Janeiro, dos 285 candidatos que compareceram à Comissão de Verificação, 63 tiveram suas autodeclarações não aceitas, o que representa a constatação de mais de 22% (vinte e dois por cento) de autodeclarações com fraude.[56]

Pontue-se, no entanto, que a atuação do Ministério Público nessa função deve ocorrer, *a priori*, quando a Administração Pública não promover as medidas necessárias para previsão e implementação das comissões de heteroidentificação, assim como quando a forma de implementação das cotas e da comissão for falha, atuando como órgão de controle das omissões administrativas.

A Portaria Normativa SGP nº 4, de 06 de abril de 2018, em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso V, prevê o atendimento ao dever de autotutela da legalidade pela administração pública como um dos princípios e diretrizes a que deve se submeter o procedimento de heteroidentificação.

Assim, espera-se que a Administração Pública promova todas as medidas necessárias para implementação do mecanismo de heteroidentificação, ou seja, que preveja a instituição de comissões nos editais, que promova a instituição da comissão em formato adequado, que a comissão desempenhe seu papel a tempo e segundo critérios pré-estabelecidos, que as decisões sejam fundamentadas para citarem exemplos de atos entre todos os aspectos necessários para a garantia do efetivo cumprimento da política de cotas.

Mas além disso, espera-se que, nas hipóteses em que a Administração Pública identifique a ocorrência de falha no procedimento de heteroidentificação, no exercício do seu poder de autotutela, estabeleça mecanismos para garantir a legalidade do referido procedimento, incluindo a anulação da posse e/ou a exoneração de servidores e alunos, se for o caso.

No entanto, quando a Administração Pública for falha ou omissa em qualquer um dos aspectos essenciais envolvidos na implementação e atuação efetiva das comissões de verificação, cabe ao Ministério Público esse importante papel de atuar na fiscalização e cobrança das medidas necessárias à implementação da política de cotas, por meio das diversas diligências cabíveis no bojo de procedimentos extrajudiciais, e em ações judiciais, caso não obtenha sucesso na esfera extrajudicial.

[56] Contra as decisões da Comissão, foram interpostos 51 (cinquenta e um) recursos, tendo sido um deles deferido. Foram ajuizadas 5 (cinco) ações relacionadas à Comissão de Heteroidentificação: 3 (três) Mandados de Segurança sem sucesso e 2 (duas) ações ordinárias que garantiram aos candidatos realizarem as etapas seguintes do concurso, mas as mesmas perderam o objeto diante da eliminação posterior desses candidatos por insuficiência de suas notas.

A Resolução GPGJ n. 2.227, de 12 de julho de 2018, disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos, que podem ser Procedimento Administrativo ou Inquérito Civil, a depender da natureza dos fatos a serem apurados e da natureza da investigação, se inquisitiva para colheita de provas de condutas que constituam lesão ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis, ou se com o fim de acompanhar e fiscalizar políticas públicas.[57]

No bojo de tais procedimentos, é possível ao Ministério Público adotar diversas diligências, como, por exemplo, requisitar informações, realizar oitivas e reuniões, expedir Recomendações e celebrar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), esse último com eficácia de título executivo extrajudicial.[58]

A Recomendação pode ter caráter preventivo ou corretivo, buscando a máxima resolutividade e utilidade, objetivando o respeito e a efetividade dos direitos e interesses que incumbam ao Ministério Público defender, sendo importante instrumento de atuação extrajudicial de prevenção de responsabilidades e correção de irregularidades, conforme regulamentação da Resolução do GPGJ citada acima.

No caso concreto analisado, foi possível constatar a eficácia desse instrumento, visto que apenas após a expedição de Recomendação pelo Ministério Público, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro instaurou a devida Comissão de Verificação para apurar as ocorrências de fraude apontadas no preenchimento das vagas reservadas pelo sistema de cotas étnico-raciais.

Entre os aspectos a serem fiscalizados pelo Ministério Público, além da previsão de critérios de heteroidentificação e a instituição da comissão, se inclui, ainda, a sua composição, uma vez que a mesma deve ser diversificada, garantindo que seus membros sejam distribuídos por gênero, cor e, preferencialmente, naturalidade, conforme orientação da Portaria Normativa SGP nº 4, de 06/04/2018, que regulamenta o procedimento de heteroidentificação nos concursos públicos federais, já citada anteriormente.

Voltando a citar o XXXVI Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na etapa de heteroidentificação[59] dos que se autodeclararam negros ou indígenas, foram formadas 4 comissões com 3 integrantes

[57] Vide artigos 11, 13 e 32 da Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

[58] Vide Título IV da Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018 que regulamento compromisso de ajustamento e Título V para Recomendação. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

[59] A título de informação, esta Promotora de Justiça teve o privilégio de participar como ouvinte de uma das comissões do concurso como ouvinte e pode acompanhar de perto o excelente trabalho executado por seus integrantes, que além da presença do brilhante professor Juarez Tadeu de Paula Xavier, contou

cada, com a participação de um Promotor de Justiça com fenotípica negra e mais 2 profissionais especializados oriundos de equipe formada pelo Professor Juarez Tadeu de Paula Xavier.[60]

De outro lado, analisando a composição das comissões de heteroidentificação nos concursos dos Ministérios Públicos estaduais, a Comissão Pérolas Negras, do Movimento Nacional das Mulheres do MP, identificou que os MPs, na maioria das vezes, optaram em utilizar somente Promotores de Justiça e servidores da própria instituição, ou mesclado com profissionais de outras instituições, e que a maioria dos editais não menciona se seus integrantes serão indicados, respeitando-se critérios de gênero e de cor.

Outro aspecto que pode vir a ser fiscalizado pelo Ministério Público é a fase prevista para a realização da verificação das características fenotípicas, uma vez que se a previsão for para fases finais do concurso, pode ser que haja prejuízo de candidatos que fazem jus às vagas reservadas pelo sistema de cotas, que seriam eliminados das fases anteriores por candidatos fraudadores.

Importante, ainda, que o Ministério Público, na defesa da efetividade da política de cotas, fiscalize se estão previstos os critérios de heteroidentificação nos editais e que as decisões sejam fundamentadas, como já exposto acima, sob pena de gerar nulidade e, ao final, invalidar os trabalhos da comissão e permitir que candidatos que se autodeclarem negros de maneira falsa possam ser aprovados nas vagas reservadas de forma indevida.

Observe-se, por oportuno, que não cabe à comissão avaliar eventual má-fé por parte do candidato ao se declarar negro sem que possua características fenotípicas de pessoa negra, o que não afasta a possibilidade de o Ministério Público, por meio de devida investigação, apurar se houve má-fé, o que poderia, inclusive, ao nosso sentir, vir a configurar em tese crime de falsidade ideológica.

Não apenas nas hipóteses aqui analisadas, mas em todas as hipóteses em que houver notícia de que o sistema legal de cotas étnico-raciais não esteja sendo fiscalizado da forma devida, especialmente por erro ou omissão na implementação de Comissão de Verificação em todos os seus aspectos, não resta dúvida acerca da importância da atuação do Ministério Público nessa função.

Assim, como defensor da ordem democrática, dos direitos essenciais e dos direitos humanos, o Ministério Público pode e deve atuar na fiscalização acerca da efetiva implementação do critério de heteroidentificação como forma de evitar fraude ao sistema de cotas étnico-raciais, e ao final, de que a ação afirmativa efetivamente cumpra o seu papel.

---

com a presença dos Promotores de Justiça Braulio Gregório Camilo Silva, David Francisco de Faria, Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado e Roberta Rosa Ribeiro.

[60] Ativista antirracista, com vasta experiência nessa área e especificamente nas seleções públicas. Sobre o professor. Cf. CRUZ, Larissa Barreto. Juarez Tadeu de Paula Xavier. *IEA*, São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: http://www.iea.usp.br/pessoas/pasta-pessoaj/juarez-tadeu-de-paula-xavier. Acesso em: 14 out. 2022.

6. Conclusão

Apesar de muitos movimentos políticos e jurídicos contrários às cotas étnico-raciais no Brasil ao longo de 10 anos desde a primeira Lei de Cotas e após quase 20 anos de implementação desta política pública afirmativa, que já vinha sendo implementada em algumas instituições mesmo antes da previsão legal, são inegáveis os avanços na promoção da igualdade material alcançados com a reserva de vagas em universidades públicas e concursos públicos.

Como visto, as políticas públicas afirmativas para promoção da igualdade material se fazem presentes não apenas em razão da internalização de tratados internacionais, mas no nosso texto constitucional, que prevê como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação, assim como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Ocorre que se tornaram comuns os casos de fraudes ao sistema de cotas, uma vez que se passou a constatar que pessoas brancas se autodeclaram negras para concorrerem às vagas reservadas sem fazer jus a esse direito, ou seja, sem que sejam pessoas negras, o que acaba por gerar desvio de finalidade da política pública afirmativa e comprometer sua efetividade.

Após identificarmos a quem se destinam as cotas raciais no sistema brasileiro, e a necessidade, portanto, de que a pessoa ostente fenótipo de pessoa negra para que possa concorrer às vagas reservadas, observa-se que se faz imprescindível a verificação de tais características como critério complementar à autodeclaração, e que a forma mais eficiente para realizar essa fiscalização ocorre por meio da constituição de comissões de verificação.

Assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, legitimou a utilização da heteroidentificação como critério complementar à autodeclaração e como forma de evitar a fraude, tomamos como ponto de partida um caso concreto para analisar a importância da constituição de comissões de verificação para o controle da política pública em questão.

A partir da análise da implementação de uma comissão de verificação em um concurso público da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, e também de outros casos concretos, a exemplo do último concurso do MPRJ, em conjunto com a análise textos, notícias, doutrina e jurisprudência, foi possível constatar a importância da atuação do Ministério Público na fiscalização quanto à implementação e o desenvolvimento dos trabalhos de comissões de heteroidentificação.

Sempre que houver a notícia de fraude às cotas étnico-raciais e/ou omissão da administração na fiscalização do sistema, como defensor da ordem democrática e dos direitos humanos, o Ministério Público tem um papel fundamental na

fiscalização quanto à implementação de comissões de verificação dos critérios de heteroidentificação para garantir a legalidade e a efetividade desta política pública.

Sem pretender esgotar todas as hipóteses em que cabe a atuação do Ministério Público na fiscalização do sistema de cotas raciais e da implementação e atuação das comissões de verificação, mas no intuito de garantir a legalidade e a efetividade do procedimento de heteroidentificação, considerando as hipóteses já identificadas, propõem-se alguns parâmetros de fiscalização a serem seguidos, senão vejamos:

1) previsão de constituição de uma comissão de verificação no edital;

2) previsão dos critérios a serem utilizados pela comissão de verificação nas avaliações;

3) composição da comissão de verificação com diversidade étnico-racial, de gênero e, preferencialmente, naturalidade;

4) tempestividade do procedimento de heteroidentificação, considerando a fase de atuação da comissão de verificação;

5) realização da verificação de forma presencial (ou eventualmente remota) e não por meio de fotografias ou documentos;

6) fundamentação das decisões da comissão de verificação e, principalmente, daquelas que forem no sentido de concluir pela ausência de fenótipo negro;

7) providências adotadas pela administração na implementação das comissões, bem como durante e após a realização dos trabalhos, com o fim de analisar eventual erro ou omissão.

Em conclusão, considerando o sistema de cotas étnico-raciais uma política pública imprescindível para a diminuição da desigualdade e da discriminação, também é imprescindível a atuação do Ministério Público na fiscalização desse sistema e, como analisado ao longo deste trabalho, especialmente, na fiscalização quanto à previsão, implementação e desenvolvimento dos trabalhos das comissões de heteroidentificação.

É preciso observar que se vivemos em uma sociedade em que o racismo é parte de sua estrutura e se o Estado contribuiu para tanto, o mesmo deve construir mecanismos para mudar a situação de privação de oportunidades da população negra, o que vem sendo feito através de políticas públicas afirmativas.

Exsurge daí a importância da atuação do Ministério Público em promover a fiscalização quanto à implementação efetiva de tais mecanismos quanto à fiscalização das políticas públicas de ações afirmativas e, fundamentalmente, do sistema de cotas raciais.

Se há fraudes à política pública que, por meio de reserva de vagas, pretende aumentar a presença de pessoas negras nas universidades e cargos públicos e promover a igualdade material, o Ministério Público, considerando o potencial transformador das cotas étnico-raciais e no desempenho de sua função essencial ao sistema de justiça, deve atuar no combate às fraudes e na garantia da afetividade do sistema.

Pode-se afirmar que muito pouco foi feito para promover a igualdade material para pessoas negras, se considerados mais de três séculos de escravidão e toda a discriminação e exclusão que ocorrem ao longo de todos esses anos e ainda atualmente.

De outro lado, sem desconsiderar o muito que ainda há de ser feito, é preciso garantir a continuidade e a efetividade das medidas em vigor, reconhecendo a importância da fiscalização do sistema de cotas raciais para a diminuição da discriminação no país, também reconhecer a importância da adoção de medidas com esse fim e da atuação do Ministério Público no desempenho desse papel.

Sendo o racismo estrutural ainda inerente à nossa ordem social e reconhecendo-se como única forma de combatê-lo a adoção de ações antirracistas, é urgente um Ministério Público antirracista em todas as suas ações, e inafastável reconhecer a importância da sua atuação na fiscalização do sistema de cotas étnico-raciais, na defesa dos direitos de seus destinatários e na garantia da promoção da igualdade.

Num mundo ideal em que não há racismo e em que as pessoas possuem igualdade de oportunidades e de tratamento independentemente da cor da sua pele, o Ministério Público é um pilar que deve promover e sustentar essa estrutura, que um dia se pretende alcançar.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*: feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2019.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021*. Aprova o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/33240350/publicacao/33240711. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022*. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104076/lei-de-procedimento-administrativo-lei-9784-99. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12288&ano=2010&ato=e4eoXSq1keVpWT31d. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012*. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Orientação Normativa nº 3, de 01 de agosto de 2016*. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2016. Disponível em: https://www.ifpb.edu.br/servidor/todos-os-servidores/documentos/orientacao-normativa-no-3-de-1-de-agosto-de 2016.pdf/view#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20regras%20de%20aferi%C3%A7%C3%A3o,9%20de%20junho%20de%202014. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Portaria Normativa SGP nº 4, de 06 de abril de 2018*. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-normativa-4-2018_358755.html. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 Distrito Federal.* Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de junho de 2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330 Distrito Federal*. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 213/2004, convertida na Lei nº 11.096/2005. Programa Universidade Para Todos – Prouni. [...]. Relator: Min. Ayres Brito, 03 de maio de 2012b. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 Distrito Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (Cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowisky, 26 de abril de 2012c. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 26.071*. Direito Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso Público. Candidato portador de deficiência visual. [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 13 de novembro de 2007. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=STF+-+RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURAN%C3%87A+%3A+RMS+26071+DF. Acesso em: 14 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 40, de 9 de agosto de 2016*. Recomenda a criação de órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, a inclusão do tema em editais de concursos e o incentivo à formação inicial e continuada sobre o assunto. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/4314/#:~:text=Recomenda%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%B3rg%C3%A3os,e%20continuada%20sobre%20o%20assunto. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016*. Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Brasília, DF: CNMP, 2016. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_41.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Resolução nº 170, de 13 de junho de 2017*. Dispõe sobre a reserva aos negros do mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público brasileiro, bem como de ingresso na carreira de membros dos órgãos enumerados no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resolu%C3%A7%C3%A3o-170.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CABRAL, Maria Walquíria de Faro Coelho Guedes. Ações afirmativas no Brasil: o trabalho do Ministério Público para torná-las possíveis. *Revista MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, v. único, p. 41-45, 2014.

CRUZ, Larissa Barreto. Juarez Tadeu de Paula Xavier. *IEA*. São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: http://www.iea.usp.br/pessoas/pasta-pessoaj/juarez-tadeu-de-paula-xavier. Acesso em: 14 out. 2022.

DIETRICH, Erich. Ações afirmativas no Brasil não são uma importação dos Estado Unidos. *Nexo Jornal*. São Paulo, 25 mar. 2022. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2022/A%C3%A7%C3%B5es-afirmativas-no-Brasil-n%C3%A3o-s%C3%A3o-uma-importa%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Unidos1. Acesso em: 16 nov. 2022.

ESTUDANTES são condenadas por fraude nas cotas para ingressar em universidade pública. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 15 set. 2022. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/estudantes-sao-condenadas-por-fraude-nas-cotas-para-ingressar-em-universidade-publica/. Acesso em: 14 out. 2022.

FERRAZ, Ricardo. Cotas funcionam como bom motor para mobilidade social, dizem estudos. *Veja*. São Paulo, nº 2789, 13 maio 2022. Disponível em: https://veja.abril.com.br/educacao/cotas-funcionam-como-bom-motor-para-mobilidade-social-dizem-estudos/. Acesso em: 16 nov. 2022.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. *In*: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Seminário Internacional As Minorias e o Direito*. Brasília, DF: CJF, 2003. (Cadernos do CEJ, 24). p. 85-153.

IBGE divulga resultados de estudo sobre cor ou raça. *Agência IBGE Notícias*. Rio de Janeiro, 22 jul. 2011. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14057-asi-ibge-divulga-resultados-de-estudo-sobre-cor-ou-raca. Acesso em: 14 out. 2022.

MELLO, Daniel. USP investiga 193 denúncias de fraude no sistema de cotas raciais. *Agência Brasil*. São Paulo, 07 jul. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2021-07/usp-investiga-193-denuncias-de-fraude-no-sistema-de-cotas-raciais. Acesso em: 14 out. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Edital do XXXVI Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: editaldoxxxviconcursodomprj_aprovadapelacomissaodeconcurso_21_12_2021.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Resolução GPGJ nº 2.419, de 17 de maio de 2021*. Disciplina a estrutura organizacional da Coordenadoria-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1930598/resolucao_2419.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

PESQUISA do IBGE mostra o sucesso da política de cotas. *OXFAM Brasil*. São Paulo, 14 nov. 2019. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/blog/pesquisa-do-ibge-mostra-o-sucesso-da-politica-de-cotas/. Acesso em: 16 nov. 2022.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Temas em Destaque – Políticas inclusivas e compensatórias. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, v. 35, nº 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt. Acesso em: 16 nov. 2022.

PROBLEMA de fraude nas cotas em universidades públicas. *Portal Jornalismo ESPM Rio*. Rio de Janeiro, 18 maio 2022. Disponível em: https://jornalismorio.espm.br/destaque/o-problema-de-fraude-nas-cotas-em-universidades-publicas/. Acesso em: 14 out. 2022.

RIO DE JANEIRO (Município). *Edital SMA nº 46, de 01 de abril de 2014*. Regulamenta o Concurso Público para provimento em cargos de nível médio e superior no âmbito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2014. Disponível em: https://pt.slideshare.net/concursovirtual/edital-sma-n46cm1grupo0. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 94, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 1979. Disponível em: https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/286289/lei-94-79#:~:text=DISP%C3%95E%20SOBRE%20O%20ESTATUTO%20DOS,Ver%20t%C3%B3pico%20(34521%20documentos). Acesso em: 14 out. 2022.

_____. *Lei nº 5.695 de 27 de março de 2014*. Dispõe sobre a reserva de cargos e empregos para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos e empregos integrantes dos quadros permanentes de pessoal da administração direta e indireta do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura do Rio, 2014. Disponível em: http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/2ed241833abd7a5b8325787100687ecc/2fb1a2b60dc9568c03257ca9007630ce?OpenDocument#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%205.695%20DE%2027,Janeiro%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 14 out. 2022.

SANTOS, Sales Augusto dos Santos; NUNES, Georgina Helena Lima. Fraudes nas Subcotas para Negros/as e o Despontar do Hiper-racismo no Brasil. *In*: AMARO, Sarita; OLIVEIRA, Evaldo Ribeiro (Org.). *Sim, o racismo existe*! Curitiba: Nova Práxis Editorial, 2019. p. 85-114.

SENKEVICS, Adriano Souza; MELLO, Ursula Mattioli. Quais cursos de graduação foram mais transformados pelas cotas? *Nexo Jornal*. São Paulo, 17 ago. 2022. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2022/Quais-cursos-de-gradua%C3%A7%C3%A3o-foram-mais-transformados-pelas-cotas. Acesso em: 14 out. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VAZ, Livia Sant'Anna. *Cotas Raciais*: feminismos plurais. São Paulo: Jandaira, 2022.

Extinção da pena e hipossuficiência do apenado: considerações sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a posição institucional do Ministério Público do Estado do Ceará

Extinction of the penalty and hipossufficiency of the confinnee: considerations on the jurisprudence of the Superior Court Of Justice and the institutional position of the Public Prosecution Office of the State of Ceará

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

Sumário

1. Colocação do problema. 2. Da impossibilidade de extinção da pena em razão do inadimplemento da pena de multa. 2.1. Da natureza jurídica da pena de multa. 2.2. Da ausência de declaração de insolvência. 2.3. Da inadequação de uma presunção de hipossuficiência econômica resultante da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. 2.4. Da necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica e insolvência: jurisprudência atual do STF e do STJ. Ou da impossibilidade de equiparação de uma presunção com o ato de comprovação. 3. Considerações finais. Referências.

Resumo

Este trabalho trata da posição institucional do Ministério Público do Estado do Ceará diante de Acórdãos das turmas criminais do Tribunal de Justiça cearense que, confirmando decisões de primeira instância, têm mantido a decretação de extinção da pena mesmo quando o apenado não adimpliu a pena de multa, sob o argumento de que de que a hipossuficiência do apenado, por vir assistido pela Defensoria Pública, estaria suficientemente evidenciada nos autos. O Ministério Público do Estado do Ceará vem interpondo Recursos Especiais em face dos Acórdãos, por entender que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça exige comprovação de uma insolvência absoluta.

* Doutor em Direito, ramo Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará. Professor na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará e na FACINE - Faculdades de Ciências e Tecnologia do Nordeste.

Abstract

This paper deals with the institutional position of the Public Prosecution Office of the State of Ceará in the face of rulings from the criminal chambers of the Ceará Court of Justice which, confirming first instance decisions, has maintained the decree of extinction of the sentence even when the convict has not served the fine penalty, under the argument that the hyposufficiency of the convict, as he was assisted by the Public Defender's Office, would be sufficiently evidenced in the records. The Public Prosecution Office of the State of Ceará has been filing Special Appeals against the judgements, as it understands that the most recent jurisprudence of the Superior Court of Justice requires proof of absolute insolvency.

Palavras-chave: Execução penal. Pena de multa. Insolvência. Hipossuficiência. Ministério Público.

Keywords: *Execution of sentence. Fine penalty. Insolvency. Hypossufficiency. Prosecution Office.*

"*Só quero o pagamento. Não desejo que me fales.*
Só quero o pagamento. Sendo assim, será inútil me falares."
Shylock, em *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare

1. Colocação do problema

Ao longo do ano de 2023, o Ministério Público do Estado do Ceará, por meio de seu NUCRIM - Núcleo de Recursos Criminais, tem impetrado seguidos Recursos Especiais[1] contra decisões das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que vem confirmando decisões de primeiro grau de extinção da pena, mesmo estando o apenado inadimplente com a pena de multa, em dissonância da orientação atual do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

A questão se coloca em sede de execução penal, em que apenados estão submetidos a cumprimento de pena privativa de liberdade e/ou restritiva de direitos e também de multa. Nesses casos, uma vez cumprida a pena corporal, há Juízos de primeiro grau no Ceará que vêm extinguindo a pena, ainda que pendente o adimplemento da pena de multa, sob o argumento de que a hipossuficiência do apenado, por vir assistido pela Defensoria Pública, estaria suficientemente evidenciada nos autos.

Em tais situações, o Ministério Público vem interpondo agravo em execução, e, no entanto, turmas julgadoras do Tribunal de Justiça cearense têm confirmado aquelas decisões, em contrariedade e negativa de vigência ao disposto nos artigos

[1] Com base na regra do art.105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, combinado com o art.1029, do Código de Processo Civil.

49 a 51, do Código Penal[2], além dos artigos 164 a 166 e 168 a 170, todos da Lei de Execução Penal[3], na medida em que ignoraram que a mera condição de assistido da Defensoria Pública, segundo a melhor e atual jurisprudência do STJ, por si só não comprova a impossibilidade de pagamento da pena de multa. Em outras palavras, tal assistência não equivale a uma comprovação de insolvência a ponto de isentar o apenado do cumprimento da pena de multa regularmente aplicada.

Os Acórdãos aqui referidos, em geral, se circunscrevem à questão da hipossuficiência do apenado decorrente, de modo que reputaram automático, da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, que é baseada numa declaração do interessado, porém, olvidando que, nessas circunstâncias, o apenado deixou de efetivamente comprovar sua insolvência. E para além disso, numa incrível inversão e confusão de funções processuais, alguns desses julgados chegaram a registrar que o ônus de demonstrar a solvência seria do Ministério Público.

---

[2] Dizem os tais dispositivos legais: "Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. §1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. §2º. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária". "Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. §1º. A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. §2º. O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família". "Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

[3] Na mesma toada, estabelecem os mencionados artigos de lei: "Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. §1º. Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução. §2º. A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil". "Art. 165. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao Juízo Cível para prosseguimento". "Art. 166. Recaindo a penhora em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2º do artigo 164, desta Lei". "Art. 168. O Juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50, § 1º, do Código Penal, observando-se o seguinte: I - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo; II - o desconto será feito mediante ordem do Juiz a quem de direito; III - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo Juiz, a importância determinada". "Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas. §1°. O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações. §2º. Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada". "Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168). §1º. Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo. §2º. Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena".

Este, portanto, o problema que se nos apresenta e sobre o qual teceremos algumas considerações.

2. Da impossibilidade de extinção da pena em razão do inadimplemento da pena de multa

2.1. Da natureza jurídica da pena de multa

É importante notar que, apesar da proibição da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, a primeira não deixou de ser considerada uma pena, isto é, não perdeu o seu caráter de sanção penal, portanto, podendo ser extinta a pena no âmbito da execução penal quando do cumprimento integral da sanção aplicada – o que, naturalmente, inclui a pena de multa. Lembram Reale Júnior e outros que "há que se ter em mente que a pena de multa, neste caso, é autônoma em relação à pena privativa de liberdade, e uma vez consolidada, e transitada em julgado, não há mais que se falar em substituição ou aplicação da pena de prisão. A pena de multa deve ser executada como uma pena, mas autônoma e independente da reclusão ou detenção, com todas as regras que lhe são inerentes"[4].

Ao julgar a ADI nº 3150/DF, o STF declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, inciso XLVI, alínea "c", da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal. E como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público, que o faz perante a Vara de Execuções Penais, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, já citados. Outrossim, por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável, que a Corte estabeleceu como sendo de 90 dias, hipótese em que o Juiz da Execução Penal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública - Federal ou Estadual, conforme o caso - para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, desta feita, com a observância do rito da Lei nº 6830/80[5].

Seja como for, a Lei nº 13964/19 deu nova redação ao artigo 51, do Código Penal, no que seguiu a esteira da decisão da Suprema Corte. E como registra Bitencourt, "enfim, passa a reinar tranquilidade e harmonia na interpretação do texto legal e da

[4] Cf. JÚNIOR, Miguel Reale [coord]. *Código Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p.663. *E-book*

[5] Cf. STF, Pleno, ADI 3150/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 13.12.2018, DJe 6.8.2019. Veja-se a respeito: STJ, 5ª t., AgRg no REsp 1850903/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28.4.2020, DJe 30.4.2020. Esse julgado pontuou que "as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal".

competência para a execução da pena de multa que, à luz da legislação brasileira sempre foi do Juiz da execução Penal e atribuição do *Parquet* vinculado à referida vara. A execução ou 'cobrança' da pena de multa integra a persecução penal, cujo único órgão do Estado com 'competência' para exercitá-la é o Ministério Público com assento no juízo criminal. Com efeito, o Processo de Execução Penal é o instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória"[6].

Em suma, a multa permanece uma sanção penal, contudo, sua cobrança segue um rito processual de natureza civil, e nada mais do que isso.

2.2. Da ausência de declaração de insolvência

Não é demais frisar: embora a multa condenatória tenha natureza penal, tal como fixado pelo STF, a sua cobrança segue ritos de natureza civil com as particularidades específicas de uma Execução Fiscal, agora proposta junto ao juízo de Execuções Penais, nos termos da nova redação do artigo 51, do Código Penal.

Assim, a declaração de insolvência que teria repercussão no cumprimento da multa condenatória e que poderia vir a impor o reconhecimento de extinção da multa encontra-se submetida a um procedimento próprio[7].

Entretanto, é certo que a declaração de insolvência não foi requerida pelos apenados nos casos de que se recorreu, em autos apartados ou mesmo no curso da execução penal. E apesar de não existir no ordenamento jurídico brasileiro a hipótese de reconhecimento de ofício e *incidenter tantum* de insolvência, tampouco tenha o juízo *a quo* ousado declarar insolvência, ao fim e ao cabo, as decisões de primeiro grau, indevidamente confirmadas nos Acórdãos, alcançaram esse efeito por via oblíqua, o que acabou por inutilizar o dispositivo da sentença condenatória penal no que diz respeito à pena de multa.

Este fato trouxe consequências negativas, capazes de gerar distorções graves no sistema de justiça, como o aumento artificial da demanda de assistidos junto à Defensoria Pública e o seu emprego como estratégia de esquivamento da aplicação da pena de multa. Além disso, resulta numa indevida extinção do título judicial que impulsionaria a execução em autos apartados.

Está-se aqui diante de uma situação bem mais branda do que aquelas fixadas no ordenamento jurídico brasileiro para insolventes em geral, posto que, no procedimento de declaração de insolvência, uma vez alcançada a declaração, impõe-se ao devedor um prazo de cinco anos em que o seu patrimônio adquirido virá a responder pelas dívidas dos credores[8]. Entretanto, a precipitada extinção da pena encerra e fulmina por completo o título legitimamente constituído e quaisquer outras ações porventura já iniciadas.

---

[6] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023, p.1923. *E-book*.
[7] De acordo com os artigos 955 a 965, do Código Civil, e artigo 1052, do Código de Processo Civil.
[8] De acordo com o artigo 778, do Código de Processo Civil: "Art. 778. Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência".

Outrossim, é de se lembrar que o fato temporal já se encontrava devidamente regulado e que as decisões judiciais alteraram a solução jurídica legitimamente fixada pelo legislador, qual seja, a da hipótese de prescrição que, após o cumprimento da pena privativa de liberdade e restando a cobrança apenas da pena de multa, é até menor que o determinado em caso de insolvência, a saber, de apenas dois anos[9].

2.3. Da inadequação de uma presunção de hipossuficiência econômica resultante da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública

Destaque-se que a atuação da Defensoria Pública vai bem além daquelas de hipossuficiência financeira ou econômica. No âmbito penal, a instituição atua também como curadora especial nos casos de réus que, devidamente citados/intimados, não constituem seus patronos. Nesta hipótese, inclusive, é admissível que a instituição defensorial cobre honorários advocatícios, reforçando a ideia de que nem sempre quando há atuação da Defensoria Pública existe um assistido financeiramente hipossuficiente, tal como prescrito no artigo 72, do Código de Processo Civil, e no artigo 263, do Código de Processo Penal.

Desse modo, gerar uma presunção de que a atuação da Defensoria Pública significa automaticamente uma hipossuficiência econômica, ainda mais quando o valor da condenação da pena de multa repousa no mínimo legal, é fazer tábula rasa do ordenamento jurídico pátrio, e tal posicionamento, vale frisar, não encontra amparo legal ou jurisprudencial.

A questão de fundo é que há entendimento do Superior Tribunal de Justiça diametralmente oposto à ideia de presunção de hipossuficiência decorrente do fato de que a parte esteja sendo assistida pela Defensoria Pública em dado momento processual. Em caso relacionado à concessão de gratuidade judiciária, o Superior Tribunal de Justiça "firmou entendimento de que a simples circunstância do patrocínio da causa pela Defensoria Pública não faz presumir a hipossuficiência econômica do representado"[10]. E especialmente em relação à alçada penal, a jurisprudência daquela Corte "é pacífica no sentido de que, em caso de condenação à pena privativa de liberdade de forma concomitante com multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". É que "o simples fato de ter sido assistida pela Defensoria Pública não é apto a demonstrar, por si só, a condição de hipossuficiente (...). Ante a ausência de demonstração inequívoca da ausência de condições financeiras (...) para efetuar o pagamento da pena de multa, não há falar em extinção da sua punibilidade"[11].

---

[9] Tal como estabelecido no artigo 114, do Código Penal.

[10] Cf. STJ, 2ª t., *AgInt no RMS 65840/AM*, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.9.2021, DJe 13.10.2021. Nesse sentido, veja-se também: STJ, 2ª t., AgInt no AREsp 1.492.587/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 19.11.2019; STJ, 4ª t., AgInt no AREsp 1.517.705/PE, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 3.2.2020. Outrossim, o Código de Processo Civil, em seu art. 99, § 2º, prevê expressamente a possibilidade de o juiz da causa determinar a produção de prova da hipossuficiência financeira. E nesse dispositivo não se exclui a Defensoria Pública.

[11] Cf. STJ, 5ª t., AgRg no REsp 2056050/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 5.6.2023, DJe 9.6.2023. Nesse julgado, o Acórdão assentou que "as instâncias ordinárias não se lastrearam em dados concretos para

Ora, para o Superior Tribunal de Justiça, "a atuação da Defensoria Pública, em matéria penal, não está adstrita à hipótese de hipossuficiência financeira, visto que há possibilidade de nomeação do Defensor ao réu ou apenado que deixa de constituir advogado (...). Mesmo em se tratando de assistência jurídica decorrente de incapacidade econômica, os patamares de renda fixados pelas Defensorias Públicas estaduais, como premissa econômica para autorizar a atuação do Defensor, não são irrisórios a ponto de presumir a incapacidade financeira do assistido, sobretudo considerando que o dano causado pelo delito, em muitos casos, não é expressivo a ponto de pôr em risco a subsistência do apenado"[12].

Eis, portanto, o equívoco dos Acórdãos ao gerar uma presunção de hipossuficiência resultante de maneira automática da condição de assistido da Defensoria Pública. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a necessidade de comprovação dessa hipossuficiência.

2.4. Da necessidade de comprovação da hipossuficiência econômica e insolvência: jurisprudência atual do STF e do STJ. Ou da impossibilidade de equiparação de uma presunção com o ato de comprovação

Talvez, mais grave do que tornar insolvente o apenado por meio indireto ou gerar uma presunção, mesmo que relativa, de que a condição de assistido pela Defensoria Pública significa hipossuficiência econômica, os Acórdãos mencionados têm promovido uma equiparação, no que contraria a melhor lógica jurídica, entre esta situação de presunção relativa e um ato de comprovação de um determinado *status* jurídico, ampliando indevidamente o alcance da jurisprudência dos Tribunais Superiores e, com isso, violando os já citados dispositivos legais.

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência relativamente recente e em sede do regime de recursos repetitivos (Tema 931), revisou a tese acerca da necessidade de cumprimento integral da pena aplicada, especificamente para excepcioná-la quando, primeiro, o apenado efetivamente comprovar que não tem como pagar a multa e, segundo, somente depois de cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. Apesar de extensa, porém, reconhecendo sua relevância para o deslinde da questão posta, importa reproduzir a ementa do seguinte julgado, proferido pela 3ª Seção da Corte, *verbis*:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. REVISÃO DE TESE. TEMA 931. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. PENDÊNCIA DA PENA DE MULTA.

se concluir pela impossibilidade financeira da agravante de efetuar o pagamento da pena de multa. Ressalta-se que a apenada sequer foi intimada para comprovar a sua condição econômica, tendo a sua hipossuficiência sido meramente presumida. O simples fato de ter sido assistida pela Defensoria Pública não é apto a demonstrar, por si só, a condição de hipossuficiente da agravante".

[12] Cf. STJ, 6ª t., HC 479065/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 7.2.2019, DJe 1.3.2019.

CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. COMPREENSÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI Nº 3.150/DF. MANUTENÇÃO DO CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA DE MULTA. PRIMAZIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. DISTINGUISHING. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PECUNIÁRIA PELOS CONDENADOS HIPOSSUFICIENTES. PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DA PENA. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n.1.519.777/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que "[n]os casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". 2. Entretanto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei nº 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, levada a cabo pela Lei nº 13.964/2019. 3. Em decorrência do entendimento firmado pelo STF, bem como em face da mais recente alteração legislativa sofrida pelo artigo 51 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais Representativos da Controvérsia nº 1.785.383/SP e 1.785.861/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 21/9/2021), reviu a tese anteriormente aventada no Tema nº 931, para assentar que, "na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". 4. Ainda consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal julgamento da ADI nº 3.150/DF, "em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa desempenha um papel proeminente de prevenção específica, prevenção geral e retribuição". 5. Na mesma direção, quando do julgamento do Agravo Regimental na Progressão de

Regime na Execução Penal nº 12/DF, a Suprema Corte já havia ressaltado que, "especialmente em matéria de crimes contra a Administração Pública como também nos crimes de colarinho branco em geral, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos". 6. Mais ainda, segundo os próprios termos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela indispensabilidade do pagamento da sanção pecuniária para o gozo da progressão a regime menos gravoso, "[a] exceção admissível ao dever de pagar a multa é a impossibilidade econômica absoluta de fazê-lo. [...] é possível a progressão se o sentenciado, veraz e comprovadamente, demonstrar sua absoluta insolvabilidade. Absoluta insolvabilidade que o impossibilite até mesmo de efetuar o pagamento parcelado da quantia devida, como autorizado pelo art. 50 do Código Penal" (Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-111 divulg. 10/6/2015 public.11/6/2015). 7. Nota-se o manifesto endereçamento das decisões retrocitadas àqueles condenados que possuam condições econômicas de adimplir a sanção pecuniária, de modo a impedir que o descumprimento da decisão judicial resulte em sensação de impunidade. 8. Oportunamente, mencione-se também o teor da Recomendação nº 425, de 8 de outubro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, a qual institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas Interseccionalidades, abordando de maneira central a relevância da extinção da punibilidade daqueles a quem remanesce tão somente o resgate da pena pecuniária, ao estabelecer, em seu art. 29, parágrafo único, que, "[n]o curso da execução criminal, cumprida a pena privativa de liberdade e verificada a situação de rua da pessoa egressa, deve-se observar a possibilidade de extinção da punibilidade da pena de multa". 9. Releva, por seu turno, obtemperar que a realidade do País desafia um exame do tema sob outra perspectiva, de sorte a complementar a razão final que inspirou o julgamento da Suprema Corte na ADI 3.150/DF. Segundo dados do Infopen, até dezembro de 2020, 40,91% dos presos no país estavam cumprindo pena pela prática de crimes contra o patrimônio; 29,9%, por tráfico de drogas, seguidos de 15,13% por crimes contra a pessoa, delitos que cominam pena privativa de liberdade concomitantemente com pena de multa. 10. Não se há, outrossim, de desconsiderar que o cenário do sistema carcerário expõe as vísceras das disparidades socioeconômicas arraigadas na sociedade brasileira, as quais ultrapassam o inegável

caráter seletivo do sistema punitivo e se projetam não apenas como mecanismo de aprisionamento físico, mas também de confinamento em sua comunidade, a reduzir, amiúde, o indivíduo desencarcerado ao status de um pária social. Outra não é a conclusão a que poderia conduzir – relativamente aos condenados em comprovada situação de hipossuficiência econômica - a subordinação da retomada dos seus direitos políticos e de sua consequente reinserção social ao prévio adimplemento da pena de multa. 11. Conforme salientou a instituição requerente, o quadro atual tem produzido "a sobrepunição da pobreza, visto que o egresso miserável e sem condições de trabalho durante o cumprimento da pena (menos de 20% da população prisional trabalha, conforme dados do INFOPEN), alijado dos direitos do art. 25 da LEP, não tem como conseguir os recursos para o pagamento da multa, e ingressa em círculo vicioso de desespero". 12. Ineludível é concluir, portanto, que o condicionamento da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e de indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal proteção da família (art. 226 da Carta de 1988). 13. Demais disso, a barreira ao reconhecimento da extinção da punibilidade dos condenados pobres, para além do exame de benefícios executórios como a mencionada progressão de regime, frustra fundamentalmente os fins a que se prestam a imposição e a execução das reprimendas penais, e contradiz a inferência lógica do princípio isonômico (art. 5º, *caput* da Constituição Federal) segundo a qual desiguais devem ser tratados de forma desigual. Mais ainda, desafia objetivos fundamentais da República, entre os quais o de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III). 14. A extinção da punibilidade, quando pendente apenas o adimplemento da pena pecuniária, reclama para si singular relevo na trajetória do egresso de reconquista de sua posição como indivíduo aos olhos do Estado, ou seja, do percurso de reconstrução da existência sob as balizas de um patamar civilizatório mínimo, a permitir outra vez o gozo e o exercício de direitos e garantias fundamentais, cujo panorama atual de interdição os conduz a atingir estágio de desmedida invisibilidade, a qual encontra, em última análise, semelhança à própria inexistência de registro civil. 15. Recurso especial provido, para acolher a seguinte tese: Na hipótese de condenação

> concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.[13]

Desse modo, reitere-se a tese recentemente revisada no Tema nº 931 do Superior Tribunal de Justiça, e que vem redigida nos seguintes termos: "Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade"[14].

Mesmo diante da inovação nessa possibilidade, o que se observou é que os Acórdãos do Tribunal de Justiça cearense se afastaram do entendimento acima explicitado, de tal maneira que extinguiram a punibilidade sem o pagamento da pena de multa em decisões contaminadas de vício por não observar o ordenamento jurídico vigente, tendo em vista que ainda não fora paga a pena de multa e, principalmente, porque não houvera sido comprovada nos autos a impossibilidade de pagamento da pena pecuniária por parte do apenado.

Este, portanto, o ponto nevrálgico deste trabalho. Não se trata de desconsiderar que a pobreza extrema inviabiliza o pagamento da pena de multa e, em consequência, compromete todos os princípios jurídicos ligados à reinserção social do apenado. Mas, sim, de que a dispensa do pagamento da multa deve resultar de uma efetiva comprovação dessa pobreza extrema, a ser feita nos autos da execução, conducente a uma condição de insolvência absoluta, ou como ressalta o julgado do Superior Tribunal de Justiça, numa tal extensão que sequer de maneira parcelada o apenado conseguirá adimplir o pagamento.

A exigência de comprovação da insolvência absoluta implica, por questão lógica, que o ônus compete a quem se beneficia da declaração judicial nesse sentido, a saber, ao próprio apenado, e não, como estranhamente cravaram alguns julgados as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça cearense, ao Ministério Público.

---

[13] Cf. STJ, 3ª Seção, REsp 1785383/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24.11.2021, DJe 30.11.2021.

[14] Segundo se colhe no *website* do STJ, "o Tema 931/STJ passou por três procedimentos de Revisão: 1. Afetação e reafirmação da jurisprudência na sessão eletrônica iniciada em 14/10/2020 e finalizada em 20/10/2020, a Terceira Seção revisou o seu posicionamento "a fim de acolher a tese segundo a qual, na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. (REsp 1.785.383/SP e 1.785.861/SP, DJe de 2/12/2020). 2. Afetação (Revisão de Tese) na sessão eletrônica iniciada em 25/8/2021 e finalizada em 31/8/2021, a Terceira Seção revisou o seu entendimento anterior fixando a atual tese de que 'na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.' (REsp 1.785.383/SP e 1.785.861/SP, DJe de 30/11/2021). 3. Nova afetação (Nova Revisão de Tese) na sessão eletrônica iniciada em 11/10/2023 e finalizada em 17/10/2023, nos Recursos Especiais nº 2.090.454/SP e 2.024.901/SP (acórdão publicado no DJe de 30/10/2023), propondo revisar a tese atual, quanto à alegada necessidade de demonstração da hipossuficiência do apenado para que, a despeito do inadimplemento da pena de multa, possa-se proceder ao reconhecimento da extinção de sua punibilidade".

Afinal, não há que confundir a função de acusação na ação penal com a de fiscalização da regularidade da execução penal. Exigir a comprovação de um determinado *status* jurídico não significa nem pode significar a assunção do ônus de demonstrá-lo. A pena de multa se impõe por si mesma, é do rigor da lei, como sanção imposta pelo Estado-Juiz, de tal sorte que, para afastá-la, caberá sempre e exclusivamente ao apenado comprovar sua absoluta insolvência.

Assim, imperioso destacar que, de acordo com o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça acima debatido, a regra permanece como a impossibilidade de extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena quando pendente o pagamento da multa, e que a exceção a esse paradigma é a extinção da punibilidade sem o respectivo adimplemento da sanção pecuniária quando, por ônus do apenado, ele efetivamente comprovar que é uma pessoa impossibilitada de adimplir a multa imposta, mesmo que diluída em parcelas.

3. Considerações finais

Pode-se afirmar com segurança que não é propósito do Ministério Público cearense tentar obstar a reinserção social do apenado que, por conta dos infortúnios da vida, encontra-se absolutamente impossibilitado de cumprir a pena de multa que lhe tenha sido imposta. Exige-se apenas, e esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que a hipossuficiência seja devidamente comprovada nos autos, de modo que fique caracterizada a insolvência absoluta do apenado. Logo, não é bastante para isso a mera condição de assistido da Defensoria Pública. Não se pode equiparar um ato processual de comprovação de uma dada condição social e financeira com uma presunção jurídica, mesmo quando relativa.

O Ministério Público não pode ser tolhido de sua função fiscalizatória e, em se tratando de pena de multa, de dar início à cobrança judicial da dívida toda vez que o apenado estiver sendo assistido pela Defensoria Pública. Isso é o mesmo que deixar ao alvedrio de uma outra instituição do sistema de justiça a efetivação de uma sanção legitimamente imposta pelo Estado-Juiz e, por conseguinte, alimentar uma desagradável sensação de impunidade, além de abrir flancos para manobras escusas.

Em prol dos interesses da coletividade, o Ministério Público cearense pretende tão somente que a pena imposta pelo Estado-Juiz seja adequadamente adimplida. Se o apenado cumpriu a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e, ao final, demonstrou nos autos que não possui qualquer condição financeira para pagar a pena de multa, mesmo que de maneira parcelada, isto é, encontra-se concretamente em situação de insolvência, devidamente reconhecida nos autos da execução penal em procedimento adequado, não há mesmo qualquer motivo justo e razoável para impedir a decretação da extinção da pena, e com isso, liberar o apenado das restrições que essa sua condição lhe traz.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3150/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 13.12.2018, DJe 6.8.2019. Obtido em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340737159&ext=.pdf. Acesso em: 8.12.2023.

_____. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. Obtido em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8.12.2023.

_____. *CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*. Obtido em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8.12.2023.

_____. *CÓDIGO PENAL*. Obtido em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1850903/SP*. Obtido em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903558688&dt_publicacao=30/04/2020. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgInt no RMS 65840/AM*. Obtido em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302194292&dt_publicacao=06/11/2023. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 2056050/SP*. Obtido em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300635504&dt_publicacao=09/06/2023. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC 479065/SP*. Obtido em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803029160&dt_publicacao=01/03/2019. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1785383/SP*. Obtido em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803271835&dt_publicacao=30/11/2021. Acesso em: 8.12.2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tema Repetitivo 931*. Obtido em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=931&cod_tema_final=931. Acesso em: 8.12.2023.

REALE JÚNIOR, Miguel [Coord]. *Código Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*

As Diretivas Antecipadas da Vontade – "Testamento Vital" e o "Mandato Duradouro": a gestão da saúde humana

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Sumário

1. Diretivas antecipadas da vontade: generalidades. 2. Testamento Vital no ordenamento jurídico contemporâneo. 3. Mandato Duradouro nas questões relacionadas à saúde humana. 4. A Lacuna Normativa. Referências.

Resumo

As diretivas antecipadas da vontade e o mandato duradouro, como modalidades de atos jurídicos utilizados nas questões inerentes à gestão da saúde humana, devem ser examinados à luz dos princípios constitucionais em vigor. O testamento vital é examinado como espécie de diretivas antecipadas, apesar da antinomia de seus termos. O Código Civil privilegiou os direitos da personalidade com maior valoração da pessoa humana. Entretanto, a autonomia da vontade não deve ser concebida na sua forma absoluta em face dos vetores legais e constitucionais inerentes à vida e saúde humanas.

Abstract

Advance directives and lasting mandates, as types of legal acts used in issues inherent to the management of human health, must be examined in light of the constitucional principles in force. The living will is examined as a type of advance directive, despite the antinomy of its terms. The Civil Code privileged personality rights with greater appreciation of the human person. However, the autonomy of the will should not be conceived in its absolute form in relation to the legal and constitucional vectors inherent to human life and health.

Palavras-Chave: Diretivas Antecipadas. Mandato duradouro. Testamento Vital. Gestão da Saúde Humana. Princípios Constitucionais. Autonomia da Vontade.

* Pós-doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Keywords: *Advance Directives. Lasting mandate. Living will. Human Health Management. Constitutional principles. Autonomy of will.*

1. Diretivas Antecipadas da Vontade: generalidades

As diretivas antecipadas da vontade ou "testamento vital" é instituto regulado pela Resolução nº 1995, de 09 de agosto de 2012 [1]do Conselho Federal de Medicina, objetivando orientar e pautar as condutas dos médicos para à sua observância, não só nos aspectos material, quanto no formal, já que tem por centralidade o exame da vontade do paciente nas questões de saúde.

À toda prova, trata-se de regulação de âmbito administrativo, que vigora desde o ano de 2012, sem qualquer correspondência à normatividade civil. No entanto, apesar da ausência de previsão normativa, o ordenamento jurídico vigente não as proíbe, já que estariam inseridas no âmbito dos atos jurídicos inominados ou atípicos, em que preenchidos os requisitos de existência, validade e eficácia, todos os efeitos reputar-se-ão válidos.

Assim, a capacidade do agente e o objeto do negócio são requisitos essenciais e de extrema relevância, e quanto à forma, têm-se exigido que seja escrita, com registro, para efeito *erga omnes*. Frise-se: não há lei, ainda, disciplinando as diretivas antecipadas no Brasil, mormente sejam admitidas como instrumento capaz de identificar a vontade do declarante para cuidados inerente à sua saúde. Há consenso quanto à exigência dos mesmos requisitos para os atos jurídicos, motivo pelo qual menores e pessoas portadoras de deficiência, *per si,* não são considerados agentes capazes para celebrar diretivas antecipadas.

No que tange ao objeto das diretivas antecipadas, cabe assinalar que a doutrina tem apresentado diversas categorias como categorias autônomas, a exemplo das denominadas ordens de não reanimação, diretivas para saúde mental, diretivas para

[1] Resolução nº 1995/2012: "Considerando a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira; Considerando a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas; Considerando a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade; Considerando que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais; Considerando que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal sem trazer benefícios , e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo; Considerando o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve: Art. 1º- Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º- Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. §1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. §2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

demência, recusa terapêutica, plano de parto, além da nomeação de procurador para cuidados de saúde ("mandato duradouro").

Apesar da multiplicidade de distintas manifestações de vontade no contexto da saúde humana, entende-se que referidas categorias não podem ser apontadas como espécies distintas das diretivas antecipadas porque não possuem pressupostos e objeto que as distingam juridicamente.

Assim, as diretivas antecipadas não se resumem às hipóteses elencadas, mas a todos os casos em que a saúde humana demandar o exercício da autonomia privada do paciente e são incontáveis as possibilidades em que, em tese, caberia a manifestação de vontade do titular do direito de personalidade, do titular do direito à vida.

2. Testamento Vital no ordenamento jurídico contemporâneo

O termo "testamento vital" é severamente criticado porque não se refere à disposição de bens, não está associado às hipóteses de deserdação ou indignação, muito menos às espécies e formas de instituir testamento. As diretivas antecipadas[2] tem por núcleo central o exercício do direito à manifestação de vontade quanto à administração da saúde humana, e será sempre passível de ser substituído quando a nova declaração do titular for colidente com a primeira. Trata-se de importante manifestação de vontade que deve ser reproduzida ou aposta no prontuário médico, e sempre que possível, por outros meios fidedignos a fim de não só confirmar o exercício de um direito legítimo, como também resguardar o profissional da saúde quanto à eventuais responsabilidades civil ou penal.

Dentro da proposta do presente estudo, indagar-se-ia: a autonomia privada do celebrante, nas diretivas antecipadas de vontade, é ilimitada? É facultado ao titular dispor do tratamento de sua saúde da melhor maneira que lhe aprouver? Em outras palavras: no ordenamento jurídico brasileiro vigente é admitida, pelo titular do direito de personalidade, a disposição irrestrita do conteúdo das diretivas antecipadas?

Ora, se a par da lacuna legislativa são admitidas as diretivas antecipadas e a nomeação de procurador para decisões inerentes à saúde de terceiro, desde que os elementos e pressupostos dos atos jurídicos sejam observados, como admitir a ampla disposição da autonomia privada se a lei e os bons costumes também são limitadores dos atos jurídicos?

Avançando um pouco mais nesse contexto: o que se dispuser nas diretivas antecipadas da vontade deve guardar coerência com o que estiver sendo admitido no

[2] "No Brasil é cada vez maior o número de diretivas antecipadas de vontade registradas em cartórios, conforme informação obtidas com tabeliães de São Paulo. Embora não nos tenha sido possível localizar um número oficial relativo a estes documentos, uma vez que são registrados genericamente como declarações, foi-nos dito que após a Resolução CFM nº 1805/2006 houve aumento na procura por esses instrumentos, sendo que os principais interessados seriam: pessoas que vivem só, pessoas que passaram por situações que envolviam decisões em fim de vida e pessoas que iniciaram o planejamento sucessório e optaram por também declarar esta vontade." (PRATA, Henrique Moraes. *Cuidados paliativos e direitos do paciente terminal*. São Paulo: Ed. Manole. 2017. p. 184)

momento do seu cumprimento ou execução? Ou deve ser considerado o momento da celebração como as práticas e usos aceitáveis no tratamento da saúde humana?

Trata-se de importantes questionamentos que primam pela coerência do sistema jurídico, e seria desarrazoado criar uma espécie de ato jurídico- atípico e inominado- com regras distintas às aplicadas aos demais atos jurídicos. Não se discute que o maior benefício apresentado na disposição das diretivas antecipadas é a comprovação material do desejo do paciente em momento de plena realização de sua capacidade jurídica nas situações em que o agravamento da saúde comprometa as capacidades física e/ou motora e o impeça de emitir declaração válida. Constata-se, portanto, que o ato jurídico atípico se reveste de cláusula suspensiva.[3]

Cite-se que, segundo Dadalto,

> Estudos recentes comprovam que os testamentos vitais não se aplicam apenas à situação de terminalidade, mas a todos os estágios clínicos que coloquem o paciente me situação de fim de vida. São estes: a doença terminal, o estado vegetativo persistente e doenças crônicas, especialmente a demência avançada. Reconhecer que nessas situações a autonomia do paciente deve ser preservada é condição *sine qua non* para garantir a autonomia privada do indivíduo, pois só assim será possível garantir que o indivíduo seja protagonista de suas relações.[4]

3. Mandato Duradouro nas questões relacionadas à saúde humana

Ultrapassadas essas considerações inerentes às diretivas antecipadas, importante mencionar que o mandato duradouro tem previsão genérica no capítulo X do Código Civil, no artigo 653, segundo o qual "opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato." Entretanto, na linha de Tepedino e Olivia[5], em verdade, a procuração não é instrumento do mandato, mas é instrumento da representação, já que o contrato é o mandato, contrato típico em que a forma em que forma de atuação e os deveres a que se submete o representante são ali regulados. A procuração, outrossim, só estabelece as espécies de poderes transferidos pelo mandatário ao mandante, em seu favor.

---

[3] O termo "condição" é definido pelo Código Civil, segundo o qual "considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto" (artigo 121) e, também, define "condição suspensiva", segundo o qual "se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquelas novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis (art. 127).

[4] DADALTO, Luciana. Testamento Vital. São Paulo: Ed. Atlas. 2015. p. 25/26.

[5] TEPEDINO, Gustavo e OLIVIA, Milena Donato. Teoria Geral do Direito Civil. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019. p. 230.

Gize-se que, quanto ao mandato denominado "duradouro", sem termo pré-definido, todos os requisitos de forma devem ser observados, cujo conteúdo se destinará a nomear mandatário para proferir decisões sobre o tratamento de saúde do mandante.

Da mesma forma que as diretivas antecipadas, aqui também se indaga: o conteúdo do mandato, cujos poderes foram transferidos pelo titular do direito de personalidade, é ilimitado? Quais seriam os limites e condicionantes ao exercício dos poderes transferidos pelo mandante? Esses questionamentos são imprescindíveis e devem ser compatíveis com tudo o que for aplicado às diretivas antecipadas porque ontologicamente referem-se à mesma categoria de direitos.

Salutar o registro da escritora Ana Michele sobre o testamento vital em livro de sensibilidade marcante sobre finitude humana, quando aduz que:

> Sei que é difícil falar sobre isso, mas desejo que todos tenham coragem de enfrentar sua finitude com a mesma clareza das grandes mulheres cujas histórias compartilhei nesse livro. Elas desejavam, dignidade ao longo de todo o percurso da doença e mais ainda no seu momento de maior vulnerabilidade. Elas tiveram coragem. Partiram curadas das ilusões que nos prendem à matéria. Todo mundo vai morrer um dia, seja pelas complicações do envelhecimento, seja por uma doença, seja por um evento inesperado. Quando não há diálogo muitos morrem deixando pontas soltas e familiares sentindo-se culpados por não saberem o que seria importante nesse momento para o paciente. E isso só contribui para lutos complicados. [6]

Nesse contexto, importante escorço histórico é apresentado por Ferreira segundo o qual:

> O ano de 2012 também foi marcado por nova manifestação do Conselho Federal de Medicina sobre cuidados paliativos e diretivas antecipadas de vontade. A resolução 1995 reconhece e legitima a validade da antecipação da vontade e autoriza o médico a possibilidade de suspender procedimentos para prolongar a vida de pacientes com doenças graves e incuráveis ou em fase terminal. Também garante a possibilidade da oferta de cuidados paliativos respeitando a vontade do paciente ou seu representante legal. Essa regulamentação foi contestada pelo Ministério Público de Goiás em 2013. O argumento foi o da inconstitucionalidade dela uma vez que extrapolava os limites da Lei nº 3268 de 1957, que dispõe

[6] SOARES, Ana Michelle. Vida Inteira. Rio de Janeiro: Ed. Sextante. 2021. p. 205

> sobre as atribuições dos Conselhos de Medicina. O argumento do Ministério Público foi recusado tanto em decisão liminar como na definitiva publicada em 2 de abril de 2014. De acordo com o tribunal, o tratamento do assunto deve ser feito em lei, entretanto entendeu que o vazio jurídico dá margem ao Conselho Federal de Medicina de apresentar regulamento sobre o assunto, o que não impede em casos específicos que familiares ou o poder público busquem a tutela judicial a fim de afastar a eficácia das diretivas de antecipação da vontade firmadas pelo paciente. Outro julgamento, em sentido contrário, teve como intuito o reconhecimento das diretivas. No ano de 2013 a advogada Rosana Chiavassa impetrou uma ação junto à 2ª Vara Cível do Fórum João Mendes, em São Paulo, com vistas a garantir que ela não tenha que passar por tratamento desnecessário caso desenvolva, no futuro, doença irreversível que comprometa a capacidade física e a consciência. O pleito foi bem-sucedido.[7]

As diretivas antecipadas têm pouca adesão entre os brasileiros, ainda que considerados distintos aspectos regionais do país. A desigualdade social e educação da população podem ser apontados como causas que dificultam a compreensão e divulgação desse instrumento, além do tabu inerente à finitude humana. No pensamento de Allan[8], o avanço biotecnológico contribuiu para o incremento das tentativas de se evitar a morte, consideradas fúteis ou obstinadas, dando azo ao surgimento das diretivas antecipadas, pela filosofia dos cuidados paliativos e mesmo da eutanásia, já que em muitos casos não se combate a morte, que é fato impossível, mas apenas se posterga o *timing* desse evento.

4. A Lacuna Normativa

As diretivas antecipadas se apresentam como importante ponto para estabelecer critérios de aferição da responsabilidade civil/penal do profissional de saúde, além de formalizar a vontade do titular do direito de personalidade, sem olvidar para seu conteúdo ser bem superior às hipóteses hoje consideradas comuns (parto, doenças mentais, exames invasivos).

No entanto, permanece o vácuo normativo quanto aos limites do direito à vida quando confrontado com a dignidade da pessoa humana e quando regulada, preventivamente, pelas diretivas antecipadas de vontade. Do contrário, como imputar ao profissional da saúde tipo penal doloso quanto ao tipo penal do constrangimento ilegal ou mesmo a figura culposa quanto à inobservância técnica de profissão relativamente à obediência, ou não, das diretivas antecipadas de vontade no bojo de um tratamento de saúde humana?

[7] FERREIRA, Luciano Maia Alves. Eutanásia e Suicídio Assistido. Curitiba: Ed. Appris. 2018. p. 105-106.
[8] KELLEHEAR, Allan. Uma História social do morrer. São Paulo: Ed. Unesp. 2013. p. 432.

Referências

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital.* São Paulo: Ed. Atlas.2015.

FERREIRA, Luciano Maia Alves. *Eutanásia e Suicídio Assistido*. Curitiba: Ed. Appris. 2018.

KELLEHEAR, Allan. *Uma História social do morrer.* São Paulo: Ed. Unesp. 2013.

SOARES, Ana Michelle. *Vida Inteira*. Rio de Janeiro: Ed. Sextante. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVIA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil.* Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019.

Prova indiciária suficiente no processo penal[1]

Pedro Eularino Teixeira Simão*

Sumário

1. O tema da prova indiciária e a sua relevância na atualidade. 2. Elementos integrantes da prova indiciária. 3. A suficiência probatória da prova indiciária no processo penal. 4. Pressupostos da prova indiciária suficiente. 5. Requisitos específicos da prova indiciária suficiente. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo pretende abordar aspectos relativos à prova indiciária e a valoração judicial da sua suficiência probatória no âmbito do processo penal. É certo que, até hoje, essa espécie de prova indireta carrega consigo um preconceito estigmatizante decorrente tanto do seu caráter extremamente subjetivo, quanto em razão de sua utilização de forma arbitrária no obsoleto sistema da prova "tarifada". Naquela época, confundia-se os termos "indícios plenamente comprovados" e "mera suspeita", o que resultou no cometimento de inúmeras injustiças. Por isso, objetiva-se nesse estudo aprofundado sobre o tema, demonstrar que a prova indiciária pode, por si só, ser suficiente à condenação criminal, com respeito integral aos direitos e garantias fundamentais vigentes em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, é imprescindível a superação do princípio da presunção de inocência, por meio de uma produção probatória que vá além de uma dúvida razoável. Além disso, é necessário que o julgador legitime o seu veredicto através da explicitação dos requisitos específicos da prova indiciária suficiente na fundamentação da sentença penal, esclarecendo aos jurisdicionados e à sociedade os parâmetros utilizados na formação do seu convencimento baseado exclusivamente na prova circunstancial.

Palavras-chave: Valoração da suficiência da prova indiciária no processo penal. Superação do princípio da presunção de inocência por meio da prova além de uma dúvida razoável. Necessidade de observância de requisitos específicos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência estrangeira contemporânea.

[1] O presente Artigo expõe uma compilação das principais ideias jurídicas apresentadas pelo autor em sua Dissertação elaborada no curso de Mestrado em Direito Penal na Universidade de Lisboa (ULisboa).

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

1. O tema da prova indiciária e a sua relevância na atualidade

A prova indiciária, também conhecida como prova circunstancial,[2] ostentou por muito tempo um certo preconceito em sua admissão e valoração no âmbito do processo penal. Aqueles que negavam ou consideravam menor a força probatória dessa espécie de prova indireta se baseavam primordialmente em três fatores: o protagonismo que a prova indiciária assumiu no sistema da prova legal ou "tarifada", no qual a tortura era considerada um meio legítimo de obtenção da confissão do acusado; a falta de compreensão do verdadeiro significado da prova indiciária, que muitas vezes era confundido com o de mera suspeita ou conjectura; e a necessidade de uma motivação mais robusta na sentença penal fundamentada exclusivamente com base na prova indiciária, com a explicitação do raciocínio lógico que conduziu o julgador à formação de sua convicção.[3]

No Brasil, alguma doutrina já chegou a classificar a prova indiciária como "a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica de todas as provas". Segundo Rosa, "o indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes". Nesse sentido, afirmava que "com os indícios se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo".[4]

Embora o preconceito em relação a essa espécie de prova indireta tenha ocorrido no passado, atualmente, a prova indiciária vem desempenhando um papel de protagonismo e máxima relevância no processo penal contemporâneo, sobretudo, no tocante à prevenção e combate às organizações criminosas, que vêm atuando, cada vez mais, com extrema perspicácia e dinamismo no cometimento de delitos de alta complexidade.

Aliás, não somente os integrantes do crime organizado, como também, qualquer delinquente tem a finalidade de ocultar os delitos perpetrados, sendo por este motivo, comum a ausência de provas diretas no processo penal. Diante disso, alguma doutrina sublinha que é "frequente" que o processo penal careça de prova direta da participação do acusado na prática do fato delituoso, a menos que este manifeste espontaneamente o desejo de confessar o delito.[5]

Consequentemente, as máfias, as milícias, os grupos de extermínio, o tráfico de drogas e outras ramificações do crime organizado, sempre buscarão a ocultação e destruição das provas do crime, principalmente, daquelas que se relacionam diretamente com o fato delituoso. Seja pela imposição da "lei do silêncio" que impera nas localidades dominadas pelo crime organizado, seja pela "queima de arquivo"

[2] A prova indiciária é uma prova indireta por ser constituída de indícios periféricos ao crime (fato principal), sendo também conhecida como "prova circunstancial" (*circumstantial evidence*). Tal nomenclatura é oriunda do sistema jurídico norte-americano. Ressaltamos que utilizaremos ambas as expressões ao longo deste Artigo, indistintamente, para designar a mesma espécie probatória.

[3] SIMÕES, Euclides Dâmaso. Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. *In*: *Revista Julgar*, nº 2, maio/agosto, 2007, p. 203-215, p. 205.

[4] ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 131.

[5] RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova Indiciária*. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013, p. 21.

que, por vezes, vitimiza fatalmente as testemunhas oculares do fato ou quem possuía algum conhecimento sobre o esquema criminoso.

Tendo em vista todos os obstáculos impostos à efetividade da produção probatória no processo penal, exigir invariavelmente do julgador a existência de provas diretas do crime, para que possa formar a sua convicção, resultaria na impunidade do delito decorrente do inevitável fracasso da persecução penal.

Por essa razão, a doutrina estrangeira já sedimentou há tempos a grande importância da prova indiciária no âmbito do processo penal, pois nem sempre se tem à disposição a prova direta e, nesse caso, se faz necessária a utilização dos indícios, aliados a um "esforço intelectual lógico-jurídico", com o fim de se alcançar a "verdade" dos fatos.[6]

Na mesma direção caminha a jurisprudência estrangeira, sobretudo, a portuguesa, espanhola, italiana e norte-americana, que, diversamente da brasileira[7], abordam o tema da prova indiciária de modo específico e detalhado. Exemplo vivo é o Tribunal Constitucional da Espanha, que há mais de trinta anos fixou o entendimento – até hoje consolidado – de que "prescindir da prova indiciária conduziria à impunidade de certos delitos, especialmente aqueles que são praticados com particular astúcia, o que provocaria um sentimento de impotência social".[8]

Dessa maneira, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência de diversos países vêm se debruçando, cada vez mais, sobre o tratamento jurídico dispensado à prova indiciária, já que, em muitos casos criminais de alta complexidade, a prova circunstancial é a única prova existente no processo penal com força persuasiva suficiente para nortear o convencimento do julgador em direção à convicção.

Por isso, o problema jurídico proposto neste artigo reflete as seguintes indagações: nos casos em que o processo penal carece da existência de prova direta do crime, a prova indiciária poderá, por si só, ensejar uma condenação criminal em consonância com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo? Em caso positivo, quais são as exigências processuais necessárias para que a prova circunstancial seja

---

[6] PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1982, p. 252.

[7] Pode-se afirmar que as peculiaridades inerentes à suficiência probatória da prova indiciária são pouco exploradas pela jurisprudência brasileira. Ainda que sem a explicitação dos seus pressupostos e requisitos específicos na motivação da sentença penal, a prova circunstancial é admitida e valorada, mesmo quando é a única prova disponível no processo penal. Nesse sentido, no julgamento do caso que ficou conhecido no Brasil como "Mensalão", a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que "em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua desconsideração, *prima facie*, além de contrária ao Direito Positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais à ordem jurídica e à sociedade". Ação Penal nº 470/2012 do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>

[8] De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.hj,tribunalconstitucional.es>. A jurisprudência do Tribunal Constitucional também é adotada pelo Tribunal Supremo da Espanha, que nas STS nº 2976/87, de 28 de abril de 1987 e STS nº 866/05, de 30 de junho de 2005, firmou o mesmo posicionamento aduzindo que "*prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad, lo que provocaría una grave indefensión social*". Disponível em: <www.poderjudicial.es>

considerada suficiente para fundamentar uma sentença penal condenatória, sem que haja violação ao princípio da presunção de inocência?

Já antecipando o nosso posicionamento, destaca-se que o objetivo primordial deste artigo é responder afirmativamente ao questionamento acima referido, baseando-se na solução fornecida pela doutrina e jurisprudência estrangeira sobre o tema, que indicam com precisão os pressupostos e requisitos específicos necessários para que a prova indiciária possa ser considerada "suficiente" para uma condenação criminal.

Antes de avançarmos, impõe-se dois esclarecimentos essenciais para melhor compreensão do tema tratado neste artigo.

Em primeiro lugar, entendemos por prova considerada "suficiente" aquela prova que possui uma integral capacidade para, por si só, fundamentar o livre convencimento do julgador, sem que seja necessária a sua complementação por qualquer outro elemento probatório. Essa prova pode ser: 1) direta, quando verse diretamente sobre o direito que se pretende comprovar; ou, 2) indireta, quando, partindo-se dos indícios, o julgador realiza uma inferência lógica para alcançar o fato principal que se deseja comprovar.[9]

Nesse sentido, a distinção entre prova direta e indireta deve se concentrar no ponto referencial que consiste no fato que se deseja comprovar. Consequentemente, a prova é direta quando o seu objeto recai sobre o próprio crime, ao passo que a prova é indireta quando recai sobre um fato-base, a partir do qual se infere o crime.[10]

Na prática processual, a prova direta seria, por exemplo, o depoimento de uma testemuha presencial de um crime de homicídio que viu o acusado desferindo disparos de arma de fogo contra a vítima fatal. Diversamente, a prova seria indireta, isto é, indiciária, se a testemunha do fato tivesse chegado logo após o assassinato, e presenciado um desafeto da vítima se evadindo do local do crime correndo com uma arma na mão.[11]

A confissão do acusado, assim como, o reconhecimento pessoal em juízo, no qual a vítima de roubo reconhece o réu como autor do fato, também são espécies de prova direta. Já os fragmentos de impressão digital do acusado encontrados no volante do veículo furtado, ou a presença de sêmen do suspeito nas partes íntimas da vítima são consideradas provas indiretas, pois permitem ao julgador realizar inferências lógicas, de modo a presumir a autoria do crime patrimonial e sexual, respectivamente.[12]

---

[9] Com esse mesmo entendimento, Gascón Abellán define a prova considerada "suficiente" como uma prova "*plena*", isto é, "*que tiene valor probatório suficiente para fundar por si sola la decisión judicial sobre el hecho que se pretende probar*". GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho:* Bases argumentativas de la prueba, 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 87.

[10] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal.* 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 104-110.

[11] Trata-se de hipótese de prova indireta mencionada por Gardner e Anderson. Assim, *"circumstantial evidence is a evidence that indirectly proves a fact in isssue. Testemony that the defendant was at the scene of the crime and ran from the scene with a pistol in his or her hand is circumstantial, or indirect evidence"*. GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence. Principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 82.

[12] GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence. Principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 98.

Verifica-se, portanto, que o traço diferencial entre a prova direta e a indireta reside no "número de passos inferenciais" necessários à comprovação do fato criminoso.[13] Diante disso, a prova direta refere-se imediatamente ao fato que se deseja comprovar, não havendo necessidade de o julgador realizar qualquer intermediação lógica entre o *factum probans* (indícios) e o *factum probandum* (fato principal que se deseja comprovar).

Por outo lado, a prova indireta exige que o juiz realize um raciocínio lógico composto de uma inferência ou, até mesmo, de uma cadeia inferencial, para ligar racionalmente o fato indiciário ao fato presumido, que se deseja comprovar no processo penal. Sem essa operação mental do julgador, torna-se impossível a formação da presunção judicial que fundamenta a comprovação do fato.[14]

Em segundo lugar, importa distinguir os "indícios de prova" da "prova indiciária".

Sobre essa distinção, Mendonça[15] nos ensina que "indícios de prova" são fatos dotados de verossimilhança (*fumus boni iuris*) que permitem ao julgador decidir baseando-se em um juízo de probabilidade, através de uma cognição sumária. Ou seja, o conceito nos remete à ideia de uma prova prematura ou em estágio inicial. Por isso, os "indícios de prova" não são capazes de comprovar plenamente o fato principal, viabilizando somente a prolação de decisões judiciais com caráter de provisoriedade.

Desse modo, "indícios de prova" nos remete à ideia de "começo ou princípio" de algo, razão pela qual, tais "indícios" têm a capacidade de gerar apenas uma convicção inferior à certeza moral do juiz. Significa dizer, que a valoração dos "indícios de prova" resultará tão somente em um juízo de probabilidade, inerente à precariedade das decisões cautelares no processo penal.

Exemplos vivos são a decretação da prisão preventiva (artigo 312 do CPPB), o sequestro de bens (artigo 125 CPPB) e a busca e apreensão (artigo 240 CPPB). Há ainda, decisões como a pronúncia do réu no procedimento relativo aos crimes dolosos contra a vida, nas quais se exige "indícios suficientes de autoria" (artigo 413 CPPB).

Já a "prova indiciária" é uma prova indireta, obtida por meio de um raciocínio inferencial que conecta uma pluralidade de indícios à presunção judicial. Diversamente dos "indícios de prova", a "prova indiciária" autoriza o julgador decidir fundamentando-se em um juízo de certeza probatória extraído de uma cognição exauriente norteada pelo contraditório e pela ampla defesa. Logo, a "prova indiciária" poderá ser capaz de, por si só, comprovar plenamente o fato principal (*factum probandum*), ensejando uma condenação criminal.

Isso porque, como o próprio nome nos remete intuitivamente, a "prova indiciária" é constituída de indícios, que por sua vez, são meios de prova com expressa

[13] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Prueba indiciaria y estândar de prueba en el Processo Penal. *In: Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Ano 1, nº 1, setembro/dezembro, 2012, p. 15-50, p. 17.
[14] GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence. Principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 85.
[15] MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento. *In:* CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro:* prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 501-503.

previsão legal no artigo 239 do CPPB, inserido no Título VII, que trata "DA PROVA". Ilustrativamente, a apreensão de um veículo subtraído na posse do suspeito, logo após o cometimento do furto, constitui uma prova indiciária que poderá nos remeter à descoberta da autoria do crime patrimonial perpetrado.

Interessa-nos, portanto, abordar profundamente a "prova indiciária", que ostenta na atualidade inestimável importância na busca da "verdade" dos fatos, notadamente no que diz respeito ao combate dos delitos de alta complexidade praticados pelas organizações criminosas.

2. Elementos integrantes da prova indiciária

De fato, a complexidade estrutural da prova indiciária acabou resultando em uma pluralidade de nomenclaturas dessa espécie probatória indireta, referidas pela doutrina. No sistema jurídico norte-americano, que adota o *Common Law*, a prova indiciária é conhecida como prova circunstancial (*circumstantial evidence*); por sua vez, nos sistemas jurídicos brasileiro, português, espanhol e italiano, que acolhem o *Civil Law*, a prova indiciária também é chamada de prova por presunções.

Com relação à estrutura em si, a doutrina costuma apontar que a prova indiciária é composta necessariamente de três elementos: o indício, que é um fato conhecido ou indicador (*factum probans*); um fato desconhecido ou presumido, que é o que se pretende comprovar (*factum probandum* ou *thema probandum*); e uma inferência lógica, por meio da qual, partindo-se do fato conhecido, presume-se o fato que pretendíamos conhecer.[16]

Pode-se afirmar que, na realidade, a prova indiciária reflete uma presunção que parte de um fato conhecido para outro desconhecido, mediante a utilização de um raciocínio lógico inferencial. Logo, os indícios constituem o fato-base (conhecido) pelo qual se presume o fato-consequência (desconhecido) que concretiza a prova indiciária.[17]

Desse modo, a presunção que materializa a prova indiciária é estabelecida através da inferência, que é o fio condutor que liga o indício (*factum probans*) ao fato principal que se pretende comprovar (*factum probandum*). Em outras palavras, é o raciocínio lógico do julgador que extrai da evidência uma conclusão racional sobre o fato principal. É justamente essa conclusão que se consubstancia na presunção judicial, que é o resultado do procedimento inferencial.[18]

Segundo as lições de Taruffo, a inferência é o "fundamento lógico" da prova indiciária, pois desempenha a função de transformação de uma circunstância "bruta" em um fato dotado de valor probatório. Dessa forma, "quando inferências acerca da verdade de um enunciado relativo a um fato principal são traçadas supondo outro

[16] QUIJANO, Jairo Parra. *Manual de Derecho probatório*. 3ª edição. Bogotá: Ediciones Libreria del Profesional, 1992, p. 377.
[17] MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1969, p. 78-79.
[18] BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 30-31.

fato como premissa, este último é considerado um meio de prova indireto daquele fato principal".[19]

No tocante ao procedimento inferencial, Ruço destaca que na reconstrução da "verdade" cada fato constitui um "fragmento da realidade comparável a uma peça de um *puzzle* que se encontra ligada, por todos os lados, a outras peças, através de recortes específicos, existindo uma interação recíproca entre peças que permitem formar apenas uma dada configuração singular". Consequentemente, "um fato, para ser considerado uma parte daquele *puzzle*, ou um certo fragmento daquela realidade, tem de se harmonizar com todas as peças e fragmentos com os quais está em contato".[20]

3. A suficiência probatória da prova indiciária no processo penal

Após demonstrarmos a relevância do tema na atualidade e esclarecermos os elementos que integram a prova indiciária, chegamos no momento adequado para o enfrentamento do problema jurídico proposto neste artigo com a demonstração da respectiva solução fornecida pela doutrina e jurisprudência estrangeira.

Com esse objetivo, acentua-se que a doutrina italiana aponta que a "verdadeira transformação" da prova indiciária no cenário jurídico mundial adveio com o acolhimento global – tanto dos países que utilizam o *Civil Law,* como daqueles que acolhem o *Common Law* – do sistema da livre apreciação das provas, no qual o julgador é dotado de liberdade para formar a sua convicção, motivadamente, com base no arcabouço probatório produzido nos autos, inexistindo qualquer hierarquia legal predeterminada entre os meios de prova contidos no processo penal, sejam esses diretos e/ou indiretos.[21]

Assim, a ausência de subordinação *in abstrato* entre os meios probatórios diretos e indiretos permite ao julgador ponderar livremente o valor de cada prova produzida no contexto processual, diante das peculiaridades do caso concreto, de modo que a sentença penal possa ser fundamentada no resultado final da respectiva ponderação probatória (*weight of evidence*).

Em razão disso, nada obsta que a prova indiciária, que é uma prova indireta, seja considerada uma prova "plena" na formação do livre convencimento do magistrado.[22] Reiteramos novamente, que consideramos prova "plena" aquela que é suficiente para, por si só, ensejar a certeza do julgador, no sentido da condenação ou absolvição do réu. É justamente o potencial desta espécie probatória alcançar a plenitude da

---

[19] TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 102-106.

[20] RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova Indiciária*. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013, p. 62.

[21] GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958, p. 8-9.

[22] Sobre a possibilidade da prova indiciária constituir-se em prova plena com capacidade para, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória, Devis Echandía assevera que *"la doctrina moderna ha sabido colocarla en su correcta posición de prueba principal, al lado de las otras ya estudiadas, a medida que mejoró la técnica de investigación y se precisaron sus requisitos, su naturaleza y los principios fundamentales para su valoración"*. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970, p. 615.

convicção do julgador no processo penal que motivou a nomenclatura do instituto – "prova indiciária suficente".

A nosso ver, quando o processo penal carece de provas diretas do crime, a prova indiciária eventualmente existente só comporta duas alternativas opostas e óbvias: ou a mesma é insuficiente e, consequentemente, acarretará a absolvição do acusado; ou, por outro lado, a prova indiciária é suficiente e, em decorrência disso, constitui-se em prova "plena" com aptidão para lastrear uma condenação criminal.

Com relação à capacidade da prova indiciária ser suficiente para, por si só, fundamentar uma condenação criminal, as jurisprudências espanhola e portuguesa caminham juntas no mesmo sentido, já que "a prova indiciária possui a mesma aptidão e eficácia da prova direta, para o fim de desvirtuar o princípio da presunção de inocência".[23]

O Tribunal Constitucional da Espanha acolhe o entendimento de que "à falta de prova direta de acusação, a prova indiciária é válida para enfraquecer a presunção de inocência sempre que exista uma mínima atividade probatória realizada com as garantias necessárias, referida a todos os elementos essenciais do delito, da qual se possa inferir razoavelmente os fatos e a participação do acusado nos mesmos".[24]

Com idêntico posicionamento sobre o tema, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já se pronunciou reiteradas vezes sobre a valoração da suficiência probatória da prova indiciária, apontando que "o juízo valorativo do tribunal tanto pode assentar em prova direta do fato, como em prova indiciária da qual se infere o *factum probandum*, não estando excluída a possibilidade do julgador, em face da credibilidade que a prova lhe mereça e as circunstâncias do caso, valorar preferencialmente a prova indiciária, podendo esta por si só conduzir à sua convicção".[25]

Nesse sentido, se a prova indiciária suficiente é capaz de, por si só, fundamentar uma sentença penal condenatória, é necessário que o julgador redobre a sua atenção no momento de valorá-la, de maneira a reduzir ao máximo a possibilidade de ocorrência de erro de julgamento motivado por uma "apreciação descompromissada"[26] da referida prova indireta.[27]

---

[23] De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 416/09, de 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.boe.es>

[24] Nos moldes da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 133/11, de 18 de julho de 2011. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.es>

[25] Conforme o teor do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P2279, julgado em 05/07/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt.>

[26] Quando nos referimos ao termo "apreciação descompromissada", tenciona-se abranger as situações processuais concretas nas quais o julgador valora uma prova indiciária como suficiente à condenação criminal, sem a observância dos pressupostos e requisitos inerentes a esta espécie probatória indireta.

[27] A respeito da possibilidade de ocorrência de erro nos julgamentos baseados exclusivamente na prova indiciária, Miranda Estrampes lembra que a prova direta também está sujeita à ocorrência de equívocos em sua valoração judicial. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 224.

Isso porque, diante do elevado grau de subjetividade da prova indiciária,[28] para que lhe seja outorgada a qualidade de prova "plena", é exigível o "máximo rigor crítico" na valoração de sua força probatória no processo penal, haja vista os "riscos e perigos" dela decorrentes.[29]

Dessa maneira, torna-se imprescindível que na valoração judicial da prova indiciária seja realizado um "enlace lógico" entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (fato presumido), de modo que o resultado do raciocínio inferencial do julgador reflita uma conclusão "racional" e "nunca arbitrária".[30]

Embora a avaliação criteriosa da suficiência probatória da prova indiciária não seja normalmente visualizada na jurisprudência brasileira, os tribunais superiores espanhóis e portugueses apreciam a força probatória da prova circunstancial de forma específica e detalhada, com o fim precípuo de conferir maior segurança jurídica na sua aplicabilidade prática processual, legitimando a fundamentação da sentença penal nela baseada.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível afirmar com base na jurisprudência portuguesa e espanhola, que a prova indiciária só será "suficiente" ou "plena", se forem observados os pressupostos e requisitos específicos estabelecidos pelas reiteradas decisões judicias dos tribunais superiores portugueses e espanhóis, já que, em regra, a maioria dos sistemas jurídicos processuais penais, tal como ocorre no Código de Processo Penal brasileiro, possui um vácuo legislativo a respeito desse tema, não contemplando expressamente o procedimento e os critérios a serem utilizados pelo julgador na valoração da referida espécie probatória indireta.

Diante disso, com base na doutrina e jurisprudência estrangeira, vamos expor a seguir os pressupostos e requisitos específicos inerentes à valoração judicial da prova indiciária suficiente que, a nosso ver, devem ser utilizados pelo julgador como um "norte a ser seguido", quando este se depara com a seguinte dúvida existente no interior da sua mente no momento do julgamento: quais são os parâmetros ou critérios de suficiência probatória que deverão legitimar a formação do convencimento do juiz baseado exclusivamente na prova indiciária?

A resposta a essa indagação consubstancia-se precisamente na observância pelo julgador dos pressupostos e requisitos específicos inerentes à prova indiciária suficiente, através da positivação de uma motivação específica na sentença penal que contemple tais exigências processuais, que serão detalhadas a seguir.

---

[28] PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho S. L., 1995, p. 17.

[29] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970, p. 618

[30] Nos termos das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha de 24 de abril de 1995 e 9 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.boe.es>

4. Pressupostos da prova indiciária suficiente

O objetivo primordial do processo penal é a descoberta da verdade "aproximada" dos fatos com o fim de garantir ao réu um julgamento adequado com a observância dos direitos fundamentais do indivíduo. Dentre esses, aquele que mais se sobressai diante do conflito entre a pretensão punitiva Estatal e a liberdade individual é, indubitavelmente, o direito do acusado ser considerado inocente até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor.

Tendo em vista a mencionada meta relativa a um processo penal equânime, considera-se pressuposto deste todo elemento probatório necessário e suficiente para se alcançar a comprovação plena da materialidade e autoria do fato criminoso. Nesse sentido, o pressuposto essencial para um julgamento adequado é o respeito absoluto à presunção de inocência. Consequentemente, para que a prova indiciária seja considerada suficiente a ensejar uma condenação criminal, é imprescindível que esta seja capaz de superar o obstáculo imposto por este princípio constitucional.

Note-se, contudo, que a presunção de inocência tem sido visualizada no Direito Moderno sob o ângulo do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt*, isto é, a responsabilidade penal do acusado deve ser provada "além de qualquer dúvida razoável", de modo que somente a presença de uma dúvida robusta na mente do julgador, a respeito da participação do réu no evento delitivo, culminará, inexoravelmente, na prevalência da presunção de inocência em detrimento da pretensão punitiva Estatal.

A prova além de uma dúvida razoável é aquela que deixa o julgador "firmemente convencido da culpa do réu".[31] Diante dessa definição, acreditamos que a tendência processual penal contemporânea caminha em direção a uma releitura do princípio da presunção de inocência, eis que o ideal é que esse postulado constitucional deva ser interpretado em consonância com o *standard* probatório anglo-saxônico *proof beyond a reasonable doubt*.

Seguindo essa linha de raciocínio, pensamos que o melhor método de interpretação do alcance do princípio da presunção de inocência é aquele que utiliza o *standard proof beyond a reasonable doubt* como parâmetro de suficiência probatória, uma vez que ambos os preceitos são "reflexos de uma mesma imagem", estando lado a lado em prol de um julgamento adequado em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, se a culpa do acusado no evento criminoso não for provada além de qualquer dúvida razoável, a presunção de inocência impõe a absolvição do réu. Por outro lado, se a culpa do acusado pela prática do delito for provada além de

[31] Tal orientação é amplamente utilizada até hoje nos Estados Unidos em julgamentos criminais, e reproduz exatamente o teor da Instrução nº 21 do modelo-padrão de instruções aos jurados no Tribunal do Júri, elaborado pelo Centro Judicial Federal norte-americano. (*Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions: Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States, Second Edition, January, 1987).* Disponível em: <www.fjc.gov>

qualquer dúvida razoável, a presunção de inocência não subsistirá, cedendo espaço à força condenatória do arcabouço probatório produzido no processo penal.[32]

Destarte, o princípio da presunção de inocência e o *standard* da prova além de uma dúvida razoável são os dois pressupostos que entendemos serem essenciais à constituição, não somente, de uma prova indiciária suficiente, mas também, de qualquer arcabouço probatório robusto – seja esse composto de provas diretas, indiretas, ou de ambas – com aptidão para fundamentar uma condenação criminal no processo penal.

Por fim, ressaltamos que tais pressupostos, se complementam e se compatibilizam reciprocamente, pois, em nosso sentir, a superação do princípio da presunção de inocência deverá ser concretizada processualmente através da observância do *standard* probatório norte-americano da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).

5. Requisitos específicos da prova indiciária suficiente

Conforme já mencionado, em regra, os ordenamentos jurídicos processuais penais não contemplam expressamente os requisitos específicos necessários à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal. Apesar do vácuo legislativo difuso, tais elementos são essenciais para uma valoração segura e coerente dessa espécie probatória indireta, haja vista a subjetividade decorrente do raciocínio realizado pelo julgador na construção lógica da presunção judicial que concretiza a prova circunstancial.

Tendo em vista que o pressuposto de toda condenação criminal sob à égide de um Estado Democrático de Direito é a superação do princípio da presunção de inocência, por meio de uma produção probatória que vá além de qualquer dúvida razoável que possa existir em favor do acusado, torna-se exigível que na apreciação judicial da força persuasiva da prova indiciária, a conexão entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (fato presumido que materializa a prova indiciária) seja realizada de modo a se alcançar a certeza jurídica amparada em uma elevadíssima probabilidade de ocorrência do fato principal objeto da controvérsia processual.

Justamente por ser a prova indiciária uma "prova de raciocínio", Coelho pondera que a sua valoração judicial no sistema da livre apreciação das provas exige do julgador "grande perspicácia, atenção e prudência, sendo realmente difícil o domínio de sua técnica". Em razão disso, adverte que "qualquer deslize ou precipitação no trânsito deste cipoal de múltiplas e variadas circunstâncias pode levar à areia movediça dos sofismas, viciando as conclusões e propiciando lamentáveis enganos e erros judiciários".[33]

[32] CHAMBERS JR., Henry L. Reasonable certainty and reasonable doubt. *In: Marquette Law Review*, nº 3, Volume 81, 1998, p. 655-704, p. 672.
[33] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 59.

Diante dessa complexidade intelectual de raciocínio inerente à apreciação adequada da força persuasiva da prova indiciária no processo penal, é imprescindível que o julgador avalie o peso probatório da evidência com a máxima cautela, de maneira que a sentença penal fundamentada exclusivamente com base na prova indireta seja lastreada em uma convicção "objetivável e motivável".[34]

Seguindo essa linha de raciocínio, pensamos que uma valoração adequada da suficiência probatória da prova indiciária no processo penal exige o preenchimento de determinados requisitos, sem os quais, a prova indiciária não poderá ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma sentença penal condenatória.

Obviamente, nada impede e inclusive é comum, que a prova circunstancial seja valorada em conjunto com os demais elementos probatórios diretos e/ou indiretos, de modo a reforçar o convencimento do julgador na busca da solução da controvérsia processual. Contudo, o principal objetivo desse tópico é trazer à baila os requisitos específicos da prova indiciária suficiente à condenação criminal.

Relembramos que o sistema da livre apreciação das provas confere ampla discricionariedade ao julgador para avaliar, motivadamente, o peso probatório de todos os meios de prova produzidos nos autos, sejam esses diretos e/ou indiretos. Consequentemente, a convicção do magistrado poderá ser fundamentada em qualquer prova plena, inclusive, na prova indiciária suficiente, que é aquela capaz de, por si só, conduzir o julgador à certeza probatória acerca da comprovação do fato principal.

Para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, vamos buscar inspiração nas avançadas jurisprudências espanhola e portuguesa que, há algumas décadas, estabeleceram detalhadamente os requisitos necessários à suficiência probatória da prova circunstancial no processo penal.

Trata-se de jurisprudência estrangeira consolidada – que a nosso sentir, poderia ser adotada em nossos tribunais – no sentido de que para a prova indiciária ser capaz de, por si só, superar o princípio da presunção de inocência através de uma condenação criminal, é necessário que o julgador identifique os elementos essenciais da prova circunstancial, explicitando-os especificamente na fundamentação da sentença penal.

Na Espanha, tanto o Tribunal Constitucional, quanto o Tribunal Supremo condicionam a valoração da suficiência probatória da prova indiciária à identificação pelo julgador de uma série de requisitos específicos da prova circunstancial. Somente assim, a prova indiciária poderá ser considerada uma "prova de cargo" apta à desvirtuação da presunção *iuris tantum* de inocência.[35]

Nesse sentido, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, a prova indiciária poderá, por si só, sustentar um pronunciamento condenatório sem que haja violação

[34] De acordo com o teor do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 233/08.1PBGDM.P3.S1, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

[35] Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985, *"el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado".* STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.boe.es>

ao princípio da presunção de inocência, desde que: 1) os fatos-base (indícios) estejam "plenamente comprovados"; 2) os fatos constitutivos do delito sejam extraídos "precisamente" dos indícios provados; 3) seja possível controlar a razoabilidade da inferência, de modo que se explique na fundamentação da sentença penal o "enlace lógico entre os fatos-base e o fato-consequência".[36]

O aprofundamento desses e de outros requisitos é melhor detalhado e complementado pelo Tribunal Supremo da Espanha, que possui vasta jurisprudência sobre o tema e, consequentemente, nos fornece uma visão mais específica sobre os elementos essenciais da prova indiciária suficiente à condenação criminal.[37]

De acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, quando o processo penal careça de provas diretas, a prova indiciária poderá ultrapassar a barreira da presunção de inocência, através da comprovação da participação do acusado no fato criminoso, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: 1) pluralidade de indícios; 2) os indícios devem estar plenamente comprovados por prova lícita; 3) os indícios devem ser concordantes e convergentes; 4) inexistência de contraindícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios; 5) "enlace preciso e direto" entre os fatos-base e o fato-consequência; 6) racionalidade lógica das inferências extraídas dos indícios.[38]

Destaque-se ainda, que algumas decisões do Tribunal Supremo da Espanha dividem os requisitos da prova indiciária suficiente em duas espécies: formais e materiais.[39] Sob esse ângulo, seriam requisitos formais: a) que a sentença expresse quais são os indícios provados que servem de fundamento para realização da inferência lógica; b) que a sentença explique a racionalidade do raciocínio inferencial através do qual, partindo-se dos indícios, chegou-se à convicção sobre a responsabilidade penal do acusado. Por sua vez, seriam requisitos materiais: a) a comprovação plena de uma pluralidade de indícios acusatórios, exceto, quando o indício único possua uma "singular potência acreditativa"; b) que os indícios sejam concomitantes ao fato principal que se pretende comprovar; c) que os indícios sejam interrelacionados e se

[36] De acordo com as Sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012; STC nº 300/05, de 21 de novembro de 2005; STC nº 111/08, de 22 de setembro de 2008; STC nº 133/14, de 22 de julho de 2014; STC nº 146/14, de 22 de setembro de 2014, entre outras. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[37] No tocante aos requisitos específicos da suficiência da prova indiciária no processo penal, o Tribunal Supremo da Espanha possui, há décadas, vasta jurisprudência consolidada sobre o tema, sendo exemplos as sentenças STS nº 286/16, de 7 de abril de 2016; STS nº 615/16, de 8 de julho de 2016; STS nº 500/15, de 24 de julho de 2015; STS nº 797/15, de 29 de novembro de 2015; STS nº 318/15, de 28 de maio de 2015; STS nº 720/14, de 22 de outubro de 2014; STS nº 444/14, de 9 de junho de 2014; STS nº 359/14, de 30 de abril de 2014; STS nº 433/13, de 29 de maio de 2013; STS nº 533/13, de 25 de junho de 2013; STS nº 1911/00, de 12 de dezembro de 2000; STS nº 728/00, de 24 de abril de 2000; STS nº 363/00, de 1º de março de 2000; STS nº 171/00, de 14 de fevereiro de 2000; STS nº 141/00, de 9 de fevereiro de 2000; STS nº 83/00, de 1º de fevereiro de 2000; STS nº 1654/99, de 26 de novembro de 1999; STS nº 435/99, de 10 de junho de 1999; STS nº 269/99, de 26 de fevereiro de 1999; STS nº 861/98, de 22 de junho de 1998; STS nº 584/98, de 14 de maio de 1998; STS nº 649/98, de 12 de maio de 1998, entre outras. Disponível em: <www.boe.es>

[38] Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Atualmente, o Tribunal Supremo continua seguindo a mesma linha de raciocínio, sendo exemplo a STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.boe.es>

[39] Nesse sentido, a STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.boe.es>

reforcem entre si; d) razoabilidade da conclusão obtida por inferência, devendo esta, ser fundamentada nas "regras de lógica e experiência".[40]

Em Portugal, a jurisprudência dos Tribunais Superiores segue os mesmos passos do país ibérico vizinho, no tocante à admissibilidade da prova indiciária no processo penal, bem como, quanto aos requisitos específicos de suficiência probatória da prova circunstancial.

Com relação à admissibilidade da prova indiciária, o Tribunal Constitucional de Portugal firmou entendimento no sentido de que "não é possível dizer que a utilização deste meio de prova atenta contra a presunção de inocência ou contra o princípio *in dubio pro reo*. O que sucede é que a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente, não havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do réu".[41]

Portanto, ainda que inexista prova direta do fato criminoso, a jurisprudência portuguesa consolidou o posicionamento de que nada obsta que a prova indiciária seja capaz de, por si só, gerar a certeza na convicção do julgador, uma vez que a apreciação judicial do seu valor probatório se insere no âmbito da discricionariedade motivada decorrente do sistema da livre apreciação das provas.

No entanto, para que a prova circunstancial possa ser considerada plena e capaz de ensejar uma condenação criminal com respeito ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal busca fundamentação nos requisitos elencados pela jurisprudência espanhola, afirmando que "a prova indiciária é suficiente para determinar a participação no fato punível se da sentença constarem os fatos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova direta (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do fato a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência".[42]

Na contramão das avançadas jurisprudências espanhola e portuguesa, relativamente ao detalhamento dos requisitos essenciais da prova indiciária suficiente no processo penal, a jurisprudência brasileira é escassa no que diz respeito ao referido tema. Geralmente, as sentenças judiciais fundamentadas exclusivamente com base na prova indiciária não fazem alusão expressa aos seus requisitos específicos, de modo que, no nosso entendimento, a ausência de explicitação desses parâmetros de valoração judicial poderá resultar, até mesmo, na violação do princípio do devido processo legal, em virtude de a motivação da sentença penal ser insuficiente à legitimação do veredicto emanado pelo Poder Judiciário.

---

[40] Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 673/16, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.boe.es>

[41] Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal nº 391/15, processo nº 526/15, julgado em 12/08/2015. Disponível em: <www.dgsi.pt.>

[42] De acordo com o teor do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. No mesmo sentido, são os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nº 417/09.5YRPTR.S2, julgado em 26/01/2011, e nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

O fato é, que diante de uma prova tão subjetiva e complexa – como é o caso da prova indiciária – o Poder Judiciário tem o dever de motivar precisamente uma eventual condenação criminal nela baseada, de forma que tanto o acusado, quanto a sociedade saibam exatamente as razões de fato e de direito que conduziram o magistrado àquele determinado veredicto.

Quanto à imprescindibilidade da prova indiciária preencher certos requisitos para que a mesma possa ser considerada capaz de ensejar uma condenação criminal, parcela da doutrina brasileira defende tal necessidade,[43] como por exemplo Moura, quando sustenta que "para constituírem prova segura, os indícios devem ser em número plural, graves e concordantes, e as inferências que outorgam devem ser convergentes ao mesmo resultado, de tal maneira que, em conjunto, mereçam plena credibilidade e levem ao magistrado o absoluto convencimento sobre o fato investigado. Uma vez analisados todos os indícios em conjunto, se não houver qualquer motivo que os desvirtue, e concorrerem todos, de forma unívoca, para uma conclusão segura e clara, isto é, sem que subsistam dúvidas razoáveis, poder-se-á dizer que os diversos indícios reunidos são suficientes para levar à indispensável certeza que sustentam a sentença".[44]

Enfim, verifica-se que tanto nas jurisprudências espanhola e portuguesa, quanto na visão doutrinária sobre os requisitos específicos de suficiência probatória da prova indiciária no processo penal existe uma tênue variação de requisitos, que a depender do órgão prolator da decisão ou do jurista especializado no tema, altera, aumenta ou diminui a quantidade e/ou variedade dos requisitos necessários à condenação criminal baseada exclusivamente na prova circunstancial.

Enquanto uns dividem os requisitos específicos da prova indiciária suficiente em formais e materiais, outros falam em requisitos de existência, validade e eficácia, e ainda há aqueles que não realizam qualquer classificação. Entendemos que em virtude da valoração judicial da suficiência probatória da prova indiciária ser um assunto complexo e de extrema relevância no processo penal moderno, o ideal é que – tal como ocorre na análise das circunstâncias judiciais no momento da aplicação da pena pelo julgador (artigo 59 CP) – os requisitos inerentes à prova circunstancial sejam elencados expressamente na fundamentação da sentença penal, da maneira mais inteligível possível, a fim de evitar motivações exaustivas e desnecessárias.

Por essa razão, vamos abordar a seguir os oito requisitos que pensamos serem essenciais para que seja possível identificar quando a prova indiciária poderá ser considerada plena, isto é, suficiente, por si só, para ensejar uma condenação criminal adequada ao caso concreto e em consonância com os direitos e garantias fundamentais vigentes em um Estado Democrático de Direito.

---

[43] GOMES, Márcio Schlée. *A prova indiciária no crime de homicídio:* lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 208-209.

[44] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99.

a) Indícios plenamente comprovados

O primeiro passo para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, é a comprovação plena dos indícios constitutivos do fato indiciário (*factum probans*) na fase de investigação, o que deverá ser corroborado judicialmente ao longo do processo penal, sob à luz do contraditório e da ampla defesa.

Significa dizer, que a inferência realizada pelo julgador deverá ter como ponto de partida um fato-base sólido e seguro,[45] pois, caso contrário, o raciocínio lógico engendrado resultará apenas em meras suspeitas ou conjecturas,[46] às quais se diferenciam bruscamente da prova indiciária, por não serem consideradas um meio de prova.

Com relação ao mencionado requisito específico da prova circunstancial, a doutrina acentua que o indício "carece de valor probatório quando o mesmo não é completamente certo quanto ao fato em se funda".[47] Por esse motivo, o julgador não poderá "apoiar-se em dado meramente provável, nem hipotético", uma vez que "a base da argumentação, que é o fato conhecido, deve ser certa".[48]

Desse modo, a convicção judicial só poderá ser fundamentada exclusivamente nos indícios se esses forem "concludentes em sua constatação", sendo necessária, portanto, a comprovação absoluta das evidências, para que seja possível utilizá-las de base para uma presunção judicial.[49]

Nesse contexto, tanto o Tribunal Constitucional,[50] quanto o Tribunal Supremo da Espanha[51] possuem jurisprudência consolidada, no sentido de que a prova indiciária deve partir de indícios plenamente comprovados, uma vez que é incabível construir certezas sobre a base de simples probabilidades.[52] Isso porque, se o fato-base constituído de indícios for incerto, "corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas".[53]

---

45 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970, p. 629.

46 Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 229/88, de 1º de dezembro de 1988. Disponível em: <www.boe.es>

47 MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*. 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 393-397.

48 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 82.

49 CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Proceso Penal*. Salamanca: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2011, p. 193.

50 Conforme se extrai do teor da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 24/97, de 11 de fevereiro de 1997. No mesmo sentido, STC nº 61/05, de 14 de março de 2005 e STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <www.boe.es>

51 Nesse sentido, o Tribunal Supremo da Espanha decidiu na STS nº 6215/10, de 24 de novembro de 2010, que *"la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados"*. Disponível em: <www.boe.es>

52 Nos termos da Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985. No mesmo sentido, STC nº 169/86, de 22 de dezembro de 1986. Disponível em: <www.boe.es>

53 TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

b) Pluralidade de indícios

Ao estabelecer os requisitos de admissibilidade e valoração dos indícios no processo penal italiano, o artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* determinou que "a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes".

Buscando inspiração na alusão do Código de Processo Penal italiano à necessidade de pluralidade de indícios, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras sublinham que a suficiência probatória da prova indiciária somente poderá ser considerada "plena" quando o fato-base que origina a presunção judicial seja alicerçado em vários indícios. Isso porque, diante do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo,* entende-se majoritariamente que é inadmissível fundamentar uma condenação criminal com base em apenas um único indício, por mais grave que este seja.[54]

Assim, o requisito da pluralidade de indícios parece lógico por pelo menos dois motivos: primeiro, porque se evita ou reduz o risco de erro de julgamento causado por uma conclusão errônea baseada em somente um indício "essencialmente equívoco". Segundo, porque tendo em vista que o raciocínio inferencial inerente à prova indiciária é de natureza presuntiva, quanto mais indícios acusatórios existirem, maior será a probabilidade de ocorrência do fato principal que se pretende comprovar (*factum probandum*).[55]

Deve-se mencionar que parcela da jurisprudência portuguesa destaca que há uma exceção à regra da pluralidade, que ocorre quando o único indício seja fundamentado em leis naturais que não admitem exceção.[56] Nessa hipótese específica, a evidência solitária poderia ser considerada, por si só, suficiente à condenação criminal. Seria o caso, por exemplo, da conclusão contundente extraída de preceitos cientificamente comprovados como o conhecimento notório e incontestável de que "todo homem é mortal".[57]

A jurisprudência espanhola também diverge quanto à questão, existindo decisões do Tribunal Supremo da Espanha no sentido de que "indício único é indício nulo".[58] Com base nesse entendimento, já se decidiu relativamente a um casal acusado

---

[54] SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La función del indicio en el Proceso Penal. *In: Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 709-710.

[55] GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba.* 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 139.

[56] DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova.* 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 123-127.

[57] Apesar de a referida exceção ser amplamente mencionada genericamente nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, não encontramos na jurisprudência situações concretas, uma vez que nem mesmo o exame de DNA confere "certeza absoluta" (100%) em seu resultado. Não obstante, de acordo com o Supremo Tribunal de Justiça, "quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem exceção os indícios devem ser vários". Nos termos dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011, e nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

[58] De acordo com o teor da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1536/1994, de 8 de março de 1994 *"tiene que existir pluralidad de indicios, no siendo suficiente uno solo, pudiendo muy bien decirse "indicium unus, indicidum nullus"".* Disponível em: <www.poderjudicial.es>

de crime de tráfico de drogas que embora a convivência matrimonial no mesmo domicílio onde se guarda a droga possa presumir a sua posse compartilhada dos cônjuges, para fins de tráfico e lucro comum, tal dedução "não pode ser baseada somente na situação fática da união conjugal decorrente da convivência debaixo do mesmo teto".[59]

Por outro lado, numerosas decisões do Tribunal Supremo da Espanha se posicionam no sentido de que, excepcionalmente, o indício único poderá constituir uma presunção judicial suficiente, por si só, para fundamentar uma sentença penal condenatória.[60] Ocorre que esse entendimento abrange especificamente o elemento subjetivo do crime de tráfico de drogas, no qual a intenção de mercancia pode ser deduzida a partir de um único indício, qual seja, a apreensão em poder do acusado de quantidade de entorpecente "superior a duas doses habituais para o consumo".[61]

Trata-se do que a jurisprudência espanhola define como indício único de "singular potência acreditativa" ou de "especial significação probatória".[62] Dessa maneira, de acordo com o referido entendimento, a presunção de inocência pode ser superada pela força probatória da "racionalidade do enlace entre o indício – quantidade da droga apreendida em poder do acusado, superior a duas doses habituais para o consumo – e a afirmação presumida – que o acusado possuía as drogas com a intenção de traficar – que é o elemento determinante para comprovar o fato principal que se pretende demonstrar", qual seja, o crime de tráfico de drogas.[63]

---

[59] Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS de 14 de fevereiro de 1994. No mesmo sentido: STS de 4 de março de 1994 e STS nº 5456/86, de 14 de outubro de 1986. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[60] Destaque-se que o referido posicionamento também encontra precedentes no âmbito da jurisprudência dos tribunais portugueses. Dessa maneira, já se decidiu que: "a base indiciária deve ser constituída, preferencialmente, por uma pluralidade de indícios (concordantes ou convergentes de modo a que se reforcem mutuamente), mas é admissível que um só seja suficiente se o seu significado for determinante". Acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 2/13.7GCETR.P1.3, julgado em 09/09/2015. E também: "um único indício nem sempre tem uma força persuasiva inferior à da prova direta ou demonstrativa". Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 10693/2008-3, julgado em 07/01/2009. Disponível em: <www.dgsi.pt.>

[61] Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, *"en materia de prueba de indicios es la regla que sean necesarios varios hechos básicos (indicios) para que puedan considerarse suficientes como fundamento de una condena o para acreditar algún dato desfavorable para el reo. Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites, diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas, vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino".* Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 3556/01, de 30 de abril de 2001. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[62] Nos moldes das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017; STS nº 8103/97, de 29 de maio de 1997; STS nº 8485/00, de 21 de novembro 2000; STS nº 2756/05, de 29 de abril de 2005; STS nº 6531/08, de 21 de novembro de 2008; STS nº 7788/09, de 11 de dezembro de 2009; e STS nº 673/16, de 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[63] CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Proceso Penal*. Salamanca: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2011, p. 209-210. Prossegue o referido doutrinador esclarecendo que *"el nexo entre hecho-base y hecho-consecuencia se fundamenta en el razonamiento, según el cual, la cantidad de droga incautada supera aquella que habitualmente podría destinarse al consumo personal; dicho razonamiento, excluyendo cualquier otro, permite deducir la intención de tráfico de la droga (elemento subjetivo del tipo penal)"*

Um exemplo prático de indício único capaz de fundamentar uma condenação criminal foi elencado na Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3604/07, de 20 de maio de 2007. Na situação concreta, a perícia datiloscópica recolheu as impressões digitais do suspeito no recipiente de plástico que tinha sido enterrado com as drogas em local de difícil acesso. Naquela ocasião, o tribunal espanhol considerou a referida prova técnica, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, uma prova plena alicerçada no indício único de "singular potência acreditativa".[64]

De fato, parte da doutrina concorda com o entendimento acima exposto ponderando que não há nenhum obstáculo para que a prova indiciária possa se formar com base em apenas um único indício, pois o que mais importa na valoração da suficiência probatória da prova indiciária é a "racionalidade do enlace preciso e direto" entre o fato-base (composto de um ou vários indícios) e a presunção que materializa a prova circunstancial.[65]

Nesse sentido, Gascón Abellán acentua que o requisito da pluralidade de indícios não pode ser interpretado em termos absolutos, já que nada impede que o fato principal seja comprovado a partir de um único indício, desde que a sua "qualidade epistemológica" resulte em um elevadíssimo valor probatório capaz de, por si só, fundamentar a sentença penal condenatória.[66]

Consequentemente, seguindo essa linha de raciocínio conclui-se que a força probatória destruidora da presunção de inocência, inerente à prova indiciária suficiente, dependerá, não do número de indícios, mas da solidez da conexão entre o fato indiciário e a afirmação presumida, uma vez que "os indícios não se contam, mas sim, se pesam".[67] Contudo, é bom lembrar que, probabilísticamente, quanto maior for o número de indícios concordantes e convergentes em um determinado sentido, menor será a "possibilidade de azar" na formação da convicção do julgador.[68]

c) Gravidade dos indícios

Com previsão legal expressa no artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano), a gravidade do indício se relaciona diretamente com a capacidade persuasiva do elemento indiciário na formação da convicção do julgador. Considera-se grave o indício "resistente às objeções" e possuidor de um elevado poder de convencimento,

[64] Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3604/07, de 30 de maio de 2007. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[65] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 234-239.

[66] GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho:* Bases argumentativas de la prueba. 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 139.

[67] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970, p. 673.

[68] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970, p. 654.

como ocorre quando o raciocínio inferencial baseado nas regras de experiência exprima um altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do *factum probandum*.[69]

Dependendo da intensidade persuasiva do indício, este poderá ser considerado "necessário",[70] o que significa dizer, que as relações entre o fato-base e o fato-consequência são tão conectadas, que da existência do primeiro, extrai-se naturalmente a plena comprovação do último. Assim, quanto mais estreito for o vínculo entre o fato indiciário e a presunção, mais grave será o indício.[71]

Por isso, é de suma importância que na valoração judicial da força probatória dos indícios seja verificada a submissão destes "à análise crítica destinada a verificá-los, precisá-los e avaliá-los", para que os indícios sejam definidos como "graves, medianos ou leves", a fim de facilitar o julgador a alcançar uma conclusão contundente, com base na ponderação do valor persuasivo da prova indiciária produzida no bojo do processo penal.[72]

Relativamente à definição dos indícios em "graves, medianos ou leves", devemos recordar os ensinamentos de Bentham, reproduzidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no sentido de que "não é pela circunstância de se inscreverem nesta última espécie que os indícios devem ser afastados pois que o pequeno indício conjugado com outros pode assumir uma importância fundamental".[73]

Tendo em vista a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, pensamos que a prova indiciária suficiente à condenação criminal requer a existência de ao menos um indício grave na composição do seu fato-base, que dá origem à presunção judicial comprobatória do *factum probandum*.

Isso porque, como a sentença penal condenatória exige o pressuposto da superação absoluta do obstáculo imposto pelo princípio da presunção de inocência, sob o ângulo do *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável *(proof beyond a reasonable doubt)*, torna-se imprescindível a soma de uma pluralidade de indícios (graves, medianos e/ou leves) concordantes e convergentes no sentido de uma conclusão única e inabalável.

---

[69] Nos termos dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011; nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011; nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012; e nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

[70] Segundo o Tribunal Supremo da Espanha, *"en el caso de indicio necesario, este contará con eficacia probatoria autonomía y suficiente, es decir bastará por sí solo".* Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[71] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal.* 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 361.

[72] Nesse sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

[73] Nos moldes do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 233/08.1PBGDM.P3.S1, julgado em 09/02/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

d) Precisão dos indícios

Também elencada no artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano) como um dos requisitos de validade e eficácia da prova indiciária, a precisão dos indícios[74] decorre de "um enlace preciso e direto" entre o fato-base e o fato-consequência estabelecido por uma presunção judicial.[75] Em outras palavras, o indício é preciso "quando não é suscetível de outras interpretações".[76]

Logo, a existência dessa íntima conexão lógica entre os indícios e o fato que se pretende comprovar (*factum probandum*) exige uma ligação precisa e direta entre os primeiros e o último, de modo que "não se permita realizar outras inferências contrárias igualmente válidas epistemologicamente".[77]

Diante disso, é imprescindível que não só os indícios, mas também a inferência lógica seja precisa, isto é, que "não seja arbitrária, absurda, infundada" ou "excessivamente aberta", no sentido de que a valoração racional dos indícios possa conduzir o julgador a uma "conclusão alternativa perfeitamente razoável" que explique os fatos de outra maneira, sem determinar a participação do acusado na prática do crime.[78]

e) Concordância dos indícios

Segundo o artigo 192, nº 2 do *Codice di Procedura Penale* (CPP italiano), a concordância é um dos requisitos essenciais para que a presunção extraída de uma pluralidade de indícios seja considerada um meio de prova válido, eficaz e pleno.

Nesse diapasão, a concordância demonstra a contemporaneidade entre os indícios, além da interrelação recíproca entre esses, de modo que "ajustem-se entre si", produzindo um "todo coerente e natural".[79] Ou seja, os indícios deverão ser "concordes, não se repelindo, nem se anulando",[80] de maneira que a conclusão mais provável apontada por cada um deles seja compatível.

---

[74] É bom lembrar, que alguns doutrinadores como Gascón Abellán tratam os termos "precisão" e "univocidade" como sinônimos. Nesse sentido, *"el indicio es unívoco o preciso cuando conduce necesariamente al hecho desconocido; es, por el contrario, equívoco cuando puede ser debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos"*. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho:* Bases argumentativas de la prueba, 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 152.

[75] Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[76] De acordo com os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 936/08.0JAPRT.S1, julgado em 07/04/2011, nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011, nº 1/09.3FAHRT.L1.S1, julgado em 09/02/2012 e nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

[77] Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[78] Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[79] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 92-93.

[80] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 70.

Sobre esse requisito específico da prova indiciária suficiente, Vishinski pondera que é muito importante que a ligação existente entre a pluralidade de indícios (fato-base) e a afirmação presumida (fato-consequência) seja como "anéis de uma mesma cadeia". Assim, "se um anel se desprender, desagregará toda a cadeia e, consequentemente, apenas existirá um conglomerado de indícios dispersos, sem conexão mútua interna".[81]

Acerca da necessidade de concordância entre os fatos indiciários, a fim de que seja alcançada uma comprovação segura do *factum probandum*, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu reiteradas vezes que os indícios devem estar "interrelacionados de modo que reforcem o juízo de inferência".[82] Logo, a presunção judicial concretizadora da prova indiciária será a "normal e típica consequência" dos indícios *per si* e globalmente considerados.[83]

Com o mesmo entendimento sobre o referido requisito da prova indiciária suficiente, o Tribunal Supremo da Espanha também possui jurisprudência consolidada[84] no sentido de que os indícios devem ser articulados, de maneira que "reciprocamente se reforcem e não se neutralizem".[85]

Em razão disso, a jurisprudência espanhola aponta que a natureza periférica dos indícios exige não somente a estreita ligação destes com o fato principal que se pretende comprovar (*factum probandum*), como também, a interrelação entre eles, pois a força probatória da prova indiciária decorre justamente do grau de conexão lógica e recíproca entre os indícios.[86]

f) Convergência dos indícios

Tanto a concordância, quanto a convergência são requisitos específicos da prova indiciária suficiente. Entretanto, enquanto a primeira diz respeito à contemporaneidade e compatibilidade dos indícios entre si, de forma a produzir um "conjunto coerente e natural",[87] a segunda refere-se às "inferências indiciárias", no sentido de que estas

[81] VISHINSKI, Andrei. *A Prova Judicial no Direito Soviético*. Traduzido para o português por Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p. 217.
[82] Nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt> Disponível em: <www.dgsi.com.pt>
[83] De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 420/06.7GAPVZ.S1, julgado em 18/05/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>
[84] Conforme entendimento pacífico do Tribunal Supremo da Espanha, os indícios devem estar *"interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí".* Nesse sentido: STS nº 363/00, de 1º de março de 2000; STS nº 728/00, de 24 de abril de 2000; STS nº 673/16, de 25 de janeiro de 2016; STS nº 190/17, de 19 de janeiro de 2017, entre outras. Disponível em: <www.poderjudicial.es>
[85] Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1676/99, de 23 de novembro de 1999. Disponível em: <www.poderjudicial.es>
[86] Segundo o Tribunal Supremo da Espanha nas sentenças STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998; STS nº 1501/10, de 21 de janeiro de 2010; STS nº 5119/10, de 22 de setembro de 2010; STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Disponível em: <www.poderjudicial.es>
[87] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 95-96.

deverão ser obtidas com a ajuda da lógica e das regras de experiência, de modo que todas reunidas não possam levar a conclusões diversas.[88]

Assim, a convergência nos remete à ideia de "unidirecionalidade", pois, para que a prova indiciária possa ser considerada suficiente à condenação criminal, é imprescindível que além dos indícios serem contemporâneos e compatíveis entre si, também direcionem o julgador a uma única conclusão, acima de qualquer dúvida razoável porventura existente em favor do acusado.[89]

Isso porque, a força probatória dos indícios no processo penal depende não somente da pluralidade de indícios, como também, da intensidade da conexão lógica entre o fato-base e a presunção judicial.[90] Logo, "não basta que os vários indícios concorram de maneira a formar um todo harmônico, mas é indispensável que de cada um deles possa obter-se a mesma inferência sobre o fato que se investiga".[91]

Nesse diapasão, durante o procedimento de valoração da suficiência probatória da prova indiciária, o julgador deverá estabelecer previamente a concordância entre os indícios, para depois verificar a existência de inferências lógicas convergentes em uma mesma direção.

Verifica-se, portanto, que a concordância das evidências é o "ponto de partida" para que, em seguida, o julgador, por meio de um raciocínio lógico possa constatar a existência ou inexistência de convergência dos indícios para um determinado ponto em comum, uma vez que é possível "haver concordância sem convergência".[92]

Note-se que quando se aprecia a eficácia probante da prova indiciária no processo penal, deve-se analisar a existência de uma "dupla harmonia": uma entre os próprios indícios, que é a concordância; e outra relativa à única conclusão possível extraída do raciocínio inferencial do julgador, que é a convergência. É justamente a verificação dessa "dupla harmonia" que resultará em uma valoração adequada da suficiência probatória da prova circunstancial.[93]

Baseando-se nessa mesma linha de pensamento, a jurisprudência portuguesa é uníssona quanto à necessidade de convergência das inferências lógicas realizadas pelo julgador, uma vez que os indícios "devem ser concordantes, convergindo na

[88] DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova.* 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 123-127.
[89] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 65-66.
[90] Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016. Nesse mesmo sentido: STS nº 1479/98, de 5 de março de 1998, STS nº 1501/10, de 21 de janeiro de 2010 e STS nº 5119/10, de 22 de setembro de 2010. Disponível em: <www.poderjudicial.es>
[91] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 93.
[92] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 67-68.
[93] VISHINSKI, Andrei. *A Prova Judicial no Direito Soviético*. Traduzido para o português por Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p. 218.

direção da mesma conclusão do fato indiciante, assim se convertendo o conhecimento provável, encoberto, em conhecimento límpido e firme à luz do dia".[94]

Ademais, seguindo esse mesmo caminho, a doutrina e a jurisprudência espanhola exigem que a correlação lógica entre os indícios e a presunção seja visualizada em um "duplo sentido": no sentido "positivo", já que os indícios devem culminar em uma única conclusão; e no sentido "negativo", pois as circunstâncias indiciárias deverão conduzir à exclusão de qualquer outra conclusão.[95]

Consequentemente, a presunção judicial estabelecida pela prova indiciária deverá ser originada de indícios "congruentes e unidirecionais",[96] que demonstrem um "enlace preciso e direto" entre o fato indiciário e a afirmação presumida (*factum probandum*), de modo que "não haja nenhuma outra possibilidade alternativa, que possa se reputar razoável e compatível com os indícios existentes".[97]

g) Inexistência de contraindícios com capacidade neutralizadora da força probatória dos indícios acusatórios

Os indícios podem ser positivos ou negativos.[98] Positivos ou acusatórios são aqueles que resultam na comprovação da existência de um fato ou circunstância em desfavor do acusado, mediante uma presunção extraída através do raciocínio inferencial do julgador. Em contrapartida, negativos são os contraindícios, também conhecidos como "indícios de sinal contrário",[99] que consistem em fatos indiciários favoráveis ao acusado, dos quais se pode obter uma conclusão contrária àquela fornecida pelos indícios acusatórios.[100]

Dessa maneira, enquanto os indícios positivos podem comprovar a presença do acusado na cena do crime, por meio do recolhimento pela perícia técnica, das impressões digitais do suspeito no local do delito, os contraindícios ou indícios negativos podem enfraquecer ou, até mesmo, neutralizar os indícios acusatórios evidenciando claramente a improcedência da acusação formulada em desfavor do réu.[101]

No primeiro caso, o contraindício apenas enfraquece o poder persuasivo da prova indiciária, razão pela qual, permanece a possibilidade de a tese acusatória

---

[94] Nos moldes do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 417/11.5GBLLE.E1.S1, julgado em 06/02/2014. Disponível em: www.dgsi.com.pt

[95] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 244.

[96] Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4964/09, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[97] Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 3068/96, de 21 de maio de 1996. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[98] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 71.

[99] VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Presunción de inocencia y prueba indiciaria. *In:* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006, p. 73.

[100] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis, 2002, p. 661.

[101] COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996, p. 73.

prevalecer sobre a tese defensiva. Um bom exemplo seria a comprovação pela Defesa do réu da inexistência de qualquer dívida financeira entre a vítima e o acusado, de forma a acarretar somente a exclusão da qualificadora "motivo torpe" em um suposto crime de homicídio qualificado.

Por outro lado, existem contraindícios que além de enfraquecer a tese acusatória, também a neutralizam, isto é, tornam mais verossímil a tese defensiva a ponto de ensejar a absolvição do réu. Trata-se da hipótese conhecida como "álibi", na qual o acusado consegue provar cabalmente que estava em outro lugar no exato momento da prática do delito. Com tal comprovação, a consequência mais provável do desfecho do processo penal é a absolvição do acusado, diante do forte abalo na verossimilhança da conclusão alinhavada pela tese ministerial amparada nos indícios acusatórios.[102]

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que a função do contraindício no processo penal é a de enfraquecimento ou neutralização da presunção judicial estabelecida com base na pluralidade de indícios acusatórios, que, por sua vez, constituem o núcleo fático que origina a prova indiciária.[103]

Por essa razão, a jurisprudência espanhola elenca como um dos requisitos necessários à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal a "inexistência de contraindícios com força neutralizadora dos indícios acusatórios",[104] uma vez que os indícios positivos "não devem ser desvirtuados ou desmentidos por contraindícios, porque senão se anulam e perdem a sua credibilidade".[105]

De igual modo, a jurisprudência portuguesa sublinha que quando o livre convencimento do julgador é fundamentado exclusivamente na prova circunstancial, deve-se afastar "a existência de contraindícios, pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e o poder de convicção do quadro global da prova indiciária".[106]

Enfim, tendo em vista o fato de que a busca da "verdade" no processo penal é visualizada pelo juiz de acordo com a maior ou menor probabilidade de ocorrência dos fatos indiciários, acusatórios ou não, alegados pelas partes, torna-se imprescindível na prática jurídica processual que o julgador, diante do conjunto probatório contido nos autos, também examine cautelosamente todos os contraindícios existentes, a fim de

[102] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal.* 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 227.
[103] Nesse sentido, Cabral aponta o caráter dúplice dos contraindícios observando que "o contraindício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto, pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir". CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *In*: *Revista Julgar*, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33, p. 23.
[104] GOMES, Márcio Schlée. *A prova indiciária no crime de homicídio:* lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 208-209.
[105] Nos moldes das Sentenças do Tribunal Supremo da Espanha nº 35/93, de 21 de janeiro de 1993; nº 1368/93, de 10 de junho de 1993; e nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <www.poderjudicial.es>
[106] Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 241/08.2GAMTR.P1.S2, julgado em 23/02/2011. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

eliminar qualquer aparência "enganosa" ou "dúbia", relativa à suficiência probatória da prova indiciária.[107]

De qualquer modo, nunca é demais lembrar os ensinamentos de Bentham quando afirma que "toda a lógica judicial consiste em fazer uma valoração justa e exata desses fatos que probabilizam ou desprobabilizam o fato principal. Qualquer equívoco nessa valoração produz injustiça. Quando se trata de um delito, se se omite ou se computa por menos do seu valor um só fato corroborativo, pode o culpado livrar-se da pena que merece. Se se olvida ou valora por menos um fato infirmativo pode ser condenado um inocente".[108]

h) Motivação específica com a explicitação do raciocínio inferencial utilizado pelo julgador na fundamentação da sentença penal

O dever de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional[109] inerente ao Estado Democrático de Direito que se insere no âmbito do Devido Processo Legal, pois visa assegurar a todos os jurisdicionados uma "tutela judicial efetiva" que se legitima através da explicitação das razões de fato e de direito apontadas pelo julgador na motivação da sentença penal.[110]

Recorde-se ainda, que há muito tempo atrás, Bentham já ponderava que "não basta que a decisão judicial seja justa, mas que também pareça justa"[111]. Consequentemente, a imprescindibilidade da justificação dos motivos conducentes à livre convicção do juiz permite o controle da racionalidade do ato judisdicional,[112] já que a fundamentação representa o "espelho revelador de eventuais erros do julgador".[113]

A obrigatoriedade de motivação do ato decisório, além de explicitar a racionalidade da decisão, garante simultaneamente a publicidade desta perante toda a sociedade, o que reflete a "dimensão pedagógica" inerente à fundamentação da

---

[107] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 256-260.

[108] BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo II, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 112-113.

[109] Sobre a exigência de motivação das decisões judiciais, o artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil assegura que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". De igual modo, a referida garantia constitucional também é prevista expressamente em diversos ordenamentos jurídicos europeus, dentre os quais, mencionamos a Constituição Espanhola, que prevê no artigo 120, item nº 3 que *"Las sentencias serán siempre motivadas"*; a Constituição Portuguesa, que dispõe no artigo 205, item nº 1, que "as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei."; e o artigo 111 da Constituição Italiana, que garante que *"Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"*.

[110] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

[111] BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo II, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, p. 96.

[112] Nesse diapasão, Taruffo assinala que a motivação é uma *"justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión"*. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 435-436.

[113] CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Traduzido para o espanhol por H. Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEA, 1960, p. 117.

sentença penal, possibilitando assim, um "controle democrático e de responsabilização externa da função jurisdicional".[114]

Ocorre que, quando a comprovação do fato principal no processo penal for amparada exclusivamente com base na prova indiciária, há a necessidade de uma "motivação ainda mais exigente",[115] de maneira que a sentença penal explicite de forma inteligível o raciocínio inferencial utilizado pelo julgador na conexão lógica entre os indícios e a presunção conclusiva estabelecida pela prova indiciária.[116]

Por isso, a jurisprudência espanhola elenca como um dos requisitos essenciais à suficiência probatória da prova indiciária no âmbito do processo penal o dever de o julgador explicitar na fundamentação da sentença o "enlace preciso e direto" existente entre o fato-base e o fato-consequência, de modo a reduzir ao mínimo possível o risco de ocorrência de alguma arbitrariedade no veredicto estabelecido pela sentença penal, decorrente da ausência de conexão lógica do raciocínio inferencial realizado pelo magistrado na formação da sua convicção.[117]

Em outras palavras, significa dizer que as inferências extraídas dos indícios plenamente comprovados nos autos devem ser "racionais e lógicas", de forma a demonstrar o "enlace preciso e direto" entre o arcabouço indiciário convergente e a dedução realizada pelo julgador,[118] que, por sua vez, em nenhuma hipótese poderá ser "arbitrária, incoerente ou absurda".[119]

Entendemos que a eventual omissão na sentença penal relativa ao dever de motivação específica inerente à prova indiciária suficiente, poderá acarretar violação ao direito do acusado à "Tutela Jurídica Efetiva", que se ampara no devido processo legal. Já o Tribunal Supremo da Espanha caracteriza a obrigatoriedade de fundamentação

---

[114] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995, p. 623.

[115] Conforme decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, "quando estão em causa factos julgados provados em resultado de prova indiciária, impõe-se uma motivação ainda mais exigente, de modo a demonstrar o exacto *iter* do raciocínio desenvolvido, de modo a possibilitar ao tribunal de recurso o reexame do caminho seguido em ordem a verificar se está ou não em conformidade designadamente com as regras de experiência". Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 350/98.4TAOLH.S1, julgado em 08/06/2011. Disponível em: <www.dgsi.pt>

[116] GOMES, Márcio Schlée. *A prova indiciária no crime de homicídio:* lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 208-209.

[117] O referido entendimento é amplamente acolhido pelo Tribunal Supremo da Espanha. Exemplificativamente, na STS nº 9344/91, de 8 de março de 1991 decidiu-se que *"la deducción lógica que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253 del Código Civil), la cual debe exteriorizarse en el propio texto de la sentencia para mostrar así públicamente que la libertad del Juzgador no ha sido utilizada de modo arbitrario"*. Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 9344/91, de 8 de março de 1991. No mesmo sentido, há diversas outras decisões mais recentes do Tribunal Supremo, como a STS nº 4175/16, de 27 de setembro de 2016; e a STS nº 190/2017, de 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[118] De acordo com as Sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha nº 174/85, de 17 de dezembro de 1985 e nº 175/85, de 17 de dezembro de 1985. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[119] Nos moldes da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1536/94, de 8 de março de 1994. Disponível em: <www.poderjudicial.es> (Acesso em: 19/01/2019). A jurisprudência portuguesa caminha nessa mesma direção. Veja-se, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 07P4588, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <www.dgsi.pt>

das decisões judiciais como uma "implicação necessária" do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 24, nº 2 da Constituição espanhola.[120]

Portanto, o raciocínio inferencial utilizado pelo julgador deverá ser obrigatoriamente esclarecido na fundamentação da sentença penal motivada exclusivamente com base na prova indiciária, possibilitando assim, que o acusado tenha pleno conhecimento das razões factuais e jurídicas que conduziram o magistrado à formação do seu livre convencimento. Ressalte-se ainda, que tal esclarecimento é importante, sobretudo, para garantir ao réu a efetividade do seu direito ao duplo grau de jurisdição, por meio da via recursal.[121]

Em resumo, pode-se afirmar que o dever de motivação específica com a explicitação na sentença penal do juízo inferencial realizado pelo magistrado possui uma tripla função, quais sejam: 1) permitir o autocontrole pelo próprio juiz que utiliza a presunção resultante da pluralidade de indícios convergentes; 2) facilitar a argumentação no manejo dos recursos, já que a defesa passa a conhecer o raciocínio dedutivo-indutivo que conectou o fato-base à presunção; 3) possibilitar o controle das inferências realizadas pelo julgador e pelos Tribunais Superiores, que avaliarão a "racionalidade, coerência e logicidade" daquelas.[122]

Por fim, frise-se que a obrigatoriedade de motivação específica na sentença relativa à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal dispensa uma fundamentação extensa e maçante, pois, de acordo com o Tribunal Supremo da Espanha, é desnecessário que a explicitação do raciocínio inferencial seja exaustiva ou de grande amplitude, sendo suficiente apenas o esclarecimento dos pontos referenciais básicos a partir dos quais o julgador realizou a dedução lógica que resultou na presunção constitutiva da prova circunstancial.[123]

6. Considerações finais

O ordenamento jurídico processual penal brasileiro acolheu como sistema de valoração probatória o livre convencimento motivado sendo certo que a característica essencial deste é o tratamento igualitário a todos os meios de prova *in abstrato*, sejam eles diretos ou indiretos, devendo a força e a credibilidade de cada elemento probatório ser avaliada pelo julgador no caso concreto.

---

[120] Conforme decidido na Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 1690/03, de 12 de março de 2003. Frise-se que o próprio Tribunal Constitucional da Espanha já reafirmou esse posicionamento, uma vez que *"la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia"*. Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha nº 145/05, de 6 de junho de 2005. No mesmo sentido, STC nº 175/12, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[121] Nos termos da Sentença do Tribunal Supremo da Espanha nº 4924/99, de 9 de julho de 1999. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

[122] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997, p. 246-247.

[123] De acordo com a Sentença do Tribunal Supremo da Espanha de 31 de maio de 1993. Disponível em: <www.poderjudicial.es>

Nesse contexto, com base na avançada doutrina e jurisprudência portuguesa e espanhola, no tocante à valoração da suficiência da prova indiciária no âmbito do processo penal, é possível realizarmos uma compilação dinâmica de oito requisitos específicos inerentes a essa espécie probatória indireta, de modo que se possa extrair um caminho claro e objetivo a ser seguido pelo julgador na apreciação da prova indiciária suficiente.

Assim, exige-se a verificação de determinados requisitos específicos, sem os quais, a prova indiciária não poderá ser considerada suficiente para, por si só, ensejar uma sentença penal condenatória. Trata-se de entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, há décadas, na Espanha e em Portugal, no sentido de que para que a prova indiciária possa ser considerada capaz de superar a presunção de inocência através de uma condenação criminal, é necessário que o julgador identifique explicitamente na fundamentação da sentença penal os requisitos essenciais inerentes à suficiência probatória da prova circunstancial.

A nosso ver, tais requisitos devem ser explicitados na fundamentação da sentença penal, de maneira dinâmica, a fim de evitar motivações exaustivas e ininteligíveis, tal como ocorre no momento de avaliação e ponderação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, mais precisamente na primeira fase da aplicação da pena.

Dessa forma, à luz da doutrina e jurisprudência portuguesa e espanhola, entendemos ser imprescindível a exposição de oito requisitos específicos na fundamentação da sentença penal condenatória, para conferir *status* de prova "suficiente" à prova indiciária no âmbito do processo penal. Tais requisitos específicos da prova indiciária servirão para nortear a valoração judicial "mais objetiva possível", de uma espécie probatória "tão subjetiva", garantindo assim, de modo eficaz, o devido processo legal aos jurisdicionados e a toda sociedade, que terão pleno conhecimento do porquê da condenação ou absolvição do réu, com base exclusivamente na prova indiciária.

Em face do exposto, pensamos ser imprescindível à suficiência probatória da prova indiciária no processo penal os seguintes requisitos: 1) os indícios formadores do fato-base (*factum probans*) deverão estar plenamente comprovados nos autos; 2) deverá existir uma pluralidade de indícios; 3) ao menos um indício deverá ser grave, isto é, possuir uma "singular potência acreditativa" ou "especial significação probatória"; 4) os indícios deverão ser precisos; 5) os indícios deverão ser concordantes, contemporâneos e interrelacionados entre si; 6) deverá existir convergência dos indícios em direção a mesma conclusão; 7) deverá inexistir contraindícios com capacidade neutralizadora da força probatória dos indícios acusatórios; 8) deverá haver uma motivação específica na sentença penal com a explicitação dos requisitos inerentes à prova indiciária, e também, do raciocínio inferencial utilizado pelo julgador para estabelecer a conexão lógica entre o fato-base (indícios) e o fato-consequência (prova indiciária resultante da presunção judicial).

Em tempos de maximização contínua dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, seria ideal a implementação pela jurisprudência pátria deste procedimento

de valoração da prova indiciária, exemplo originário dos países ibéricos, que por sua vez, também buscaram inspiração sobre o tema nos sistemas jurídicos processuais penais italiano e norte-americano.

Com o sugerido impulso jurisprudencial pátrio, tal como ocorreu nos países supramencionados, a Comunidade Jurídica Brasileira afastaria de vez qualquer preconceito em desfavor da prova indiciária "suficiente", para outorgar-lhe o seu valor merecido no âmbito do processo penal, sobretudo, em razão da necessidade cada vez mais premente de utilização segura desta importante ferramenta probatória, primordialmente nos casos que envolvam delitos de alta complexidade praticados pelas organizações criminosas.

Referências bibliográficas

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825.

_____. *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo II, reescrito por Estevan Dumont e traduzido para o espanhol por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825.

CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *In*: *Revista Julgar*, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Traduzido para o espanhol por H. Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CHAMBERS JR., Henry L. Reasonable certainty and reasonable doubt. *In: Marquette Law Review*, nº 3, Volume 81, 1998, p. 655-704.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1996.

CORDÓN AGUILAR, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Proceso Penal*. Salamanca: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2011.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Buenos Aires: Victor P. De Zavalia, 1970.

_____. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence. Principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho:* Bases argumentativas de la prueba. 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958.

GOMES, Márcio Schlée. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch, 1969.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento. *In:* CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 501-503.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

_____. Prueba indiciaria y estândar de prueba en el Processo Penal. *In: Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Ano 1, nº 1, setembro/dezembro, 2012, p. 15-50.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*. 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho S. L., 1995.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.

QUIJANO, Jairo Parra. *Manual de Derecho probatório*. 3ª edição. Bogotá: Ediciones Libreria del Profesional, 1992.

ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova Indiciária*. Coimbra: Gráfica Almondina, 2013.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. La función del indicio en el Proceso Penal. *In: Estudios de Derecho Procesal.* Barcelona: Ariel, 1969.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. *In*: *Revista Julgar*, nº 2, maio/agosto, 2007, p. 203-215.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos.* Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. Presunción de inocencia y prueba indiciaria. *In:* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (dir.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006.

VISHINSKI, Andrei. *A Prova Judicial no Direito Soviético*. Traduzido para o português por Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957.

Lei nº 14.811/2024: um paradigma para a salvaguarda da infância e juventude – inovações nos crimes de *bullying*, *cyberbullying*, no ECA e na Lei dos Crimes Hediondos

Renee do Ó Souza*
Luiz Fernando Rossi Pipino**
Andrea Walmsley Soares Carneiro***

Sumário

1. Introdução. 2. Competência comum para protocolos de medidas de proteção à violênciacontra a criança e adolescente. 3. Política Nacional de Prevenção e Combate ao Absuo e Exploração Sexual. 4. Análise das alterações. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo acadêmico aborda a Lei nº 14.811/2024, que institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência em estabelecimentos educacionais ou similares, além de estabelecer a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente. A pesquisa envolveu uma análise detalhada das alterações promovidas na legislação brasileira, notadamente no Código Penal e seu novo crime de bullying, na Lei dos Crimes Hediondos e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O método utilizado contemplou a revisão extensiva da legislação atualizada e a análise crítica dasmudanças propostas pela Lei nº 14.811/2024. Os resultados destacam a importância da legislaçãona promoção de ambientes educacionais mais seguros e na prevenção efetiva do abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. Conclui-se que as alterações legislativas representam um avanço significativo na proteção dos direitos fundamentais dessa população vulnerável.

Palavras-chave: Lei 14.811/2024. Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente. *Bullying*. *Cyberbulying*.

* Mestre em Direito. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professor e autor de obras jurídicas.
** Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Professor e autor de obras jurídicas.
** Doutora em Direito. Procuradora da República. Professora e autora de obra jurídica.

1. Introdução

A Lei nº 14.811/2024, para além de suas alterações nas normativas do Código Penal (CP), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei dos Crimes Hediondos, assume uma abordagem abrangente na salvaguarda da integridade de crianças e adolescentes. Uma das expressões de seu compromisso com a proteção infantojuvenil é a introdução de medidas específicas contra a violência em estabelecimentos educacionais ou similares. Essas medidas visam proporcionar um ambiente seguro e propício ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, reconhecendo a importância do espaço educacional em seu crescimento.

Além disso, a referida lei institui a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente, reforçando o compromisso do legislador em lidar proativamente com questões sensíveis e promover ações preventivas e repressivas efetivas contra formas graves de violência que impactam essa parcela da população.

O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 14.188/2023 desempenha um papel significativo nesse contexto ao estabelecer uma conexão dialógica direta com legislações específicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes. Ao considerar como violência contra essa faixa etária as formas elencadas nas Leis nºs 13.185/2015, 13.431/2017 e 14.344/2022, esse dispositivo cria um verdadeiro microssistema de proteção. Esse microssistema reflete a interconexão normativa entre as diferentes leis, estabelecendo uma rede de proteção que aborda diversas dimensões das violências sofridas por crianças e adolescentes, promovendo, assim, uma abordagem holística na busca por sua segurança e bem-estar. Essa iniciativa legislativa demonstra um esforço em garantir a coerência e a eficácia das medidas de proteção, fortalecendo o arcabouço jurídico destinado a assegurar os direitos fundamentais dessa população vulnerável.

2. Competência comum para protocolos de medidas de proteção à violênciacontra a criança e adolescente

O artigo 2º da Lei nº 14.811/2024 evidencia, desde sua origem, a relevância atribuída pelo legislador à cooperação e coordenação entre os órgãos do Poder Executivo na construção de um ambiente seguro para crianças e adolescentes. Nesse contexto, destaca-se a incumbência de desenvolver protocolos locais e a criação da Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual.

O desdobramento dessa diretriz é encontrado no artigo 3º, que ressalta a responsabilidade específica do poder público local em parceria com os órgãos de segurança e saúde. Essa colaboração visa à elaboração de protocolos destinados à proteção da criança e do adolescente, compreendendo a capacitação do corpo docente e a disseminação de informações à comunidade escolar. Esse cenário reflete a busca por ações concretas e adaptadas à realidade local, reconhecendo a importância de medidas preventivas e de capacitação para lidar com situações delicadas.

Como exemplo prático, considere uma escola municipal que, em conformidade com o disposto no artigo 3º, estabelece um protocolo específico em parceria com órgãos de segurança e saúde locais. Nesse protocolo, estão previstas atividades de capacitação para os professores sobre identificação de sinais de abuso e exploração sexual, orientações sobre como abordar delicadamente essas situações com os alunos, e procedimentos a serem seguidos para relatar e encaminhar casos identificados.

Ademais, o protocolo inclui ações de conscientização e informação à comunidade escolar, envolvendo palestras, panfletos informativos e canais de comunicação para esclarecer dúvidas e reportar incidentes. Dessa forma, a escola se torna um ambiente mais resiliente e preparado para prevenir e enfrentar situações de abuso e exploração sexual, em consonância com a legislação vigente.

3. Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual

O artigo 4º da Lei nº 14.811/2024 é central na instituição da Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual, delineando objetivos essenciais. Entre essas metas, destacam-se o aprimoramento da gestão, o fortalecimento das redes de proteção, apromoção de conhecimento e a garantia de atendimento especializado. Um ponto crucial nessaabordagem é a transversalidade da política, que prevê a capacitação continuada de agentes públicos, reconhecendo a necessidade constante de aprimoramento e atualização para enfrentaresse desafio complexo.

Além disso, os §§4º e 5º do artigo 4º estabelecem a obrigatoriedade de avaliações periódicas da implementação dos Planos de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual. Essas avaliações são conduzidas de maneira colaborativa, envolvendo órgãos públicos,conselhos e organizações da sociedade civil. A amplitude desse processo de avaliação reflete um compromisso com a transparência e a participação democrática na gestão dessas políticas.

Um exemplo prático seria um município que, em conformidade com o artigo 4º, desenvolve um Plano de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual. Periodicamente,

esse plano seria avaliado em conjunto com órgãos públicos locais, conselhos tutelares e organizações da sociedade civil que atuam na proteção da infância e adolescência. Durante essaavaliação, seriam revisados os progressos, identificadas áreas de melhoria e ajustados os objetivos conforme as necessidades emergentes.

A divulgação ampla do conteúdo desses planos e das avaliações, conforme preconizado no texto legal, seria fundamental para envolver a comunidade, manter a transparência nas ações governamentais e estimular a participação cidadã na construção e fiscalização das políticas de prevenção e combate ao abuso e exploração sexual. Essa abordagem integrada reforça a eficácia e a responsabilidade compartilhada na proteção das crianças e adolescentes contra essas formas de violência.

4. Análise das alterações

Após a promulgação de normas programáticas que fundamentam a política pública,estabelecendo medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência em ambienteseducacionais ou similares, e ao prever a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente, a Lei nº 14.811/2024 avança ao editar normas penais que fortalecem seus objetivos de proteção. Vejamos.

I) Alterações no Código Penal

1) A Lei instituiu uma Majorante de 2/3 no crime de homicídio cometido contra menor de 14 anos em instituição de educação básica pública ou privada (Art. 121, §2º-B, III, do CP).

O §2º-B do art. 121 do Código Penal sofreu uma alteração pela Lei nº 14.344/2022, conhecida como Lei Henry Borel, que estabeleceu um aumento de pena para homicídios contra menores de 14 anos ou pessoa com deficiência ou doença que aumentasse a vulnerabilidade da vítima, com acréscimo de 1/3 até a metade da pena. Adicionalmente, previa aumento de 2/3 da pena nos casos em que o autor fosse ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou exercesse autoridade sobre ela.

Agora, a nova lei introduziu mais uma circunstância majorante, elevando em 2/3 a pena nos casos em que o crime for cometido nas dependências de instituição de educação básica, seja pública ou privada. Essa adição busca reforçar a proteção de crianças e adolescentes em ambientes educacionais, reconhecendo a gravidade do crime quando perpetrado nesses locais específicos.

A majorante é justificável ante a necessidade de preservar a segurança e integridade do ambiente escolar. Instituições educacionais são consideradas espaços cruciais para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, e a intensificação da pena pretendida pela Lei nº 14.811/2024 busca proteger essa comunidade, desencorajar atos violentos e reforçar a importância da segurança nesses locais. Além de atuar como um elemento dissuasor, a medida reconhece a relevância da educação na formação da sociedade, refletindo a preocupação em manter um ambiente educacional seguro e propício ao desenvolvimento humano.

Algumas questões devem desde já ser consideradas:

1. Cumulatividade da Majorante do Inciso III: A majorante estabelecida no inciso III é cumulativa com as anteriores, permitindo sua aplicação em casos de crime contra menor de 14 anos com deficiência, cometido por ascendente ou no ambiente de instituição de educação básica.

2. Abrangência da Majorante: A majorante deve ser aplicada mesmo durante férias escolares ou aulas virtuais, desde que o crime ocorra nas adjacências da instituição de educação. A delimitação espacial das adjacências carece de uma análise caso a caso, guiada pelo bom senso e razoabilidade, não sendo estabelecida uma distância fixa. No entanto, a norma não se aplica se a instituição estiver desativada.

3. Abrangência da Educação Básica: A majorante abrange a educação infantil, fundamental e ensino médio. Não se aplica a instituições de ensino superior, profissional e tecnológico, indígena, quilombola ou de jovens e adultos.

4. Meios de Comprovação do Local do Crime: A comprovação de que o crime foi cometido em instituição de educação básica, pública ou privada, pode ser realizada por qualque meio legítimo, como prova testemunhal e confissão, dispensando a necessidade de perícia para tal aferição.

5. Destinatário da Ação Criminosa: Não é necessário demonstrar que o agente tinha como destinatário alguém no interior dos locais indicados. O elemento decisivo é a comprovação de que o sujeito agiu em instituição de educação básica, independentemente de visar especificamente os estudantes desse estabelecimento.

2) Majorante de pena em dobro nos crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou automutilação, quando o autor é líder, coordenador ou admistrador de grupo, de comunidade ou de rede virtual, ou por estes é responsável (Art. 122, § 5º, do CP).

O crime de Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, que tem pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, assim está previsto no art. 122 do CP: "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça".

A Lei nº 13.968/2019 tinha criado a causa de aumento prevista no § 5º, alterada agora pela nova Lei nº 14.811/2024. Vejamos as redações das normas:

Redação Lei nº 13.968/2019	**Redação dada pela Lei nº 14.811/2024**
§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.	§ 5º Aplica-se a pena em dobro se o autor é líder, coordenador ou administrador de grupo, de comunidade ou de rede virtual, ou por estes é responsável

Principais mudanças:

1) A alteração na redação ampliou a abrangência da norma ao incluirespecificamente o administrador de grupo e de comunidade virtuais, assim como as pessoas responsáveis por esses espaços *online*. Em ambientes virtuais,os termos "líder", "coordenador" e "administrador" referem-se a papéis distintos, mas interligados. O líder exerce influência decisiva sobre os membros,orientando a direção e a cultura do grupo. O coordenador organiza e facilita atividades, mantendo a ordem e a eficiência. O administrador gerencia as configurações técnicas e a infraestrutura do ambiente online. Já o termo "responsável" abrange indivíduos com autoridade ou supervisão sobre o grupo, independentemente do papel específico.

É certo, todavia, que as distinções entre essas funções variam conforme o contexto, destacando-se suas responsabilidades únicas em ambientes virtuais.

2) A nova lei prevê um índice maior de aumento de pena, nesses caso. Antes a pena era aumentada em metade, agora a pena é dobrada. Assim, o agente fica sujeito a uma pena em abstrato de 1 (um) à 04 (quatro anos).

3. Novo crime de intimidação sistemática (*bullying*) e Intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*).

Intimidação sistemática (*bullying*)

Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais.

Pena – multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

Intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*)

Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos,

> de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.

O tipo penal em questão surge como resposta à crítica doutrinária de que a Lei 13.185/2015, destinada a criar um Programa de Combate ao *Bullying*, não criminalizou a conduta, embora, dependendo da sua manifestação, o agente pudesse ser responsabilizado por crimes contra a honra (calúnia, difamação ou injúria), lesão corporal ou ameaça, de acordo com o Código Penal (arts. 138, 139, 140, 129 e 146).

"*Bullying*" refere-se a comportamentos repetitivos e prejudiciais, comumente praticados com a intenção de causar sofrimento ou desconforto. Esses comportamentos, como insultos, apelidos pejorativos, exclusão social e ameaças, podem ocorrer em vários contextos.

Não há dúvidas de que a conscientização sobre o *bullying* e a promoção de um ambiente seguro são fundamentais para prevenir e abordar tal comportamento, envolvendo esforços educacionais, programas anti-bullying e suporte psicológico. Portanto, o estudo do tipo penal deve ser realizado em conjunto com a Lei 13.185/2015, reconhecendo a importância de abordagens integradas para lidar com esse fenômeno.

Aliás, como será explorado posteriormente, a inserção direta e inalterada da definição de bullying presente na Lei 13.185/2015 no tipo penal em análise resulta em deficiências substanciais. O tipo penal demonstra lacunas e imperfeições decorrentes desse transplante literal, evidenciando a necessidade de uma análise mais aprofundada para aprimorar e adequar a legislação.

Vejamos cada uma das categorias penais do novo delito:

Bem Jurídico: A norma penal visa proteger a liberdade pessoal, pois visa salvaguardar o indivíduo contra comportamentos que podem comprometer sua integridade emocional, psicológica e social. A lei penal reforça, assim, a noção de que todos têm o direito de viver sem serem constantemente submetidos a agressões, intimidações ou assédios.

Sujeito do crime: Qualquer pessoa pode assumir os papéis de autor ou vítima desse crime, uma vez que o tipo penal em questão não exige a presença de qualidades especiais para os sujeitos envolvidos. A amplitude de aplicação do crime de bullying, nesse sentido, abre espaço para que indivíduos de diversas origens, idades e contextos possam ser tanto agentes ativos quanto vítimas desse comportamento prejudicial.

É relevante desde já ressaltar algumas críticas à formulação do tipo penal, que desnecessariamente contempla a possibilidade de o crime ser perpetrado individualmente ou em grupo contra uma ou mais pessoas. Não há peculiaridades nessa incriminação que justifiquem tal redação, uma vez que o crime é essencialmente unissubjetivo, podendo ser cometido por uma única pessoa ou por várias em concurso

de pessoas[1]. Além disso, o delito pode ser praticado contra uma única vítima ou várias, abrangendo diversas circunstâncias sem a necessidade de especificações redundantes.

Tipo objetivo: Inadvertidamente influenciado pelo §1º do art. 1º, bem como o art. 2º e art. 3º da Lei 13.185/2015, o legislador adotou neste tipo penal a expressão "intimidação sistemática" como núcleo verbal central do tipo penal, transformando-o em "intimidar sistematicamente". No entanto, ele manteve as formas de caracterização do bullying, tais como a intimidação, humilhação, entre outros, resultando em um tipo penal desnecessariamente prolixo e de difícil compreensão devido à sua extensão.

O verbo principal, "intimidar", denota a ação de constranger, assombrar ou atemorizar alguém, decorrente de práticas como insultos, apelidos pejorativos e exclusão social, que efetivamente causam sofrimento, desconforto ou angústia à vítima. Aliás, como esclarecido por Vander de Andrade, o termo bullying é definido na língua inglesa como a prática de "atos de agressão entre pessoas". Na língua portuguesa, a palavra "intimidar" apresenta dois significados: a) causar medo, ou seja, amedrontar, assombrar, aterrorizar, inquietar, atemorizar ou terrificar; e b) causar constrangimento, implicando inibir, constranger, envergonhar, embaraçar ou vexar[2].

De acordo com o art. 2º da Lei nº 13.185/2015, a intimidação sistemática (*bullying*) ocorre quando há violência física ou psicológica por meio de atos de intimidação, humilhação ou discriminação, incluindo ataques físicos, insultos pessoais, comentários sistemáticos, apelidos pejorativos, ameaças, grafites depreciativos, expressões preconceituosas, isolamento social consciente e premeditado, além de pilhérias (zombarias).

Para que a conduta seja considerada crime é necessário que a intimidação ocorra de forma sistemática. Essa característica sugere que a ação do agente seja planejada e composta por partes que formam uma sequência ou série de atos, todos direcionados ao propósito de alcançar seu intento. Posteriormente, o tipo penal adiciona o adjetivo "repetitivo". Apesar de parecer redundante, essa qualificação serve para ampliar o alcance da incriminação, permitindo que atos intimidatórios reiterados, mesmo que desorganizados, sejam considerados como crime.

Após essa introdução, que estabelece "intimidar sistematicamente" como a oração principal repleta de elementos secundários, o tipo penal descreve os meios pelos quais a conduta principal pode ser praticada. Trata-se, portanto, de um tipo múltiplo cumulativo, uma vez que a intimidação deve ocorrer de maneira cumulativa, por um dos meios descritos a seguir. Esses elementos modais são:

---

[1] Como ensina Paulo Busato: "Os delitos que podem ser perpetrados por uma única pessoa (tipos unissubjetivos), quando praticados coletivamente, configuram situação de concurso eventual de pessoas" (BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral, volume 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 974).

[2] ANDRADE, Vander. O crime de intimidação sistemática ("bullying" e "cyberbullying") aplicado aos condomínios edilícios. Migalhas de peso. Publicado em 18/01/2024. In: https://www.migalhas.com.br/depeso/400495/o-crime-de-intimidacao-sistematica--bullying-e-cyberbullying. Acessado em 23 jan. 24.

a) atos de intimidação. Ex. Uma pessoa é constantemente ridicularizada pelos colegas de trabalho devido ao seu peso corporal. Eles fazem comentários maldosos sobre a sua aparência física, causando danos à autoestima e bem-estar emocional.

b) atos de humilhação. Ex. pessoa é ridicularizada na vizinhança por não ter roupas ou acessórios de marca. Eles a menosprezam constantemente com base em sua situação econômica, causando constrangimento e isolamento social.

c) atos de discriminação: uma aluna é excluída de oportunidades e projetos acadêmicos simplesmente por ser mulher. Seus colegas e professores minimizam suas capacidades com base em estereótipos de gênero.

d) ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais.

Essa última porção do tipo, ao expressar comportamentos já abrangidos nos elementos anteriores, revela-se igualmente desnecessária. Busca-se, nesse trecho, incorporar a classificação de bullying delineada no art. 3º da Lei 13.185/2015, o qual especifica que a ilicitude pode ser categorizada com base nas ações perpetradas, como se segue:

> I. Verbal: envolve insultos, xingamentos e apelidos pejorativos;
>
> II. Moral: abrange difamação, calúnia e disseminação de rumores;
>
> III Sexual: inclui assédio, indução e/ou abuso de natureza sexual;
>
> IV. Social: consiste em ignorar, isolar e excluir socialmente;
>
> V. Psicológica: envolve perseguição, amedrontamento, aterrorização, intimidação, dominação, manipulação, chantagem e infernização;
>
> VI. Física: refere-se a socos, chutes e batidas;
>
> VI. Material: engloba furtos, roubos e destruição de pertences alheios;
>
> VIII. Virtual: compreende depreciação, envio de mensagens intrusivas à intimidade, envio ou adulteração de fotos e dados pessoais com o intuito de causar sofrimento ou criar meios de constrangimento psicológico e social.

Elemento subjetivo: O delito é intrinsecamente doloso, fundamentado na vontade livre e consciente de intimidar sistematicamente alguém por meio de atos de intimidação, humilhação, discriminação ou ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais. A expressão entre vírgulas, "sem motivação evidente", visa esclarecer o crime não requer um elemento subjetivo especial ou uma finalidade específica.

Embora incomum e até mesmo dispensável, essa redação visa enfatizar que, na presença de alguma motivação específica por trás da intimidação, humilhação ou discriminação, poderá configurar-se outra infração mais grave[3]. Isso ocorre se o agente praticar o bullying por motivações discriminatórias ou preconceituosas relacionadas a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, resultando na configuração do crime de racismo.

Não existe uma modalidade culposa desse delito.

Consumação e tentativa: O legislador vinculou a configuração típica à intimidação sistemática, entendida como a prática planejada de intimidação alinhada aos objetivos do agente ou, ao menos, caracterizada pela repetição. Diante disso, consideramos que o crime em questão possui natureza habitual, consumando-se mediante a reiteração de atos de intimidação, humilhação, discriminação, ou ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais.

Além disso, essa característica de habitualidade exclui a possibilidade de tentativa no delito, uma vez que atitudes isoladas, esporádicas ou desconectadas, que não constituam uma sequência ou série de comportamentos, não se enquadram no tipo penal (embora possam configurar outro delito, como é o caso do crime de ameaça previsto no art. 147 do Código Penal). Somente com a presença da habitualidade, portanto, a infração atinge sua completa realização.

Pena: A única sanção prevista é a imposição de multa, indicando, assim, tratar-se de infração de menor potencial ofensiva (Lei 9.099/1995). A inexistência de pena privativa de liberdade não é por si só suficiente para inferirmos que estamos diante de uma contravenção penal. Trata-se, em verdade, de um delito, decorrente do simples fato de o Código Penal não prever a existência de contravenções penais em seu escopo normativo.

Diante da brandura da pena cominada, é inegável a pertinência das críticas em relação à decisão legislativa de tipificar esta conduta como crime. Seria plausível que tal comportamento permanecesse configurando uma mera infração disciplinar, especialmente quando perpetrada no âmbito escolar, o qual é o ambiente mais recorrente para a ocorrência desse fenômeno. Alternativamente, poder-se-ia enquadrar a conduta em outros tipos penais, tais como crimes contra a honra, lesão corporal, importunação sexual, entre outros, conforme a natureza específica de cada caso.

[3] No mesmo sentido sustenta ABREU, Fernando: "O legislador, de forma desnecessária, previu o modo intencional no tipo penal, como se o dolo não fosse a regra em nosso ordenamento jurídico. Não obstante ter exigido o modo intencional, sugerindo a finalidade específica de praticar o bullying, paradoxalmente e de forma simultânea, exigiu que a conduta seja realizada sem motivação evidente. Afinal, ao se exigir que a intimidação sistemática seja praticada de forma intencional e repetitiva, não estaríamos diante de uma motivação evidente, isto é, a prática do bullying? Ao que nos parece, o legislador pretendeu promover um distinguishing quanto à motivação, no sentido de que, havendo alguma motivação específica como questões religiosas, de cor, origem e etc., a conduta se amoldaria a outro tipo penal, a depender do dolo do agente" (Art. 146-A do Código Penal. E-BOOK).

Aliás, é por essa razão que o preceito secundário expressamente prevê uma cláusula de subsidiariedade, no caso de a conduta em questão não configurar um crime de maior gravidade.

Figura qualificada - Intimidação sistemática virtual (cyberbullying): O parágrafo único do art. 146-A do Código Penal apresenta uma modalidade qualificada nominada como "Intimidação sistemática virtual" (cyberbullying), que estabelece: "Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real".

Apesar de algumas vozes argumentarem que a última figura de bullying, prevista no *caput* – por meio de atos virtuais – está contemplada no parágrafo único – *cyberbullying* –, entendemos que se tratam de tipificações distintas. A intimidação praticada por meio virtual ocorre em um ambiente simulado, como um jogo de tabuleiro ou de RPG[4], por exemplo, mas sem conexão com a rede de computadores, isto é, sem transmissão online em tempo real. Por exemplo, em uma gincana escolar, um aluno, ao narrar o enredo do jogo imaginário (virtual, portanto), zomba e insulta repetidamente um professor devido à sua aparência física.

Já o *cyberbullying* abrange ações realizadas por meios digitais, como internet, redes sociais, aplicativos, jogos online, ou qualquer outro ambiente ou plataforma digital. Pode envolver interações em tempo real, comunicação instantânea, transmissão ao vivo ou compartilhamento de conteúdo digital em plataformas online. Compreende atividades que ocorrem em ambientes digitais e frequentemente envolvem a participação ativa de indivíduos conectados por meio de dispositivos eletrônicos. Por exemplo, um jogador sistematicamente humilha um adversário durante a transmissão em tempo real de sua partida em um jogo online para uma audiência ao vivo por meio de uma plataforma de *streaming*.

A penalidade imposta ao cyberbullying é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa. Logicamente, devido ao alcance mais amplo e à maior gravidade da conduta, a pena é mais severa.

II) Alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

A Lei Federal nº 14.811, sancionada em 15 de janeiro de 2024, trouxe diversas modificações legislativas e acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente duas novas condutas típicas. De fato, a nova legislação não somente acresceu ao §1º do art. 240 do ECA uma figura típica equiparada como também introduziu o art. 244-C àquele diploma legal.

[4] *Role-playing game*, também conhecido como RPG (em português: "jogo narrativo", "jogo de interpretação de papéis" ou "jogo de representação"), é um tipo de jogo em que os jogadores assumem papéis de personagens e criam narrativas colaborativamente (Role-playing game. In: Wikipedia, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Fundation, 2022. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Role-playing_game>. Acesso em: 18 de janeiro de 2024).

1. Novo crime de exibir, transmitir ou facilitar a exibição ou transmissão de pornografia infantil, com pena de 4 a 8 anos e multa (Art. 240, §1º, II, do ECA).

> Art. 240. (…)
>
> §1º Incorre nas mesmas penas quem:
>
> (…)
>
> II – exibe, transmite, auxilia ou facilita a exibição ou transmissão, em tempo real, pela internet, por aplicativos, por meio de dispositivo informático ou qualquer meio ou ambiente digital, de cena de sexo explícito ou pornográfica com a participação de criança ou adolescente.

Pune-se agora também aquele que exibir (expor, mostrar), transmitir (propagar, disseminar), auxiliar (apoiar) ou facilitar (favorecer, colaborar) a exibição ou transmissão, em tempo real (pela internet, por aplicativos, por meio de dispositivo informático ou qualquer meio ou ambiente digital), de cena de sexo explícito (com relação sexual aparente e visível) ou pornográfica (com conotação sexual, de cunho libidinoso) com a participação de criança ou adolescente.

O que se pretende proteger pela norma é a formação moral da criança e do adolescente (bem jurídico tutelado).

Tratando-se de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo sujeito passivo a criança ou o adolescente.

O tipo é punido apenas a título de dolo (não se pune a forma culposa), não se exigindo qualquer finalidade específica por parte do agente.

Por fim, considerando o balizamento punitivo previsto em abstrato (pena de quatro a oito anos de reclusão), não se admite a celebração de acordo de não persecução penal nem de transação penal. Também não há se falar em suspensão condicional do processo.

2. Novo crime de deixar de comunicar à autoridade pública o desaparecimento doloso de criança ou adolescente, com pena de 2 a 4 anos e multa (Art. 224-C do ECA)

> Art. 244-C. Deixar o pai, a mãe ou o responsável legal, de forma dolosa, de comunicar à autoridade pública o desaparecimento de criança ou adolescente.
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Está prevista a punição agora da conduta dos pais ou dos responsáveis legais que deixarem de comunicar à autoridade pública (a exemplo do Delegado de Polícia mediante o registro de boletim de ocorrência) o desaparecimento de criança ou adolescente. O núcleo do tipo é "deixar" de comunicar (é a não comunicação), de modo a permitir que o desaparecimentoda criança e do adolescente continue sendo um fato desconhecido da autoridade pública.

Trata-se de crime próprio (ou especial), pois somente pode ser praticado pelo pai, pela mãe ou pelo responsável legal, sendo sujeito passivo a criança ou o adolescente.

Vale ressaltar que o artigo 244-C do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece um tipo penal omisso específico, pois a omissão é explicitamente prevista (o delito se configura pela mera abstenção do agente, tornando desnecessária qualquer consequência naturalística). De fato, o crime presume o descumprimento do dever de notificação compulsória, considerando a obrigação de comunicação imposta pela legislação penal. No contexto do Estado de Mato Grosso, existe uma regulamentação legal sobre a comunicação de pessoas desaparecidas, que pode ser aplicada ao caso (a Lei Complementar Estadual nº 11.601/2021, que trata da Política Estadual de Busca de Pessoas Desaparecidas, embasa as disposições da Lei Federal nº 13.812/2019).

O tipo é punido apenas a título de dolo (não se pune a forma culposa), não se exigindo qualquer finalidade específica por parte do agente. Os pais ou responsáveis legais permanecem dolosamente inertes e não cumprem o dever de informar determinado fato (desaparecimento da criança ou adolescente) à autoridade pública cuja comunicação é cogente. Pensamos que a expressão "de forma dolosa" consagrada no tipo penal é totalmente desnecessária, ante a regra inscrita no parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

No mais, registre-se também que é um crime de mera conduta (ou de simples atividade), consumando-se a infração a partir da omissão dos pais ou dos responsáveis legais em comunicar à autoridade pública o desaparecimento da criança ou adolescente. E por se tratar de crime unissubsistente, não se admite a forma tentada, já que o comportamento se materializa num único ato (suficiente para a consumação).

Por fim, considerando o balizamento punitivo previsto em abstrato (pena de dois a quatro anos de reclusão), admite-se a celebração de acordo de não persecução penal. Porém, não há se falar em suspensão condicional do processo.

III) Alterações na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990):

Alterações na Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90)

A Lei de Crimes Hediondos (Lei n. º 8.072/90) sofreu alterações no art. 1.º, *caput* e parágrafo único, nos termos do art. 7.º da Lei n. º 14.811/2024**:**

> O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 1º .....
>
> - induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real (art. 122, caput e §4º);
>
> - sequestro e cárcere privado cometido contra menor de 18 (dezoito) anos (art. 148, §1º, inciso IV);
>
> - tráfico de pessoas cometido contra criança ou adolescente (art.149-A, *caput*, incisos I a V, e §1º, inciso II).
>
> Parágrafo único. .....
>
> VII - os crimes previstos no §1º do art. 240 e no art. 241-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Relembre-se que o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos crimes hediondos, adota o sistema legal, uma vez que estabelece que somente será hediondo o crime devidamente indicado no rol legal do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Ainda que o delito analisado no caso concreto seja, de *per si,* ontologicamente grave ou mesmo que o julgador reconheça a referida gravidade, somente haverá hediondez e suas consequências[5] se houver prévia inclusão da hipótese típica no rol legal taxativo[6].

---

[5] Art. 5.º, XLIII da Constituição Federal: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem".

[6] *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME ESPECIAL. REQUISITO CONTIDO NO INCISO V DO § 3º DO ART. 112 DA LEP. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTO NORMATIVO NA LEI Nº 12.850/2013. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO PARA TODAS AS ESPÉCIES DE SOCIEDADES CRIMINOSAS. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE (DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE). VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN MALAM PARTEM DE NORMAS PENAIS. TELEOLOGIA DA LEI Nº 13.769/2018. O LEGISLADOR, QUANDO TEVE O INTUITO DE ESTENDER PARA OUTRAS FORMAS DE SOCIETAS SCELERIS, O FEZ EXPRESSAMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA. (...)
Se a mencionada interpretação ampliativa de organização criminosa fosse legítima, também deveria ser, por exemplo, que o julgador, ao deparar-se com o conceito reincidente, pudesse estender o alcance do termo de modo diverso do previsto nos arts. 63 e 64 do Código Penal, que definem seu significado. Do mesmo modo poderia o órgão do Poder Judiciário considerar hediondo crimes diversos daqueles previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/1990
- o qual elenca, em rol taxativo, os crimes considerados hediondos. Não há controvérsia sobre a impossibilidade de proceder de tal maneira, em razão, justamente, da vedação à interpretação extensiva in malam partem das normas penais.
O Legislador, quando teve o intuito de referir-se a hipóteses de sociedades criminosas, o fez expressamente, conforme previsão contida no art. 52, § 1º, inciso I, § 3º, § 4º, inciso II, e § 5º, da Lei nº 7.210/1984, que distinguem organização criminosa de associação criminosa e milícia privada.
Na mesma linha, o Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) concedeu a ordem no julgamento do HC n. 541.619/SP (DJe 26/02/2020), afastando a extensão da proibição contida

A alteração empreendida pela novidade legislativa traz, mais uma vez, uma ampliação do rol dos crimes hediondos contido na norma original, mas mantém a técnica de estabelecer crimes hediondos previstos no texto do Código Penal no *caput* do art. 1.º e aqueles constantes da legislação extravagante no parágrafo único do referido artigo.

A primeira hipótese inserida é o *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real* (art. 122, *caput* e §4º):

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ouprestar-lhe auxílio material para que o faça:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
>
> §4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede decomputadores, de rede social ou transmitida em tempo real.

A primeira observação que merece ser feita é a de que o tipo do art. 122, situado no capítulo dos Crimes contra a Vida, foi alterado pela Lei nº 13.968/19, que passou a prever no tipo penal as condutas de induzir ou instigar alguém a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça.

A modalidade criminosa descrita no *caput,* de per si, é infração de menor potencial ofensivo, uma vez que comina pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos[7]. Ocorre que, com a incidência da causa de aumento de pena prevista no §4.º, exclui-se o caráter de delito de menor potencial ofensivo. Passa-se à média ofensividade.

O legislador reformador fez expressa menção apenas ao art. 122, caput e §4º. Indaga- se: apenas a figura do *caput,* quando realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real, atrai a hediondez? As demais figuras dos §§1.º, 2.º e 3.º do art.122 do Código Penal estão, portanto, em razão do princípio da legalidade estrita e da taxatividade do rol dos crimes hediondos, excluídas do caráter hediondo?

A resposta só pode ser negativa. Primeiro, porque o legislador, na lei modificadora, fez menção à prática de ações de induzimento, instigação ou auxílio

---

no inciso V do § 3º do art. 112, da LEP, a Paciente condenada por crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes.
Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais retifique o cálculo de penas da Paciente, abstendo-se de considerar a condenação pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas para fins de análise do requisito contido no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984. (HC n. 522.651/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 19/8/2020.)

[7] Lei n.º 9.099/95: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

a suicídio ou a automutilação realizados por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitidos em tempo real, nos termos do tipo básico, sem exigir a verificação de quaisquer circunstâncias mais gravosas previstas nos §§1º, 2º e 3º do art. 122 do Código Penal.

Segundo, se qualquer delas ocorrer, a conduta se tornará mais gravosa, inclusive impondo pena mais severa, mas sem descaracterização da hediondez da conduta. E tal conclusão, de nenhuma maneira, ofende o princípio da legalidade estrita e da taxatividade do rol dos crimes hediondos.

E mais, do ponto de vista lógico e de justiça, não haveria qualquer sentido em tornar hedionda uma conduta menos gravosa (tipo básico), realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real, e excluir da hediondez aquelas que, praticadas nos mesmos moldes, reproduzem o tipo básico e acrescentam resultados mais gravosos (lesão corporal grave, gravíssima ou morte), são praticadas por motivos reprováveis (egoístico, torpe ou fútil) ou se dirigem a vítimas mais vulneráveis (menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência). Aliás, o próprio desiderato da lei analisada é instituir medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares.

A segunda hipótese inserida é o *sequestro e cárcere privado cometido contra menor de 18 (dezoito) anos* (art. 148, § 1º, inciso IV):

> Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos.
>
> §1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:
>
> IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

O delito de sequestro e cárcere privado é crime contra a liberdade pessoal, inserido no título dos crimes contra a liberdade individual. Diferentemente do delito de extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ l. º, 2. º e 3. º), contemplado no inciso IV do art. 1.º, da Lei n.º 8.072/90, incluído pela Lei n.º 8.930/94. Este crime está inserido no rol dos crimes contra o patrimônio.

Veja-se que a hediondez, nesta hipótese acrescentada, está vinculada à qualidade da vítima, menor de 18 anos (criança ou adolescente), em tese, com resistência e experiência diminuídas em relação ao ofendido adulto. Acolhe-se na alteração legislativa o intento da norma modificadora de instituir medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares.

A previsão da circunstância qualificadora do inciso IV do §1.º do art. 148 foi incluída pela Lei nº 11.106/05, juntamente com aquelas dos incisos I (se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos) e V (se o crime é praticado com fins libidinosos).

A terceira hipótese tratada é o *tráfico de pessoas cometido contra criança ou adolescente* (art. 149-A, caput, incisos I a V, e §1º, inciso II):

> Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:
>
> I. remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
>
> II. submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
>
> III. submetê-la a qualquer tipo de servidão;
>
> IV. adoção ilegal; ou
>
> V. exploração sexual
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
>
> §1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:
>
> I - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência.

O delito de tráfico de pessoas é crime contra a liberdade pessoal, inserido no título dos crimes contra a liberdade individual.

Veja-se que a hediondez, também nesta hipótese acrescentada, está vinculada à qualidade da vítima, menor de 18 anos (criança ou adolescente), em tese, com resistência e experiência diminuídas em relação ao ofendido adulto. Adota-se na alteração legislativa o intento da norma modificadora de instituir medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares.

O tipo penal do art. 149-A foi acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 13.344/16, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas e, dentre outras mudanças, alterou o Código Penal.

A quarta hipótese é o crime previsto no *§1º do art. 240 da Lei nº 8.069/90* (Estatuto da Criança e do Adolescente):

> Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> §1º Incorre nas mesmas penas quem: (Redação dada pela Lei nº 14.811, de 2024)
>
> I- agencia, facilita, recruta, coage ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena; (Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)
>
> II- exibe, transmite, auxilia ou facilita a exibição ou transmissão, em tempo real, pela internet, por aplicativos, por meio de dispositivo informático ou qualquer meio ou ambiente digital, de cena de sexo explícito ou pornográfica com a participação de criança ou adolescente. (Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)

As hipóteses que se enquadram como hediondas foram incluídas nos incisos I e II do §1º do art. 240 pela Lei nº 14.811/24, em substituição ao revogado parágrafo único (Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracena, com redação dada pela Lei n.º 11.829/08).

A quinta hipótese é o *art. 241-B da Lei n.º 8.069/90* (Estatuto da Criança e do Adolescente):

> Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> §1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> §2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241- A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> I – agente público no exercício de suas funções; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

> II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
>
> §3º As pessoas referidas no §2 o deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Aqui o legislador avançou para atribuir hediondez a hipótese típica que admite, em tese, pelas penas cominadas, a suspensão condicional do processo[8] e o acordo de não persecução penal[9].

Caberá ao Ministério Público aquilatar os requisitos de natureza subjetiva para fins de oferecimento dos negócios jurídicos processuais referidos ou, em sentido oposto, restará solidificada a tese da impossibilidade de celebração de consensos nos feitos relativos a crimes hediondos[10]. Somente o desenvolvimento do tema com os debates doutrinários e jurisprudenciais apontará a solução que irá prevalecer.

Merece crítica a solução legislativa de inserir o tipo do art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente no rol dos crimes hediondos e dar tratamento distinto e menos severo ao tipo do art. 241-A do mesmo diploma legal, reconhecidamente mais grave, com penas cominadas substancialmente maiores[11].

---

[8] Lei n.º 9.099/95: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

[9] Código de Processo Penal: "Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente".

[10] GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL – GNCCRIM. ENUNCIADO 22 (art. 28-A, § 2º, IV) Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Disponível em https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em 22/01/24.

[11] Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que

5. Conclusões

Embora algumas alterações promovidas pela Lei 14.811/2024 não tenham sido primorosas quanto a técnica legislativa penal, inegável que ela representa um avanço significativo na proteção de crianças e adolescentes, instituindo medidas concretas para prevenção e combate à violência, além da criação de uma política nacional específica para o enfrentamento do abuso e exploração sexual. Resta aguardar a efetiva implementação e avaliação dessas medidas para aprimorar e assegurar a proteção integral desses segmentos vulneráveis da sociedade.

Referências bibliográficas

ABREU, Fernando. *Art. 146-A do Código Penal*. E-BOOK.

ANDRADE, Vander. *O crime de intimidação sistemática ("bullying" e "cyberbullying") aplicado aos condomínios edilícios*. Migalhas de peso. Publicado em 18/01/2024. In: https://www.migalhas.com.br/depeso/400495/o-crime-de-intimidacao-sistematica--bullying-e- cyberbullying. Acessado em 23 jan. 24.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral, volume 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
§1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
II - assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)
§2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1 o deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Os poderes probatórios do juiz na visão de Jordi Ferrer Beltrán: contribuições para o estagnado debate na doutrina brasileira[1]

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Os poderes probatórios do juiz na visão de Ferrer Beltrán. 3. Os poderes probatórios do juiz no processo civil brasileiro: aplicação das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán. 4. Encerramento: notas sobre a imparcialidade do juiz no exercício dos poderes probatórios. Referências.

1. Introdução

A contribuição do professor Jordi Ferrer Beltrán para o estudo do raciocínio probatório é imensa e fundamental, não só por meio de seus muitos escritos, mas também por suas constantes participações acadêmicas em muitas cidades de vários países, numa espécie de cruzada doutrinária, e sobretudo por haver tornado Girona um centro de excelência para encontro de estudiosos.

Na doutrina brasileira, sua influência já é considerável e a cada ano estudantes se dirigem a Girona para períodos de pesquisa, especialmente o "*Máster en Razonamiento Probatorio*", e todos retornam com muitas reflexões, renovado estímulo para pesquisa, dúvidas, perguntas, sendo que a principal delas é o porquê de não haver ido antes, e apenas duas certezas: 1) a de que houve absoluta transformação na forma como passa a estudar os temas probatórios; 2) e a de que não se vai a Girona apenas uma vez.

Com as publicações de seus livros no Brasil,[2] certamente o estudo do raciocínio probatório modificar-se-á intensamente e há expectativa que ao menos se amplie a crítica sobre a predominância de um modelo subjetivista que ainda grassa na doutrina e na jurisprudência.

Há várias possibilidades de estudos a partir dos textos de Ferrer Beltrán, já que os mais relevantes assuntos de raciocínio probatório encontram subsídios centrais em seus estudos e, dentro dessa vasta paisagem temática, o recorte escolhido se dá

---

[1] Texto originalmente publicado no livro *Estudios sobre Razonamiento Probatorio: un homenaje a Jordi Ferrer Beltrán*. CEJI/UBIJUS, Cidade do México, 2023.

* Pós-Doutor pela UFBA. Doutor pela PUC/SP. Mestre pela PUC/SP em Direito Processual Civil. Mestre em Raciocínio Probatório (*Universitat de Girona*, Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

[2] Cf. a coleção "Raciocínio Probatório", coordenada por Vitor de Paula Ramos e publicada pela editora JusPodivm.

quase como uma escotilha doutrinária, já que o tema de poderes probatórios do juiz não constitui seus estudos mais famosos nem foi objeto de tratamento monográfico. Justifico sucintamente a escolha, além da óbvia necessidade da delimitação exigida editorialmente: 1) os poderes probatórios do juiz se relacionam com todos os temas centrais do raciocínio probatório e da teoria do processo (a rigor, pode ser abordado por várias áreas do direito), de modo que abordar esse assunto significa fazer referência à integralidade dos estudos de Ferrer Beltrán; 2) a forma como o tema é tratado especificamente em dois trabalhos de Ferrer Beltrán me parece especialmente feliz, já que revela objetivamente a complexidade do tema e mostra como é possível – e necessário – evitar o maniqueísmo que acabou se criando na doutrina, especialmente a brasileira,[3] além de revelar que o modo como concretamente se dá a política legislativa é imprescindível para verificar a correção da participação do juiz no processo; 3) o debate brasileiro sobre os poderes probatórios – ou instrutórios, como se usa mais frequentemente – é intenso e a produção doutrinária é constante, mas me parece muito limitado e estagnado, essencialmente maniqueísta e reduzido à produção de ofício de meio de prova; 4) por tudo isso, há muito potencial para que o pensamento de Ferrer Beltrán, também nesse assunto, auxilie e influencie na evolução da discussão dos poderes probatórios do juiz.

O presente artigo, portanto, seguirá com a exposição preponderantemente descritiva das ideias de Ferrer Beltrán e no tópico seguinte os mesmos assuntos sejam cotejados com a legislação processual civil brasileira e com alguma jurisprudência, cabendo assinalar que as referências bibliográficas serão sucintas, apenas com menção de algum estudo de referência em que se encontrem indicações complementares, já que a ideia é a ênfase nos estudos do homenageado, em cujos trabalhos, a propósito, sempre há profícua indicação de bibliografia.

2. Os poderes probatórios do juiz na visão de Ferrer Beltrán

Antes da sucinta apresentação das ideias do autor sobre o tema, é imprescindível situar o raciocínio probatório no contexto da concepção racionalista,[4] que, na síntese de Ferrer Beltrán, apresenta como notas essenciais (a) a valoração da prova a partir do método de corroboração e refutação de hipóteses, (b) opção por uma imediação limitada do princípio da imediação,[5] (c) forte exigência de motivação sobre os fatos e (d) defesa de sistema de recursos que possibilite amplo controle da decisão.[6] A essência desta concepção é retirar a convicção subjetiva do julgador como componente

[3] Como a intenção deste artigo é essencialmente estudar textos de Ferrer Beltrán, não é adequada a profusão de indicações bibliográficas outras, mas, ao mesmo tempo, não se pode deixar de indicar alguma referência para eventual consulta; a fim de conciliar essas duas situações, apenas remeterei a um trabalho anterior de minha autoria ("A atividade probatória do juiz", Revista do Ministério Público, nº 53, 2014, p. 200, nota 49), em que há suficientes referências bibliográficas brasileiras e o trabalho está disponível com acesso livre: https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-53/artigo-das-pags-187-211.

[4] Cf. ACCATINO: 2019. TWINING: 2022. FERRER BELTRÁN: 2021.

[5] Especificamente sobre esse ponto, FERRER BELTRÁN: 2017c, p. 3.

[6] FERRER BELTRÁN: 2021, p. 96. Do mesmo autor, reforçando a ideia racionalista, mas enfatizando a necessidade de estândares probatórios para o controle objetivo e intersubjetivo da decisão, refinando as

do raciocínio probatório.[7] Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a "criação" do resultado do processo pelo juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provada, nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o "destinatário" do resultado da instrução processual. Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva.[8] Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também hão que entender que todo enunciado processual é verdadeiro, numa evidente posição solipsista sobre o tema. Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do juiz traz um sem-número de problemas e inevitavelmente também afeta o tema dos poderes probatórios que, sem se submeter a balizamentos legais e ao contraditório, pode se resumir apenas em demonstração absoluta de poder. Uma das características da concepção racionalista da prova é a relação entre a prova e a verdade[9] e, nesse sentido, o primeiro ponto que se pode explorar da irracionalidade do sistema sobre determinado meio de prova é sua ilicitude. A assunção do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo tem um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico, temos que desenhar o procedimento de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.[10] Ainda nesse âmbito introdutório ao modelo racionalista, há que se mencionar o direito à prova, cujos elementos são:

---

ideais expostas no livro antes citado, é fundamental a leitura de *Prova sem Convicção* (tradução de Vitor de Paula Ramos), editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

[7] A depender da visão sobre o raciocínio probatório, "convicção subjetiva" pode ser visto como uma tautologia, mas preferimos essa expressão para deixar bem clara a ideia em um contexto em que prevalece a concepção persuasiva da prova, cuja proeminência doutrinária vem sendo fortalecida até mesmo com a estranha empolgação com algumas ideias sobre direito e economia e também psicologia, além das novas tecnologias e a aplicação jurídica. O que importa neste texto, porém, é marcar definitivamente essa ideia do racionalismo probatório e sobre o tema é incontornável o livro de Ferrer Beltrán: *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021b.

[8] FERRER BELTRÁN: 2017b.

[9] Para Accatino, duas teses sintetizam o racionalismo probatório: "a) *la tesis de* la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, *que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior,* de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general*, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error*" (2019: ressaltando que permanecem controvérsias sobre o alcance e a dimensão dessas teses e de outras questões filosóficas entre os próprios racionalistas.

[10] FERRER BELTRÁN: 2021b, p. 18, 22 e 66. A verdade é um fim institucional, mas obviamente não é o único, já que o processo não possui apenas critérios epistemológicos (cf. FERRER BELTRÁN. 2017b, *passim*, e 2017: 146/147; 2021: 101 e 114/126).

1) direito de a parte utilizar todos os meios de que dispõe para demonstrar os fatos relevantes: isso significa a prevalência do critério da relevância, ou seja, o direito de aportar provas que se relacionam com os fatos que fundam a pretensão da parte e que veiculem informações para o julgamento do caso, o que implica uma justificação de eventual déficit epistêmico imposto por filtros legislativos que excluam provas relevantes (exemplo: conflito de valores juridicamente protegidos e opção por sacrificar o direito à prova), bem como afeta os filtros concretos de admissibilidade utilizados pelo juiz, mas, ao mesmo tempo, não decorre disso uma admissibilidade absoluta;

2) direito à produção das provas no processo, ou seja, a admissão deve ser acompanhada de meios que possibilitem a efetiva produção da prova, o que inclui a observância do contraditório;

3) direito à valoração racional da prova produzida: admitida a prova, deve ser assegurada sua produção efetiva, o que compreende a participação em contraditório, e, uma vez produzida, a prova deve ser valorada racionalmente, isto é, por meio de fundamentação e de critérios intersubjetivamente controláveis, excluindo-se a ideia de convicção subjetiva do juiz, devendo ser analisada cada prova individualmente depois em conjunto;

4) decorre do elemento anterior o direito a uma decisão motivada (ou dever de motivação das decisões sobre provas), com análise objetiva dos elementos de prova produzidos e os fatos relevantes do processo.[11]

Especificamente sobre os poderes probatórios, cuja compreensão exige a contextualização das linhas anteriores, Ferrer Beltrán inicia sistematizando as críticas principais que normalmente são opostas à atuação do juiz: 1) grosseira confusão ideológica e histórica, equiparando a outorga de poderes probatórios a sistemas políticos autoritários: ao abordar esse item, o autor expõe os modelos de processo e, a partir de classificação proposta por Mirjan Damaška,[12] passa a distinguir aquele em que prevalece o aspecto procedimental para a resolução dos conflitos daquele em que há uma atuação estatal ativista em que o direito é o mecanismo social apto a prevenir, gerir e solucionar conflitos, concluindo que a distinção fundamental está na escolha por "*trabajar mediante el mecanismo de las reglas generales y abstractas para abordar la prevención, gestión y resolución de conflictos genéricos supone poner el acento, en primer lugar, en la igualdad de soluciones para todos los conflictos individuales que pertenezcan a una misma classe*".[13] Ainda sobre modelos de processo, Ferrer Beltrán prefere estabelecer uma escala entre os extremos de um processo

[11] FERRER BELTRÁN, 2021: 82/88.
[12] Cf. também: TARUFFO: 2003, 2008, 2008b e 2009.
[13] FERRER BELTRÁN, 2017: 142.

centrado no juiz e outro com ênfase nas partes,[14] cabendo definir a repartição de poderes e funções entre os sujeitos a partir da premissa de que a finalidade da prova é a averiguação da verdade, o que, por sua vez, não significa uma vinculação entre maior qualidade no aporte de provas com o protagonismo judicial;[15] 2) tratamento unitário dos poderes do juiz, normalmente reduzidos à capacidade de ordenar provas de ofício, sempre como objeto de rechaço. Nesse ponto, Ferrer Beltrán inclui um dado que me parece fundamental para a correta compreensão do tema e que é de especial importância para o debate no direito brasileiro, já que reduzir os poderes do juiz à determinação de ofício da produção de provas não requeridas pelas partes;[16] 3) perda da imparcialidade como argumento contra os poderes probatórios, em que será necessário o exame de determinado ordenamento jurídico para verificar os delineamentos legislativos e práticas processuais, inexistindo previamente um comprometimento da parcialidade;[17] 4) negação da busca da verdade como finalidade da prova no processo judicial: tema ao qual o autor dedica muitos estudos e, ao ser cotejado com o item 1, decorre daquele modelo processual, já que no processo devem ser produzidas as consequências jurídicas abstratamente previstas nas normas jurídicas, se, e somente se, ocorrerem os fatos condicionantes dessas consequências, ou seja, a prova tem a função de determinar o valor de verdade dos enunciados que descrevem a ocorrência daquelas condicionantes.[18]

---

[14] Afirma Ferrer Beltrán que "*la averiguación de la verdad es el objetivo institucional de la prueba en el proceso judicial, pero no necesariamente lo es también de las partes, o de todas las partes. Por otro lado, si atribuyéramos a las partes un poder exclusivo de dirección del proceso en materia probatoria, renunciaríamos a garantizar la igualdad de armas en el proceso, a obligar a una parte a poner a disposición de la otra o del proceso pruebas que están en su poder, a incorporar al acervo probatorio pruebas relevantes que no fueron propuestas por las partes por impericia, desidia, falta de recursos económicos o mala fe de alguna de ellas o de todas, etcétera. Atribuir una dirección exclusiva del proceso a las partes supondría, entonces, empobrecer el acervo probatorio y, con ello, disminuir la probabilidad de acierto en la decisión probatoria y, consecuentemente, de adoptar una decisión jurídica correcta*" (2022: 93).

[15] FERRER BELTRÁN, 2017: 147/149, concluindo na p. 150: "*ni un proceso que otorgue todos los poderes probatorios al juez ni uno que los atribuya por completo a las partes son los más aptos para la persecución del objetivo de la averiguación de la verdad. La participación de las partes es imprescindible, como ya se dijo anteriormente, pero sus intereses no tienen porqué coincidir con la averiguación de la verdad ni con la implementación de las políticas públicas a través del proceso, lo que hace necesario equilibrar la balanza com poderes probatorios del juez. Desde el punto de vista del diseño procesal, el objetivo deberá ser, pues, buscar ese equilibrio en el reparto de los poderes probatorios que maximice las probabilidades de averiguar la verdad sobre los hechos en el processo*".

[16] Registre-se que, ao menos na prática judicial brasileira, não só as provas não requeridas podem ser objeto de determinação judicial de ofício, mas também as requeridas em desacordo com o tempo procedimental, já que se entende que inexiste preclusão para o juiz nesse caso, o que me parece uma fonte de muitos problemas, com situações arbitrárias, imprevisíveis e sem qualquer padrão decisório.

[17] Após exemplificar com seis possibilidades de exercício de poderes probatórios, Ferrer Beltrán observa que "*cada una de estas seis manifestaciones de los poderes probatorios del juez es de distinta intensidad o, lo que es lo mismo, supone una mayor o menor intervención en el devenir probatorio del proceso; ello deberá ser tenido en cuenta precisamente cuando se plantee su compatibilidad con la imparcialidad judicial. El riesgo de que un mal uso de la potestad haga cruzar la línea de la parcialidad es mayor cuanta mayor es la intensidad del poder probatorio otorgado al juez y menores son los contrapesos de poder probatorio de las partes*" (2017: 160; veja-se, ainda, especificamente sobre a imparcialidade judicial, 2022: 121/128).

[18] Sintetiza o autor que "*el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos*" (2017: 145). Como já dito e amplamente sabido, a relação entre a verdade e a prova constitui tema fundamental e central nos estudos de Ferrer Beltrán e, se aqui se

Como os poderes probatórios do juiz não podem ser resumidos à atividade de determinar a produção de provas, Ferrer Beltrán apresenta exemplificativamente seis outras possibilidades que podem ser previstos conjunta ou autonomamente, em maior ou menor grau:[19] 1) controle da admissão ou inadmissão das provas, que pode ser regulado com maior ou menor liberdade pela lei; 2) possibilidade de o juiz intervir na produção prática da prova, especialmente nas provas pessoais, formulando perguntas e determinando esclarecimentos, com o princípio do contraditório como mecanismo epistemológico que inclui o juiz, sempre com a preocupação sobre a fiabilidade das provas colhidas, o que implica delimitação da técnica para a colheita de depoimentos orais, por exemplo; 3) indicação às partes de lacunas probatórias que deveriam integrar, a fim de aumentar a quantidade de informação relevante disponível para a decisão sobre os fatos, cabendo à legislação dispor sobre o dever ou faculdade dessa atividade juiz e sobre a eficácia de seu pronunciamento; 4) determinação de provas não requeridas pelas partes, que é considerado o poder probatório típico, ainda que com balizas diversas nos ordenamentos jurídicos; 5) modificação judicial do ônus da prova, o que é objeto de conhecida e contundente crítica de Ferrer Beltrán;[20] 6) aquele que o autor considera (ou melhor, constata) ser o poder probatório mais intenso, que é a possibilidade de o juiz estabelecer o grau de corroboração necessária para comprovação de determinada hipótese fática, na ausência de estândares probatórios abstratamente previstos.[21] Em outro trabalho,[22] o autor acrescenta mais três poderes do juiz em matéria probatória, que, para manter a ordenação dos itens e facilitar o desenvolvimento em relação ao direito brasileiro, dará continuidade à sequência numérica: 7) poder de admitir ou indeferir acordos probatórios sobre provas;[23] 8) poder de indeferir a produção de uma prova antes admitida[24] ou, em linguagem muito utilizada na prática forense ainda que não muito precisa, reconsiderar decisão

utiliza citação do artigo específico sobre os poderes probatórios, isso se deve ao recorte feito para este texto, mas, prosseguindo na homenagem ao autor – e um pesquisador é realmente homenageado quando é estudado e estimula reflexão, inclusive para ser criticado – em todos os seus trabalhos há desenvolvimento desse tema, sempre com ampla referência bibliográfica.

[19] 2017: 150/160. Em outro trabalho, Ferrer Beltrán apresenta poderes ou faculdades dos juízes e das partes de modo ainda mais sistemático e elenca doze possibilidades (2022: capítulo III).

[20] Além de apontamentos feitos no artigo ora citado (2017: 158) e no *Manual* (2022: 113/118), há outros trabalhos em que o autor desenvolve sua crítica, especialmente em "*La carga dinâmica de la prueba. Entre la confusión y el innecesario*", 2019.

[21] Sobre esse tema específico, Ferrer Beltrán dedicou seu mais recente livro (2021; também publicado em português, 2023).

[22] FERRER BELTRÁN, 2022: 95/119 (o autor apresenta e desenvolve doze atividades probatórias possíveis nas citadas páginas, seis delas já mencionadas no texto, incluindo aquelas que são praticadas pelas partes; entretanto, para o presente artigo somente os poderes do juiz serão abordados, por isso a desencontro numérico.

[23] Neste ponto, o autor se refere especificamente ao art. 190 do Código de Processo Civil brasileiro (2022: 104, nota 46).

[24] No original, "*facultad de la persona juzgadora de rechazar de forma sobrevenida una prueba admitida antes de su práctica*" (2022: 95 e 109/110).

de admissibilidade de prova;[25] 9) poder de o juiz nomear o perito e elaborar quesitos; 10) poder de impor às partes deveres probatórios.[26]

Os poderes probatórios do juiz, portanto, são multifacetados e não podem ser reduzidos à determinação de ofício de prova não requerida pelas partes. Cada uma das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán apresenta questões interessantes e cabem desenvolvimento apartado, mas não há espaço para isso neste texto nem é seu objetivo, de modo que a apresentação das ideias será seguida de análise do direito brasileiro também em termos genéricos, já que, como antes mencionado, os poderes probatórios se relacionam com muitos temas que exigem diálogo com questões basilares do raciocínio probatório, todas elas objeto de outros estudos do homenageado e, por isso, afigura-se como assunto que é a mesma síntese de suas ideias e abertura para pesquisa de sua obra.

3. Os poderes probatórios do juiz no processo civil brasileiro: aplicação das dez possibilidades sistematizadas por Ferrer Beltrán

Além da previsão genérica do art. 370 do CPC,[27] os poderes instrutórios do juiz estão previstos em outros vários dispositivos, como aqueles que preveem a possibilidade de colher o depoimento pessoal das partes (art. 385), inquirir testemunhas (arts. 456 e 459, §1º), determinar perícia ou prova técnica simplificada (art. 464, §2º), elaborar quesitos (art. 470, II), requisitar esclarecimentos ao perito (art. 477, §§2º e 3º),

[25] Ferrer Beltrán vê com especial restrição essa possibilidade, mas observa o seguinte: "*Sin embargo, cabe también aquí una posibilidad que haría razonable la atribución muy limitada de esta facultad: si, una vez adquiridas y practicadas otras pruebas, la persona juzgadora estima de forma justificada que la práctica de una prueba inicialmente admitida no aportará información adicional que aumente o disminuya la probabilidad de que alguna de las hipótesis fácticas sea verdadera. En ese supuesto, razones de eficiencia y economía procesal aconsejarían que la jueza o juez pueda excluir una prueba cuya redundancia resulta evidente de forma sobrevenida. En todo caso, conviene insistir una vez más en que la decisión de exclusión de la prueba por su redundancia se funda en un juicio hipotético según el cual su potencial resultado probatorio coincidirá con otras pruebas ya practicadas, lo que aconseja un uso muy cuidadoso y restringido a supuestos muy claros. En ningún caso se justificará usar esta facultad, por ejemplo, para excluir una prueba de descargo con el argumento de que la hipótesis de la culpabilidad — civil o penal — ya está suficientemente acreditada, porque la redundancia supone precisamente que las pruebas arrojen el mismo resultado probatorio y no el opuesto. Aun cuando esta facultad no necesariamente debe ser ejercida a instancia de parte, sí es conveniente que el órgano judicial dé traslado a las partes de su valoración sobre la redundancia de la prueba para que, especialmente, pero no solo, la parte que la propuso pueda manifestar las razones por las que estima que la prueba puede aportar información no redundante y, consiguientemente, debiera adquirirse y practicarse*" (2022: 109/110). Essas observações são totalmente aplicáveis ao direito brasileiro.

[26] Diferentemente do poder judicial de aportar prova de ofício, neste caso se impõe à parte, com base em critérios de facilidade e disponibilidade – que não se confundem com os critérios para inversão judicial do ônus da prova –, mediante possibilidade de se impor sanção prevista legalmente (2022: 118/119).

[27] O Código de Processo Civil brasileiro recebeu traduções para o inglês e o espanhol (https://diarioprocessual.com/2018/06/09/cpc-em-ingles-e-em-espanhol/). No Código de Processo Penal brasileiro, a previsão genérica está no art. 156 e, em que pese resistência de certo setor doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça mantém a possibilidade de produção de prova de ofício: AgRg no HC n. 758.697/SC, DJe de 30/3/2023; REsp n. 2.022.413/PA, DJe de 7/3/2023. Também no processo penal brasileiro, a discussão é limitada à produção da prova e a objeção mais contundente está no modelo acusatório de processo (cf. para contextualização doutrinária brasileira: BADARÓ, 2019: 25/36). Ou seja: embora o foco deste trabalho seja o processo civil, deve ser registrado que Ferrer Beltrán expõe o tema de modo a não o confinar a uma área específica e por isso, o processo penal está incluído em suas reflexões.

determinar segunda perícia (art. 480), realizar inspeção (art. 481) etc. Entretanto, em que pese certa naturalidade com que a doutrina majoritária e a jurisprudência tratam do tema, a matéria pródiga em problemas que vão desde questões procedimentais, como se há preclusões judiciais, passando por questões relacionadas à intensidade e alcance de tais poderes e também se é efetivamente um poder, uma faculdade ou um dever, até questionamentos sobre a constitucionalidade de regras legais como a ora comentada. Há lacunas legislativas importantes na regulação do tema, o que é agravado pela falta de tratamento sistemático pela doutrina e, como já apontado, pela simplificação da discussão apenas para o aporte de meio de prova de ofício. Em uma primeira aproximação e, portanto, simplificada, pode-se dizer desde logo que diante de regras legais expressas, permitindo atividade probatória oficial, há três caminhos possíveis: 1) entender que se trata de regras inconstitucionais e nenhuma atividade probatória pode ser exercida pelo juiz; 2) considerar que se trata de poderes amplos, previstos no interesse de uma prestação jurisdicional plena, devendo ser exercidos sem limites; 3) afirmar que as regras vigentes são constitucionais, mas os poderes instrutórios se submetem a diversos limites, com diferenças de graus entre os adeptos dessa posição mais restritiva. Pode-se afirmar que no processo civil brasileiro, doutrina e jurisprudência tendem para a segunda posição, isto é, ampla incidência dos poderes instrutórios do juiz (exemplos do STJ: AgInt no AgInt no AREsp 1533146/GO, DJe 04/12/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1817742/SP, DJe 18/10/2021; AgInt no REsp 1918008/MT, DJe 15/10/2021), inclusive o exercício de poderes instrutórios em sede de competência recursal (STJ: AgInt no REsp 1841905/MG, DJe 02/09/2020), com o Supremo Tribunal Federal admitindo sua constitucionalidade no processo civil e no penal (exemplos: HC 160496, DJe-034 de 23-02-2021; RHC 205921 AgR, DJe-241 de 06-12-2021; Pet 7074 QO, DJe-085 de 02-05-2018; HC 103070, DJe-146 de 29-07-2011; AR 1538 AgR-AgR, DJ 08-02-2002, sendo esse último julgado o exemplo da amplitude máxima para o tema). Vez por outra, porém, encontra-se na jurisprudência a tendência de impor alguns limites, ainda que tímidos, aos poderes probatórios, especialmente quando as partes não produzem provas dos fatos alegados, como se colhe em perigoso julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 1.693.334 – RJ, DJe 13/12/2021), que aparentemente foi um julgado de exceção (cf. REsp n. 1.583.430/RS, DJe de 23/9/2022).

Passemos ao exame daquelas dez possibilidades expostas no item anterior, mantendo-se aquela sequência numérica para fins de sistematização, para verificar se como as propostas de Ferrer Beltrán se inserem no direito brasileiro, não sem antes desenvolver um pouco mais a ideia de que os poderes probatórios devem ser vistos como expediente multifacetado e dentro de um processo em contraditório.

Como já mencionado, os poderes probatórios não se limitam à determinação de meios de prova não providenciados pelas partes e reduzi-los a isso deve ser considerado uma limitação indevida e artificial. Na realidade, a introdução de meios de prova que cabiam às partes deve ser a última providência a ser adotada e sua excepcionalidade decorre de vários fatores, mas agora nos interessa a ideia de que somente uma deficiente condução do processo é que ensejará essa providência.

Em outras palavras: se bem exercidos os poderes probatórios, será desnecessária a utilização plena desses mesmos poderes naquelas situações em que excepcionalmente pode ser necessária a aportação oficial de meio de prova. Para que não pareça uma contradição em termos, é necessário desenvolver um pouco mais o que foi dito, começando pela seguinte premissa: se a atividade probatória em qualquer processo possui algumas fases, não é correto pensar nos poderes instrutórios somente na fase de produção (a rigor, seria após a fase de produção reservada às partes e que, portanto, com o prolongamento da instrução, somente se concluiria após eventual complementação realizada pelo juiz). Não se pode perder de vista que todas essas atividades judiciais devem se submeter às normas gerais previstas no Código de Processo Civil (CPC), notadamente a boa-fé objetiva e o contraditório, inexistindo qualquer possibilidade de arbítrio instrutório ou surpresa probatória, como se as partes fossem meros súditos epistêmicos.

É possível desenhar um mapa mínimo com ao menos dez expressões dos poderes probatórios do juiz, sempre tendo como parâmetro o item anterior: 1) na fase de admissibilidade das provas propostas pelas partes, em que incidem os arts. 6º, 9º, 10, 321, 357, 369 e 370, parágrafo único, CPC, quando então a atuação judicial deve também ser dirigida para as lacunas probatórias já vislumbradas, seja no controle dos atos postulatórios, seja no indeferimento do que é impertinente, inútil ou irrelevante, culminando com a fase de organização e saneamento, que é momento central para o necessário alerta dirigido às partes para a aportação de provas; 2) na fase de produção probatória, o CPC prevê uma série de iniciativas do juiz para a instrução do processo sem que seja necessária a determinação de ofício de meio de prova, conforme os arts. 139, VI e VIII, 380, parágrafo único, 385 (na parte do interrogatório, já que a determinação de ofício da prova já estaria inserida no art. 370, sendo redundante a parte final do art. 385), 400, 456, 470, CPC, entre outros; além disso, há várias previsões de meios de prova expressamente determinados pelo juiz, como depoimento pessoal, inspeção judicial, requisição de documentos, realização de nova perícia etc., o que já integra, a rigor, o art. 370, CPC, mas todas essas iniciativas, além de exigirem fundamentação, devem ser previamente submetidas ao contraditório e devem ser sempre subsidiárias para eventual complementação,[28] cabendo às partes, por exemplo, o protagonismo na formulação de perguntas às testemunhas, reservando-se os esclarecimentos que o juiz entender necessários para o final (não é incomum que as provas orais se iniciem com os juízes formulando

[28] Como assinala Ferrer Beltrán, "*el supuesto de la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio es algo más delicado. Se trata, por un lado, de una facultad con evidentes beneficios epistémicos, puesto que permite mejorar la riqueza del acervo probatorio, incorporando pruebas relevantes que no fueron aportadas por las partes. También en este caso la mejora del trabajo probatorio de las partes debería tener la consecuencia de disminuir la necesidad de ejercer esta facultad. Y también el ejercicio de las potestades judiciales de dar indicaciones probatorias a las partes y de imponer deberes de producción de pruebas debería servir para disminuir aún más las ocasiones en que resulte epistémicamente necesario ordenar pruebas de oficio. Por ello, si funcionaran bien esas medidas, la facultad de ordenar la incorporación al proceso de pruebas de oficio podría ser de ejercicio muy limitado y residual —aunque podría resultar decisiva en algunos casos —. Como el mundo real está lejos de corresponderse con el ideal en muchas ocasiones, disponer de esta facultad puede ser de gran utilidade*" (2022: 125).

perguntas, o que não nos parece adequado); acrescente-se que a participação do juiz na prática da prova[29] não deve ser feita por voluntarismo e sem preparo técnico, havendo necessidade de serem oferecidos treinamentos para o correto manejo de provas orais, controle da fiabilidade de provas e possibilidade de contar com equipe técnica para depoimentos especiais; 3) na medida em que forem sendo produzidas as provas, caso haja momentos procedimentais aptos para requerimentos de outros meios de prova, cabe ao juiz o dever de alerta sobre as já mencionadas lacunas probatórias, como na interessante previsão da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola em seu art. 429.1 e que conta com regra próxima no art. 357, II, e §§1º a 3º, CPC; 4) decorre do item anterior o poder específico do juiz de aportar meio de prova não produzido pelas partes, com algumas questões importantes: a) para que o juiz atue na produção de meio de prova, há que se verificar se parte não requereu aquela prova (nesse caso, parece que o juiz não poderia inovar, já que o comportamento da parte não lhe dá subsídio mínimo, o mesmo acontecendo se não requereu, o juiz alertou e foi mantida a inércia), se requereu e houve indeferimento (também não pode atuar de ofício nesse caso, por preclusão lógica, salvo em caso de prova sobre prova), se requereu e não pode produzir por vias próprias ou se requereu, mas há necessidade de alguma complementação (parece estar aqui o espaço para essa atuação instrutória do juiz); b) há que se definir se a iniciativa do juiz se submete à preclusão temporal (doutrina e jurisprudência entendem majoritariamente que não e a lei é silente); c) qualquer iniciativa probatória do juiz deve ser previamente submetida ao contraditório; d) produzida a prova pelo juiz, deve ser aberta às partes a possibilidade de apresentar contraprova (ou prova sobre prova),[30] já que a inovação probatória dar-se-á por ato de terceiro e essa abertura da instrução decorre de um contraditório efetivo; 5) o juiz também atua na imposição ou distribuição do ônus da prova, seja no controle da convenção típica, seja na aplicação do que se denomina de ônus dinâmico, na forma dos arts. 357, III, e 373, CPC, com seu §1º prevendo expressamente o denominado ônus dinâmico; 6) na fase de valoração e decisão sobre as provas produzidas, há o poder mais intenso e de mais difícil controle, que é a formulação concreta pelo juiz do grau de suficiência probatória para o caso, situação que não deveria depender de decisões casuísticas, mas a lei brasileira não oferece parâmetros abstratos sobre estândares probatórios; pode-se considerar que essa fase integra, na realidade, a teoria da decisão e não se trata efetivamente de poderes probatórios, mas aqui nos fixamos apenas no poder do juiz de fixar estândares probatórios, que é o que efetivamente ocorre quando inexistem regras abstratas sobre o tema; 7) os acordos probatórios podem ser típicos (arts. 373, §3º, e 471, CPC, por exemplo) e atípicos (art. 190, CPC), de modo que se trata de possibilidade expressamente prevista na lei brasileira e com potencial impacto sobre os poderes instrutórios do juiz, a depender do entendimento sobre a preponderância da convenção ou do protagonismo judicial em caso de acordos que restrinjam a produção da prova, havendo certo consenso de que as

[29] FERRER BELTRÁN, 2022:128, nota 80.
[30] FERRER BELTRÁN, 2021, p. 130/132.

convenções que ampliem a inserção de prova, dentro dos limites legais, são admitidas sem maiores questionamentos,[31] cabendo registrar que, salvo expressa e específica previsão legal, não há necessidade de homologação judicial para que convenções processuais tenham eficácia (art. 200, CPC), reservando-se o controle de validade pelo juiz, mesmo de ofício (art. 190, parágrafo único, CPC); 8) a reconsideração de decisão que havia deferido meio de prova não é especificamente tratada na legislação brasileira, mas a regra é que a aquisição da prova seja a regra, ou seja, não se permite o retrocesso na possibilidade de completude do quadro probatório; entretanto, caso haja justificativa superveniente que revele a redundância ou a impertinência do meio de prova, é possível admitir o indeferimento posterior de sua produção, com base no art. 370, parágrafo único, CPC, sempre observando o contraditório;[32] 9) os arts. 465, 470, II, e 471, CPC, regulam a nomeação do perito e a apresentação de quesitos, sempre com o juiz podendo formular suas indagações e controlar o que as partes formularem e também nomear o experto, salvo se houver convenção válida; ou seja, convivem características relevantes de modelos processuais nesses dispositivos, que configuram eloquente ilustração da superação do maniqueísmo probatório; 10) os deveres probatórios ainda não são muito estudados pela doutrina brasileira, mas o art. 400, parágrafo único, CPC é um exemplo dessa possibilidade para parte da doutrina,[33] havendo inclusive a proposta de generalização de imposição de dever com base na referida regra em conjunto com o art. 139, IV, CPC, desde que estejam presentes a facilidade e a acessibilidade ao meio de prova, independentemente das regras sobre o respectivo ônus; em tese, a possibilidade de o juiz impor deveres probatórios pode contribuir para o aumento da possibilidade de corroboração dos fatos relevantes, mas, sem uma disciplina legislativa expressa e com balizamentos, há risco de arbítrio e de aumento do subjetivismo; sem dúvida se trata de tema que ainda merecerá mais

[31] Além do disposto nos arts. 190 e 357, §2º, há também as convenções probatórias típicas, como o art. 109, CC, e os arts. 373, §§3º e 4º, e 471, CPC, formando todo um conjunto que influencia no conjunto probatório a ser aportado aos autos, podendo afetar os poderes instrutórios, na medida em que se relaciona com o comportamento das partes. A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal. A discussão pode ser ilustrada com duas referências bibliográficas, onde se encontrarão outras indicações: CABRAL: 2023, *passim,* com referência aos poderes instrutórios nas p. 276/278. RAMOS: 2022, p. 487-512.

[32] "*Conviene señalar que la relevancia de una prueba para la decisión del caso puede resultar evidente solo durante o después de la práctica de otras pruebas, ya sea porque un posible testigo fue mencionado en ellas, por ejemplo, o porque el desacuerdo entre peritos hace necesario adoptar nuevas medidas para resolverlo. Por ello, parece oportuno que la posibilidad de ordenar pruebas de oficio se extienda hasta la finalización de la fase de prueba del processo. Y, claro está, será importante que las partes tengan la posibilidad, no solo de participar en contradicción de la práctica de las pruebas ordenadas de oficio, sino que tengan también la posibilidad de proponer en ese momento procesal nuevas pruebas que puedan poner en cuestión la fiabilidad de la prueba adquirida de oficio. Una vez más, el principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatórios*" (FERRER BELTRÁN, 2022: 112/113).

[33] Sobre esse ponto há o estudo de Vitor de Paula Ramos: *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar.* 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

reflexões, mas desde logo parece que é um interessante espaço para incidência de convenções probatórias, com as partes, especialmente em negócios anteriores a discussões processuais, prevendo deveres sobre provas.

4. Encerramento: notas sobre a imparcialidade do juiz no exercício dos poderes probatórios

A imparcialidade do juiz costuma ser um tema central para aqueles que entendem que os poderes probatórios devem ser proibidos e não raramente são bem simplificados por quem entende que os poderes probatórios devem ser ampliados ou exercidos com máxima abrangência, fazendo com que se aprofunde a dualidade inconciliável ou manifestações maniqueístas também neste ponto. Entretanto, assim como é de se questionar a pontual preocupação com a imparcialidade quando se debatem os poderes instrutórios,[34] também não há como abstratamente considerar que seu exercício não interfira na parcialidade do julgador.[35]

O tema evidentemente não passou despercebido por Ferrer Beltrán, que, após afirmar que "*tener a la persona juzgadora callada y pasiva no impide la enfermedad de la parcialidad, sino que en muchas ocasiones puede simplemente esconderla e impedir su detección*",[36] faz observações muito importantes:

> [*p]artiendo de la asunción de que la atribución de esas facultades probatorias a las personas juzgadoras tiene un fundamento epistémico, porque puede ayudar a aumentar la riqueza del acervo probatorio de los procesos judiciales, será imprescindible evaluar 1) si la ganancia epistémica es mayor o menor que el riesgo de parcialidad en el uso de esas facultades; 2) si es posible regular el uso de esas facultades probatorias por parte de las personas juzgadoras, de manera que se minimice el riesgo de parcialidad a la vez que se preserve la potencial ganancia epistémica que puedan generar las facultades probatorias; y, finalmente, 3) si es posible controlar a posteriori el uso parcial de esas facultades, puesto que, cuanto más difícil sea ejercer ese control,*

[34] "*De manera sorprendente, quienes sostienen esta concepción no manifiestan normalmente las mismas dudas frente a la falta de criterios precisos que regulen decisiones judiciales como la admisión de la prueba propuesta por las partes o los estándares de prueba. Una y otra situación dejan un gran margen de discrecionalidad y de activismo poco o nada controlados a las personas juzgadoras, lo que puede ser un caldo de cultivo para las decisiones parciales. En cualquier caso, si la objeción está fundada en el modelo de juez y de proceso, es ese modelo el que deberá discutirse*" (FERRER BELTRÁN, 2022: p. 121).

[35] Como já afirmado, os poderes instrutórios podem ser estudados por vários campos do conhecimento e também por várias abordagens. A (im)parcialidade do julgador, por exemplo, é eloquente ilustração dessa multiplicidade de perspectiva e, no campo da psicologia comportamental, também para exemplificar, há importante linha que verifica a "autoria" ou a determinação da produção da prova e os vieses cognitivos (a bibliografia sobre o tema é extensa, mas também difícil de ser depurada, já que tem se generalizado uma incrível aparência de intimidade com sofisticados conhecimentos de área tão específica por autores jurídicos; para uma inicial referência: OSORNIO PLATA, 2022: 204/208. VÁZQUEZ: 2018 e 2022, capítulo II).

[36] 2022: 128.

> *mayor será el incentivo para adoptar medidas preventivas más radicales.123 Con ese esquema en mente, podemos ahora analizar las tres facultades probatorias "sospechosas" — recordemos: la facultad de realizar indicaciones probatorias a las partes respecto de los hechos a probar y/o las pruebas a aportar, la facultad de ordenar de oficio la incorporación al proceso de pruebas y la facultad de imponer deberes de producción de pruebas a las partes*.[37]

A primeira e imprescindível providência para evitar o risco de parcialidade é submeter toda providência probatória do juiz a um efetivo contraditório das partes,[38] além de desenhos processuais que permitam adequado controle da atividade judicial, sempre com possibilidade de produção probatória a partir de provas eventualmente aportadas ao processo pelo juiz, em atividade, que por política legislativa deveria ser sempre subsidiária.

De todo modo, há que se verificar com temperamentos essa imunização da imparcialidade judicial na determinação de produção de algum meio de prova, a fim de que, sob um pretexto democrático e louvável, travestir-se uma condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca "poppereana"[39] de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam apenas uma das partes, extrapolando preclusões[40] e violando limitações probatórias. Trata-se,

---

[37] 2022: 124.

[38] "*En cualquier caso, es importante que desde la posición de tercero, que caracteriza a la persona juzgadora imparcial, sea posible indicar a las partes lagunas probatorias, por ejemplo, y darles la oportunidad de aportar las pruebas necesarias para colmarlas. Es claro que esa indicaciones judiciales pueden ser el vehículo por el que se manifieste una parcialidad de la persona juzgadora si, por ejemplo, realiza indicaciones que permiten colmar lagunas probatorias a una de las partes pero no a la otra. Por ello, conviene preguntarnos si es posible regular el ejercicio de esa facultad de manera que se minimice el riesgo de utilización parcial y si es posible controlar su ejercicio parcial a posteriori. Las respuestas, en mi opinión, son afirmativas: se podría, por ejemplo, precisar si el ejercicio de la competencia judicial de hacer a las partes las indicaciones sobre las lagunas probatorias es facultativo o debido. Esta última opción permitiría impugnar jurídicamente los casos en que la persona juzgadora omitiera hacer a una de las partes las correspondientes indicaciones, a pesar de que resultaran ya perfectamente identificables las lagunas probatorias en ese momento. Finalmente, la parcialidad en el ejercicio de esta facultad es perfectamente identificable y podría ser objeto de control a posteriori y ser reconocida como causa bastante para fundar un recurso*" (FERRER BELTRÁN. 2022, p. 124).

[39] DAMAŠKA: 2000, p. 208. No Código de Processo Civil brasileiro revogado, havia o art. 1.107 destinado a procedimentos de jurisdição voluntária em que constava que "os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas". Essa regra não foi reproduzida no atual CPC, nem mesmo na jurisdição voluntária, mas ainda persiste uma ideia generalizada de que assim devem ser compreendidos na prática os poderes instrutórios do juiz, fazendo com que um equívoco legislativo permaneça em vigor como ideia – já que agora sequer há texto – que é incompatível com o sistema do Código em vigor, o que demonstra a dificuldade que existe para se avançar com o debate do tema. Esse poder investigatório que era conferido pela literalidade da regra revogada inegavelmente afeta a parcialidade judicial, sobretudo se se entender que seria possível ao juiz a verificação de fontes de provas.

[40] O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras decisões nesse sentido e o Código não regula o tema adequadamente: "a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça" (AgRg no REsp 1157796/DF, DJe 28/05/2010). Há, contudo, julgado do mesmo Tribunal em que esse posicionamento foi parcialmente restringido: "A parte deve apresentar o rol de testemunhas no prazo fixado pelo juiz, sob pena de a prova testemunhal ser indeferida em atenção ao princípio do

evidentemente, de uma patologia no uso dos poderes instrutórios, mas não se pode ignorar sua ocorrência, assim como também não se deve excluir a utilização da iniciativa instrutória apenas como forma de demonstração de poder, com a finalidade de constranger partes e advogados em audiências ou coonestar algum descumprimento de regra processual por uma das partes.

Outro ponto a ser registrado e que foi mencionado por Ferrer Beltrán na transcrição com que se iniciou este item consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária.

A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício deste poder casuisticamente.

Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual.

Essa questão refere-se diretamente ao problema da fundamentação das decisões, já que esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade "absoluta", categoria que possui relevância e utilidade apenas em questões religiosas e metafísicas, e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio poderá ser coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo poderá se tornar cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade

tratamento igualitário que deve ser dispensado às partes. Precedentes. Hipótese em que não se aplica o entendimento de que o juiz pode ouvir testemunhas arroladas fora do prazo legal, porque não se encontra em discussão direito indisponível, circunstância que justificaria a iniciativa probatória do magistrado, que, ademais, é o destinatário da prova e a quem cabe analisar a necessidade de sua produção ou não" (CPC, 130 e 131). (EDcl no REsp 1344511/DF, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013). Entende a doutrina brasileira majoritariamente que inexiste preclusão para o juiz em matéria probatória, mas há um incrível silêncio sobre a possibilidade de as partes e, quando for o caso, o Ministério Público produzirem provas sobre provas, além do imprescindível contraditório sobre o que foi aportado por força de ordem judicial.

intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas todas as possibilidades que integram a atividade probatória, a fim de que se elabore um desenho legislativo que contribua epistemologicamente sem sacrificar os direitos das partes e sem que apenas se permita uma imposição de poder que se justifica apenas por ser poder.

Ou seja, não se pode acomodar a discussão como se os poderes probatórios do juiz permitam que o processo seja algo como o mito do Leito de Protusco, isto é, que a atividade judicial seja apenas uma maneira de esticar ou mutilar provas para que os fatos sejam pinçados para justificarem decisões subjetivas e impossíveis de receberem controle intersubjetivo, acomodando-se em decisão já tomada, como se os poderes instrutórios pudessem ser utilizados para coonestar uma decisão já formada, como se o processo pudesse ser esticado ou amputado para que caiba no julgamento já formado.

Se se admite que o método menos eficiente de se descobrir a verdade dos fatos discutidos no processo está na outorga exclusiva às partes da atividade instrutória,[41] não menos exato é afirmar que o descontrole dos poderes probatórios do juiz é claramente uma ofensa ao devido processo legal.

É correta a advertência de que não se deve analisar a outorga de poderes instrutórios para o juiz apenas pelo lado patológico.[42] Parece, porém, que a possibilidade de esse exercício de poder ser fonte de abusos e escolhas arbitrárias justifica a preocupação com o tema.

Não se pode ignorar que em determinado processo haja uma seleção arbitrária dos fatos necessários para fundamentar uma decisão já encontrada ou que os poderes instrutórios apenas revelem uma demonstração de autoridade, violadora inclusive do contraditório.

Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista.

O exercício dos poderes instrutórios do juiz, cuja previsão abstratamente considerada contribui para a essência e a finalidade do processo jurisdicional, deve se inserir nesse quadro de garantias processuais, a fim de não se desnature sua finalidade e acabe por significar uma ameaça ao devido processo legal.

Por isso, a necessária advertência de Ferrer Beltrán:

[41] TARUFFO: 2008, p. 175.
[42] TARUFFO: 2008, p. 181/183.

> *Un mal uso o un abuso de esta facultad, en cambio, puede dar lugar a decisiones judiciales parciales, porque de manera deliberada la persona juzgadora únicamente ordene pruebas que pudieran tener un resultado probatorio favorable a una de las partes. Esto es poco común y resulta fácilmente controlable a posteriori. Además, en la mayoría de los casos no es tan simple "hipotizar" el resultado probatorio de una prueba al momento de ordenarla, por lo que no se puede dar por descontado a qué parte beneficiará. Sin embargo, el ejercicio desmedido de esta facultad de ordenar pruebas de oficio puede dar lugar a otro tipo de parcialidad más difícilmente controlable, porque es inconsciente: la asunción de una posición investigadora por parte de la persona juzgadora que la haga susceptible de asumir sesgos — como el de la confirmación — que hagan que tienda a sobrevalorar las pruebas favorables a su hipótesis investigadora respecto de las que la contradigan. Para evitar ese tipo de sesgos, muchos ordenamientos han optado por atribuir las funciones de instrucción y enjuiciamiento a personas distintas. Cuando la prueba de oficio haya sido ordenada por la jueza o el juez de control o de admisibilidad de la prueba, siempre que sea una persona distinta de la de enjuiciamiento, el diseño procesal otorgaría ya bastante protección ante el peligro. Sin embargo, la relevancia de una prueba puede hacerse evidente durante o después de la práctica de otras pruebas y, en ese momento, sería ya el órgano encargado del enjuiciamiento quien podría ejercer la facultad de ordenar una prueba de oficio. Para esas situaciones, es conveniente también tener criterios legales claros para el uso de la facultad en comento que minimicen el riesgo de parcialidad inconsciente.*[43]

As ideias de Ferrer Beltrán, portanto, podem influenciar e contribuir imensamente com o debate brasileiro também no tema dos poderes instrutórios, que, como foi visto, é multifacetado e suas várias possibilidades de concretização já encontram importante quadro normativo, faltando apenas que se avance nas discussões a partir da consciência da amplitude do tema e da necessidade e de seu enquadramento nas garantias processuais. Ou seja: não há que se ter apriorística repulsa aos poderes instrutórios nem entusiasmado acolhimento, já que, como todo tema que envolve o raciocínio probatório, a reflexão crítica é que permite avanços, como se vê nos notáveis estudos e iniciativas científicas do Professor Jordi Ferrer Beltrán.

Referências

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, 2019.

[43] 2022: 125/126.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais:* teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado:* análisis comparado del proceso legal. Andrea Morales Vidal (Trad.). Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

FERRER BELTRÁN, Jordi. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 33, 1-22, 2017c.

_____. La carga dinâmica de la prueba. Entre la confusión y el innecesario". Nieva Fenoll; Ferrer Beltrán; Giannini. *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

_____. Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. *7*, nº 2, 2017.

_____. *Manual de razonamiento probatorio*. Ferrer Beltrán (Coord.). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2022.

_____. *Prova e Verdade no Direito*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: RT, 2017b.

_____. *Prova sem Convicção*, também publicado em tradução de Vitor de Paula Ramos pela editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

_____. *Prueba sin Convicción:* estándares de prueba y debido proceso. Barcelona: Marcial Pons, 2021b.

_____. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

OSORNIO PLATA, Verónica Lorena. "Los poderes probatorios del juez de amparo un garante de la corrección epistémica de los hechos". Quaestio facti. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. 2022, nº 3 (https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/index).

RAMOS, Vitor de Paula. "Convenções probatórias no processo civil. Negociando o que é negociável". Salgado; Queiroz; Kircher. (Org.). *Justiça Consensual*. Salvador: JusPodivm, 2022.

_____. *Ônus da Prova no Processo Civil:* do ônus ao dever de provar. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

TARUFFO, Michele. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana:* el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Bogotá: Temis, 2008a.

_____. La cultura de la imparcialidade en los países de *common law* y de derecho continental. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil* law e *common law*. José Carlos Barbosa Moreira (Trad.). *Revista de Processo nº 110.* São Paulo: RT, abril/junho de 2003.

_____. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *La Prueba (apêndice I)*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008b.

TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. *Repensar el Derecho Prabatorio:* ensayos exploratorios. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022.

VÁZQUEZ, Carmen. "La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos". *Isonomía*, nº 48, 2018 (https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/index).

_____. *Manual de Prueba Pericial*. Carmen Vázquez (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

A vulnerabilidade linguística como um direito básico do consumidor: diálogos possíveis entre o Direito e a Linguagem

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*
Luciano Mello de Carvalho**

Sumário

Considerações preliminares. 1. A vulnerabilidade: ponto de partida do CDC. 2. Vulnerabilidade linguística: não é apenas o juridiquês. 3. Agravamento da vulnerabilidade linguística. Considerações finais. Referências.

Resumo

A linguagem e o Direito são inseparáveis. Entre eles há uma interdependência. Por intermédio da linguagem, a norma jurídica se concretiza, é aplicada ao caso concreto, é concedido o direito e decidida uma demanda. Enfim, o Direito é, por excelência, uma linguagem. Adotando o método qualitativo e a pesquisa bibliográfica e doutrinária, o presente artigo visa à análise da vulnerabilidade como o princípio norteador das relações de consumo, dando ênfase à vulnerabilidade linguística do consumidor, reconhecendo-a como um direito fundamental, um corolário do princípio do acesso à justiça e como um direito básico do consumidor, do qual surgem outros direitos, sobretudo o direito à informação e à transparência nas relações de consumo.

Abstract

The language and Law are inseparable. There is interdependence between them. Through language, the legal norm is concretized, applied to the specific case, the right is granted and a demand is decided. Ultimately, law is, par excellence, a language. Adopting the qualitative method and bibliographical and doctrinal research, this article aims to analyze vulnerability as the guiding principle of consumer relations, emphasizing the consumer's linguistic vulnerability, recognizing it as a fundamental right, a corollary of the principle of access to justice and, above all, as a basic consumer right from which other rights arise, especially the right to information and transparency in consumer relations.

* Pós-Doutor em Linguística (UNB). Licenciado em Letras. Bacharel em Direito. Especialista em Direito do Consumidor. Advogado. Professor da Universidade do Estado da Bahia – Colegiado de Direito – Campus IV.
** Especialista em Gestão Pública. Licenciado em Educação Física e Pedagogia. Graduando em Direito. Professor da Rede pública estadual da Bahia. Gestor do Colégio Estadual Professor Carlos Barros – Salvador – BA.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Informação. Linguagem. Princípios. Transparência.

Keywords: *Access to justice. Information. Language. Principles. Transparency.*

Considerações preliminares

A Política Nacional das Relações de Consumo, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) no Artigo 4º, visa a atender às necessidades dos consumidores, considerando a dignidade da pessoa humana. Para isso, elegeu a vulnerabilidade do consumidor como o princípio base das relações de consumo. A vulnerabilidade é o estado daquele que pode ter um ponto fraco na relação facilmente é vítima. No Direito, a vulnerabilidade é reconhecida quando há sujeitos necessitados de proteção e se encontram em situação de desigualdade, defendem Marques e Miragem (2016).

Com a Constituição de 1988, novos sujeitos passam a ser vistos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nascem, portanto, para esses sujeitos direitos até então não tutelados pelo Estado. Daí, a vulnerabilidade torna-se um princípio decorrente do princípio da igualdade, reconhecendo as especificidades de cada sujeito da relação, pois a igualdade, nesse caso, surge da desigualdade. Em uma relação consumerista, há um sujeito que detém a técnica e as condições de produção e um que desconhece tais condições e os aspectos inerentes ao produto ou serviço. Esse sujeito, que é o consumidor, encontra-se em desigualdade perante aquele, ou seja, o fornecedor. E nessa desigualdade, que está o princípio vulnerabilidade como o fundamento das relações consumeristas. Nessas relações, há de falarmos em vulnerabilidades no pleural, uma vez que a sociedade é multifacetada e cada sujeito tem as suas características psicofísicas e socioculturais influenciadas por fatores diversos.

Este artigo visa à análise do princípio da vulnerabilidade no CDC e suas implicações doutrinárias, considerando as vulnerabilidades previstas pela doutrina e a vulnerabilidade universal adotada como princípio pelo CDC.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram as da pesquisa bibliográfica, recorrendo a livros, artigos, doutrina e jurisprudências nacionais e internacionais, a fim de avaliar o tema à luz de uma nova perspectiva. Por isso, realizamos uma pesquisa doutrinária e bibliográfica, adotando o método qualitativo.

O artigo é dividido em três seções. Na primeira seção, destacamos o princípio da vulnerabilidade à luz do Direito do Consumidor e as vulnerabilidades definidas pela doutrina. Na segunda, focamos o cerne da pesquisa, abordando a vulnerabilidade linguística não reconhecida pela doutrina, mas presente nas relações consumeristas, apresentamos a inter-relação Direito e Linguagem. Na terceira, destacamos a vulnerabilidade linguística agravada como um direito básico do consumidor, seu reconhecimento como um direito fundamental e um dos direitos básicos do consumidor. Em seguida, fazemos as nossas considerações.

1. A vulnerabilidade: ponto de partida do CDC

A vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito, desequilibrando a relação de consumo. Por isso, vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção, conforme defendem Marques e Miragem (2016). Paralela à vulnerabilidade, há a hipossuficiência que se refere, a partir da situação socioeconômica do sujeito, à concessão dos benefícios da justiça gratuita em matéria processual.

É um conceito fático, não jurídico, fundado em uma disparidade perceptível no caso concreto e no sujeito da relação jurídica. Semanticamente, vulnerabilidade e hipossuficiência são termos correlatos. No campo jurídico, uma pode influenciar na outra, mas apresentam diferenças porque todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

O Inciso I do Artigo 4º do CDC preconiza que o consumidor é vulnerável. Essa afirmação é uma primeira medida da isonomia. Falar em desigualdade parece uma contradição, já que o princípio da isonomia fundamenta as relações jurídicas. Portanto, é imprescindível uma interpretação sistemática e adequada da fórmula aristotélica na máxima da justiça equitativa: dar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais na medida dessa fragilidade. Rui Barbosa, retomando a justiça aristotélica, disse:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (RUI BARBOSA, [1920], 2004)

A igualdade a que o dispositivo constitucional se refere é o aspecto formal, isto é, na aplicação da lei. Deve, portanto, o intérprete dar tratamento igualitário a todos de forma indistinta. No aspecto material, é necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, objetivando, assim, atingir a igualdade formal.

Daí, surge o princípio da isonomia. Conforme Nunes (2014), é exatamente da discriminação que nasce esse princípio. Neste caso, o termo discriminação não corresponde ao ato de segregação, exclusão social, mas a especificar, avaliar, considerando-se aspectos relevantes para a aplicação da Justiça.

Proteger o vulnerável é concretizar o princípio constitucional da igualdade. Considerar consumidor e fornecedor iguais nas relações consumeristas seria nada mais do que violar o princípio da isonomia na sua essência. Por exemplo, um agricultor, cidadão comum, ao celebrar um contrato de financiamento com uma instituição

bancária, pode, do ponto de vista jurídico, discutir, de forma igual, as cláusulas contratuais com o gerente?

Assim, estar-se-ia violando a igualdade formal e desigualdade material, uma vez que, naquela situação, o agricultor desconhece os termos técnico-jurídicos da relação contratual. Daí, advém a vulnerabilidade, pois "basta ser consumidor para ser vulnerável" (NUNES, 2014, p. 87). A vulnerabilidade é inseparável das relações de consumo, uma vez que não se trata de mera presunção legal e decorre de dois aspectos: (i) de ordem técnica: refere aos meios de produção, conhecimento da técnica e informação, segundo Nunes (2014). O fornecedor centraliza a relação de produção e detém os aspectos técnico-estruturais do produto/serviço posto no mercado. Há o desconhecimento do consumidor acerca do produto/serviço adquirido. Em razão disso, pode ser "facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços", postula Miragem *et al.* (2010, p. 145). O fornecedor tem o poder de decidir, escolher o que, quando produzir e como produzir. Ao consumidor, a liberdade de escolha é mínima; (ii) de maior capacidade econômica de que, via de regra, o fornecedor dispõe em relação ao consumidor. Esse aspecto também pode ser um dos fatores da desigualdade na relação de consumo, com possibilidades de prejudicar o consumidor.

O termo *vulnerabilidade* é amplo do ponto de vista semântico. Por isso, a doutrina reconhece a existência de diversas vulnerabilidades que se intercomplementam no contexto das relações de consumo, cabendo ao profissional do Direito aplicá-las ao caso concreto conforme o contexto. Por exemplo, um consumidor pode ser vulnerável do ponto de vista fático, socioeconômico ao mesmo tempo. Nosso objetivo não é analisá-las, mas apresentar um breve comentário para chegarmos à temática central deste artigo.

Tratando-se da *vulnerabilidade técnica*, o consumidor não detém o conhecimento técnico. Não é capaz de mensurar a qualidade, os meios empregados e o risco dos produtos/serviços da relação consumerista. Para Cavalieri Filho (2016), essa vulnerabilidade associa-se à falta ou inexatidão de informações que são prestadas ao consumidor.

Na *vulnerabilidade fática*, há o poder econômico do fornecedor em relação ao consumidor, marcado pela divergência entre a maior capacidade socioeconômica do fornecedor no controle de produção, preponderando economicamente no mercado. A vulnerabilidade *jurídica*, segundo Morais (2018), decorre do fato de o consumidor enfrentar obstáculo no acesso à justiça para defender seus direitos, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. Essa vulnerabilidade decorre do desconhecimento dos termos técnicos e jurídicos por parte do consumidor.

A *vulnerabilidade política ou legislativa* configura-se pela falta de organizações de consumidores, haja vista a escassez de associações ou órgãos que influenciam de maneira eficaz na implantação de políticas que controlam os abusos nas relações de consumo. É necessário destacar o aspecto psíquico do consumidor que, a todo o momento, sofre as pressões do mercado de consumo. Nesse contexto, há

a *vulnerabilidade psíquica ou biológica* que corresponde aos estímulos empregados pelos fornecedores para persuadir o consumidor na aquisição do produto ou serviço. Trata-se de um "chamariz", por exemplo:

> Anuncia-se a liquidação com grandes descontos e quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante.
>
> O consumidor vê na vitrine uma roupa bonita a preço baixíssimo. Entra na loja, pode a roupa, mas há um único exemplar, de tamanho fora do padrão. Ele constrangido recebe o "ataque" do vendedor que oferece outros produtos (NUNES, 2011, p. 27).

Diversas são as táticas para atrair o consumidor, caracterizadas por ofertas fabulosas, levando o consumidor a comprar produtos incompatíveis com a sua condição socioeconômica.

A *vulnerabilidade econômica ou social* resulta da disparidade que existe entre fornecedor e consumidor, haja vista a sua situação de detentor do poder socioeconômico do fornecedor, que impõe ao consumidor condições desconhecidas na relação de consumo, como, por exemplo, as cláusulas de um contrato de adesão, o uso de aplicativos pelo consumidor que sequer sabe ligar um celular. Existem determinados produtos cujo uso causa dano ambiental, mas o consumidor nem sempre conhece tais riscos. Referimo-nos à *vulnerabilidade ambiental* relacionada diretamente com o consumo em massa da sociedade atual. Por o homem ser parte do meio ambiente, está sujeito a uma série de alterações causadas pelo uso irracional dos recursos naturais do planeta, resultando em prejuízos biológicos ilimitados e causando até mesmo a morte.

Vulnerabilidade informacional: reporta-se à pessoa do consumidor. Segundo Xavier (*online*, 2012), "na sociedade atual, são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação". O consumo é mais visual, rápido e de risco, necessitando de informações transparentes.

Todas essas vulnerabilidades impossibilitam a interação entre o consumidor e fornecedor. No entanto, há uma vulnerabilidade que mais se evidencia e é decorrente de fatores de natureza linguística, seja na modalidade verbal ou não verbal. Trata-se da vulnerabilidade linguística que será abordada na seção seguinte.

2. Vulnerabilidade linguística: não é apenas o juridiquês

Quando falamos em vulnerabilidade, não nos atemos apenas às questões de ordem semântico-lexical, ou seja, o significado e o sentido das estruturas linguísticas, uma vez que a polissemia é uma propriedade inerente à língua e possibilita a uma só palavra vários sentidos a depender do contexto discursivo. Segundo Warat (1995),

a linguagem no Direito se manifesta de duas formas: (i) a linguagem ordinária ou natural, caracterizada como a interação humana, graças aos componentes semânticos e à multiplicidade de regras cuja produção de sentido depende do contexto comunicacional. Na linguagem comum, uma palavra tem um sentido. Todavia apresenta outro na seara jurídica, por exemplo, *sentença* na linguagem comum, possui vários sentidos: *estrutura gramatical*, *conjunto de número*, *pena*. Na linguagem processual, significa a decisão de um juiz resolvendo uma demanda; (ii) a linguagem extraordinária, como um paradoxo em relação à linguagem comum, viola alguns princípios ou regras da sintaxe, da semântica da linguagem comum. Nesse caso, a palavra tem o sentido específico em uma determinada área, por exemplo, *habeas corpus*, *sursis, anticrese, Litisconsorte* são usadas com um sentido específico no Direito.

Seguindo a mesma linha de Warat, Cornu (1990) insere os termos da linguagem jurídica em dois grupos: i) aqueles que existem apenas para designar conceitos jurídicos; ii) aqueles que advêm da linguagem comum e adquirem um sentido específico na seara jurídica.

A linguagem especial sempre existiu em qualquer área e continuará existindo. Defendemos o uso de uma linguagem mais próxima do jurisdicionado.

> Todos podem realizar uma leitura simples e superficial de muitos textos jurídicos, pois normalmente as normas jurídicas são compreensíveis para o cidadão medianamente culto. Mas uma leitura profunda que não se limite ao verniz daquilo que aparece, mas que penetre no mundo conceitual e interpretativo do Direito, só é acessível aos juristas, isto é, aos profissionais do Direito. (ROBLES, 2005, p. 53)

Para Andrade (2021), muitos profissionais do Direito excedem na linguagem técnica, apresentam uma pseudoautoridade linguística, usando a linguagem como uma forma de convencimento e competência jurídico-discursiva. Isso configura a fetichização do discurso jurídico e da dogmática conforme define Streck (2004).

O jurisdicionado, ao recorrer ao Poder Judiciário, depara-se com um mundo distante de sua realidade não apenas nas questões linguísticas, mas também em outros aspectos que impossibilitam a interação com o contexto jurídico, por exemplo, as vestimentas, o lugar específico para cada sujeito da relação processual e as relações hierárquicas. É preciso que as autoridades judiciais tenham consciência de que o acesso à justiça não deve ser confundido com intimidações, o Direito não sirva para dominação e injustiça e o ambiente forense tenha uma visão inclusiva.

> [...] um espaço em que elementos arquitetônicos, a vestimenta, os gestos, as posturas dos que lá circulam reforçam hierarquias sociais, criando um ambiente pouco acolhedor. Estes elementos,

> somados às incertezas e tensões envolvidas em um processo judicial, têm chamado a atenção para a existência de barreiras de caráter psicológico que também afetam o interesse por "brigar na justiça". Há, portanto, o custo psíquico da litigância, isto é, um desgaste emocional que o demandante deve estar disposto a enfrentar. (FULLIN, 2013, p. 223)

A simbologia, a hierarquização, a formalidade e as etiquetas fazem do ambiente judicial um ritual inibidor e suntuoso, sem falar que as relações jurídicas são assimétricas. No fórum, o cidadão depara-se com procedimentos complicados, formalismo, juízes e advogados que figuram como opressores e despertam no jurisdicionado um sentimento de prisioneiro em um mundo estranho, conforme argumentam Cappelletti e Garth (1988).

O acesso à justiça não se refere à entrada nos ambientes forenses, mas à garantia e efetivação dos meios inerentes a esse acesso a fim de que a justiça cumpra realmente seu papel social.

> Ingressar em juízo significa também sujeitar-se a adentrar por um ambiente temido pelo poder de mudar destinos, incompreensível na sua lógica de funcionamento fortemente apoiada no uso de um vocabulário e de uma linguagem impenetrável, repleto de formalismos e rituais desconhecidos do senso comum. Um espaço em que elementos arquitetônicos, a vestimenta, os gestos, as posturas dos que lá circulam reforçam hierarquias sociais, criando um ambiente pouco acolhedor. (FULLIN, 2013, p. 223)

É frequente algumas autoridades praticarem atos que violam a dignidade do cidadão e justificarem que estão agindo em nome de aplicação do Direito. Na verdade, abusando do direito, oprimem o cidadão, impõe-lhe normas, exigindo apenas que sejam cumpridas.

> Não é difícil compreender o temor do povo em relação à justiça: [...] por exemplo, uma testemunha que é intimada pelo oficial de justiça mediante um "mandado do Juiz, que manda, determina sob pena de...", para comparecer naquele fórum, em que ela tem orgulho de dizer que nunca pisou, com a advertência de que, se não comparecer, será conduzida "mediante vara" e pagará as despesas da condução, entre outras advertências que ela não entendeu direito e tem vergonha e constrangimento de perguntar. O que se poderia esperar? (BACELLAR, 2003, p. 52)

O Direito é, por natureza, uma linguagem. Sem linguagem, não haverá Direito. Trata-se, portanto, de uma relação de interdependência.

> O Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar, constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 63-64)

Pela linguagem, dá-se a cada parte o que é seu, decide-se uma lide, concede-se a liberdade. Enfim, exerce a jurisdição. Nas relações de consumo, é perceptível a vulnerabilidade linguística. Não apenas se referindo aos termos técnicos, mas também a todo o contexto. O desconhecimento da demanda processual, o ritual das audiências, a complexidade dos atos processuais, os manuais com as instruções de uso de produto/serviço, o domínio da tecnologia e o letramento jurídico, todos esses fatores possibilitam a vulnerabilidade do consumidor:

> Nas relações de consumo, o domínio da comunicação escrita, saber ler e escrever assume importância ainda maior. Isso porque seja no ajuste das condições negociais, seja a própria submissão do consumidor a técnicos de venda e persuasão que são próprias da sociedade contemporânea, o domínio mínimo da linguagem é decisivo para compreender, ainda que em termos da linguagem escrita constitui, evidentemente, causa de agravamento da vulnerabilidade do consumidor. (MIRAGEM. 2016, p. 138)

A habilidade de expressar e comunicar-se por meio da linguagem escrita é uma forma de interagir na sociedade contemporânea. Não basta apenas comunicar-se, mas também é preciso compreender o que é dito ou escrito. Essa compreensão é dada pela atribuição de sentidos ao que diz o texto. No entanto, muitos consumidores são capazes de decodificar signos linguísticos, mas não os compreendem. Daí, emerge uma vulnerabilidade agravada.

3. O agravamento da vulnerabilidade linguística

Como o termo vulnerabilidade é um conceito jurídico indeterminado, tem sentido amplo, quando falamos em vulnerabilidade do consumidor, é necessário definir

à qual ou às quais vulnerabilidades estamos nos referindo, uma vez que o consumidor pode ser vulnerável em um aspecto e não em outro, ou até mesmo em mais de um aspecto, haja vista a sua condição social, cultural, psicológica, saúde, etária e outras. Uma pessoa alfabetizada de situação socioeconômica estável, por exemplo, lendo um contrato, pode compreender as cláusulas, mas existirão termos técnicos que não estão no seu vocabulário. O consumidor pode suprir esse desconhecimento, contratando um profissional da área para assessorar-lhe. Tal situação não seria a mesma, caso fosse um consumidor que não tenha estabilidade socioeconômica.

Os doutrinadores defendem que o consumidor analfabeto se encontra em uma situação agravada. Todavia, existem consumidores que, embora se comuniquem na linguagem escrita e tenham capacidade de decodificar textos, não interagem, não dominam a técnica, a situação discursiva e a linguagem usada na relação consumerista. Esses consumidores são agravados do ponto de vista linguístico. Assim, não falamos apenas em situação agravada para o consumidor analfabeto. O alfabetizado também é agravado ainda que em menor gradação em relação ao analfabeto. Atualmente, a jurisprudência consolidou a terminologia hipervulnerabilidade. Há uma vulnerabilidade universal de todos os consumidores ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espetos, segundo Benjamim (2000), e a vulnerabilidade por questões óbvias oriundas de uma condição peculiar do consumidor e agravada por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas, defendem Marques e Miragem (2016). Estamos falando da hipervulnerablidade.

O reconhecimento da vulnerabilidade linguística do consumidor tem amparo em diversos dispositivos tanto de caráter jurídico-normativo quanto a título de recomendação. Por exemplo:

A. Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (1996):

> Artigo 2º Esta Declaração parte do princípio de que os direitos linguísticos são simultaneamente individuais e coletivos, e adota como referência da plenitude dos direitos linguísticos, o caso de uma comunidade linguística histórica no respectivo espaço territorial, entendendo-se este não apenas como a área geográfica onde esta comunidade vive, mas também como um espaço social e funcional indispensável ao pleno desenvolvimento da língua.
>
> Artigo 3º 1. Esta Declaração considera como direitos individuais inalienáveis que devem ser exercidos em todas as situações os seguintes:
>
> O direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística;
>
> O direito ao uso da língua em privado e em público;

> O direito ao uso do próprio nome;
>
> O direito a relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem;
>
> O direito a manter e desenvolver a própria cultura; e todos os outros direitos de caráter linguístico reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da mesma data.

Esses dispositivos garantem ao consumidor o direito de se expressar em ambientes públicos e privados na sua língua de seu contexto social.

B. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no Artigo 1º III, elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares. Dessa forma, só haverá dignidade da pessoa humana se houver o respeito à linguagem do falante e sem determinar-lhe o uso de uma língua distante da sua realidade sociocultural. O Artigo 5º da CF/88 reconhece o princípio da isonomia, que consiste em tratar os desiguais na sua desigualdade e os iguais na sua igualdade. Nos contextos forenses, não há uma isonomia linguística. O jurisdicionado, a partir da linguagem, sente a dificuldade do acesso à justiça. Há uma ritualização formal que impede o acesso ao judiciário. Grande parte das pessoas são impedidas de adentrar o fórum devido às suas vestes, sequer saber que existe regulamentação ou vedação a um ou outro tipo de roupa, defende Salgado (2019).

C. Em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sendo o primeiro documento normativo da Organização das Nações Unidas a abordar especificamente dos direitos das minorias no que se refere à proteção da etnia, língua e cultura e religião. Preveem os dispositivos:

> 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.
>
> Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

O princípio *favor debilis* destaca a posição do consumidor em razão de sua vulnerabilidade. O consumidor, por ser o sujeito mais frágil da relação consumerista,

é passível de sofrer o assédio de consumo e ter seus direitos violados, porque há um sujeito mais forte que detém a posição jurídica. Nesse contexto, é imprescindível reconhecer a vulnerabilidade, pois, além de ser o princípio norteador das relações, é um direito básico do consumidor.

Da vulnerabilidade, resultam vários direitos do consumidor implícitos e explícitos na legislação, sobretudo os elencados no Artigo 6º do CDC. Da vulnerabilidade linguística, explicitamente, surgem dois direitos importantes que fundamentam os demais:

A. A informação como pedra de toque do Direito do Consumidor e reconhecida como direito fundamental expresso no Artigo 5º XIV, da CF/88. É uma expressão do princípio da transparência, conforme defendem Marques *et al.* (2016). Não basta apenas informar. É preciso usar a clareza e a concisão. As informações devem ser claras, concisas e transparentes, garantindo ao consumidor a segurança nas relações para não "comprar gato por lebre".

Os princípios da clareza, da concisão e da transparência devem fundamentar as relações jurídico-consumeristas para garantir ao consumidor leigo possiblidades de conhecer e defender seus direitos, principalmente aqueles que recorrem ao Judiciário sem assistência de advogados.

Andrade (2015), durante o congresso do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), em Gramado RS, maio de 2014, defendeu a tese: A linguagem e o direito: uma análise da vulnerabilidade linguística no Código de Defesa do Consumidor, com a seguinte ementa: "Nas decisões judiciais que envolvam as relações de consumo, deve ser considerada a vulnerabilidade linguística do consumidor na interpretação da norma legal". (ANDRADE, 2015, p. 457)

B. A vedação ao fornecedor de usar a fraqueza ou ignorância do consumidor, considerando a idade, a condição sociocultural, econômica, saúde, conhecimento e outros aspectos para vender seus produtos/serviços. O fornecedor aproveita-se da condição de vulnerabilidade agravada do consumidor a fim de promover a contratação ou venda de seus produtos/serviços, conforme prevê o Artigo 39 IV do CDC.

A língua se instaura na interação e faz parte da vida dos falantes em todos os seus aspectos. "Falar faz parte do nosso cotidiano, de nossa vida", defende Scherre (2013, *on-line*). A interação, mediante o uso de sua própria língua, individualiza o falante, constituindo-o como cidadão e sujeito de direito. Graças à língua, o ser humano se diferencia de todos os outros animais. Não possibilitar ao falante o direito de se expressar na sua própria língua é reduzi-lo a uma condição subumana.

Considerações finais

O acesso à justiça é um direito humano e fundamental. No entanto, esse acesso não corresponde às portas abertas do Poder Judiciário ao jurisdicionado. Os espaços forenses apresentam uma formalidade que compreende desde as estruturas físicas até os rituais das audiências permeados por uma linguagem hermética e técnica que, na maioria das vezes, viola o direito do consumidor. Daí, surgiu a vulnerabilidade

linguística, cada vez mais, afastando o cidadão do conhecimento de seus direitos. Nesse contexto, a espada do Estado que, em vez de defender o jurisdicionado, pode exclui-lo, sobretudo quando está buscando reestabelecer um direito que foi violado.

O princípio da vulnerabilidade fundamenta a existência do CDC e reconhece que o consumidor não é apenas um sujeito da relação jurídico-consumerista, mas também um sujeito de direitos. Entre diversas vulnerabilidades presentes na doutrina, destacamos a vulnerabilidade oriunda não apenas da linguagem, que não se configura tão somente nos termos técnico-científicos, mas também no aparato composto pelos rituais, formas de tratamentos, regras de interação, vestimentas e outros que impossibilitam a interação no contexto consumerista ou jurídico, caracterizando, assim, a vulnerabilidade linguística.

Ex positis, o reconhecimento da vulnerabilidade linguística, além de constituir um direito básico do consumidor, deve ser inserido no rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pois está previsto o direito à informação que se concentra no uso da linguagem. Esperamos que os argumentos aqui apresentados possam despertar nos profissionais do Direito novos olhares acerca da linguagem jurídica, sobretudo da vulnerabilidade linguística a fim de manter o equilíbrio nas relações jurídico-consumeristas.

Referências

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. *A vulnerabilidade comunicativa em audiências nas varas de relações de consumo*: uma análise à luz da Ecolinguística. 2021. p. 190. Tese Doutorado em Linguística. Programa de Pós-graduação em Linguística e Letras Clássicas - Universidade de Brasília. Brasília, 2021.

_____. A linguagem e o direito: Uma análise da vulnerabilidade linguística no Código de Defesa do Consumidor (Tese independente). *Revista de Direito do Consumidor.* 2015, ano 24. vol. 99. maio-jun./2015. São Paulo: Revista do Tribunais, p. 457-457.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais:* a nova mediação para processual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret. 2010.

BENJAMIM. Antônio Hermam de Vasconcelos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. p. 496. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em . Acesso em: 21 jan. 2024.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 19 jan. 2024.

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de processo*, v. 102, São Paulo, 2001.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*. Paris: Monchrestien, 1990.

FULLIN, Carmem Sílvia. Acesso à justiça: a construção de um problema em mutação. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219-236.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: 5ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Interpretação sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

_____. Publicidade & Consumo. In: *Consulex*, ano XV nº 349, edição de 1º de agosto de 2011, p. 24-27.

_____. Tribuna do Direito» Blog Colunista. Disponível em: http://www.tribunadodireito.com.br/blog-colunista.php? Acesso em: 20 jan. 2024.

ROBLES, Gregório. *O direito como texto:* bases para uma teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2009.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Chique no Judiciário*: entre ritos e vestimentas para acessar o judiciário. Artigo apresentado no VI ENADIR - GT 18. Disponível em: . Acesso em: 18 jan. 2024.

SCHERRE, Marta. *O preconceito linguístico deveria ser crime*. Disponível em: . Acesso em: 20 jan. 2024.

STRECK, Lênio Luís. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos Linguísticos*. DHNET. Barcelona, jun. 1996. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/ dec_universal_direitos_linguisticos.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 3ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1995.

XAVIER Junior, Arnaldo. Código de Consumo & educação do consumidor. Disponível na revista virtual *Âmbito jurídico*. 2012.

Alimentos gravídicos: um prisma feminista para a atuação da(o) Promotor(a) de Justiça[1]

Viviane Alves Santos Silva*

Sumário

1. Introdução. 2. A gravidez, mulheres e a primeira infância. 3. A legitimidade do Ministério Público como *custos legis*. 4. Dos indícios de paternidade. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho objetiva apresentar releitura feminista para a atuação do Ministério Público como órgão interveniente nas ações de alimentos gravídicos. Parte do pressuposto da legitimidade do Ministério Público para oficiar nas referidas ações e busca demonstrar como a exigência judicial de indícios robustos de paternidade revela face patriarcal do Sistema de Justiça, desprotegendo mulheres e a futura prole, sobretudo no contexto atual dos relacionamentos fluidos, sem comprovações formais. Assim, os promotores de Justiça devem promover nessas ações para resguardar os direitos das mulheres mães e dos nascituros, até mesmo pela via recursal.

Abstract

This paper aims to present a feminist reinterpretation of the role of the Public Prosecutor's Office in maintenance action for pregnant women support. It starts from the assumption of the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to officiate in these actions and seeks to demonstrate how the judicial requirement of robust evidence of paternity reveals the patriarchal face of the Justice System. This could lead to unprotect women and their future offspring, especially in the current context of fluid relationships, without formal proof of existence. Therefore, prosecutors should intervene in these kinds of lawsuits to protect the rights of mothers and unborn children, even through appeals.

[1] Artigo apresentado no XXV Congresso Nacional do Ministério Público, realizado nos dias 8 a 10 de novembro de 2023, na cidade de Salvador, com a aprovação do seguinte enunciado: "Nas ações de alimentos gravídicos, o Ministério Público oficiará em favor da mulher gestante. Para tanto, a(o) Promotor(a) de Justiça verificará se a decisão judicial de indeferimento dos alimentos gravídicos teve como principal fundamento indícios insuficientes de paternidade, não condizente com o contexto atual, promovendo a medida judicial necessária para a defesa dos direitos violados".

* Mestranda em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Especialista em Crianças, Adolescentes e Famílias pelo IERBB/MPRJ. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Programa de Liderança Executiva para o Desenvolvimento da Primeira Infância pelo NCPI/Harvard (2018).

Palavras-chave: Ministério Público. Alimentos Gravídicos. Indícios de Paternidade. Feminismo.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Pregnancy Maintenance. Evidence of Paternity. Feminism.*

1. Introdução

> "A sociedade precisa parar de culpar as mães solos por decisões e reponsabilidades que são de duas pessoas e que acabam recaindo apenas sobre uma, a mãe (...) Precisamos olhar para as mães solos de forma diferente, com o respeito que elas merecem."
>
> Edsandra Dias

Desde 2008, passou a viger no Brasil a Lei nº 11.804 que disciplina o direito aos alimentos da mulher gestante. O artigo 2º da referida lei define o que são alimentos gravídicos: *os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes*.

Superada a dúvida sobre a atribuição do Ministério Público para a intervenção e pressupondo-se a legitimidade dos promotores de Justiça para oficiar na ação de alimentos gravídicos como *custos legis*, em proteção da mulher gestante, o presente trabalho buscará subsidiar um novo olhar que seja mais garantidor dos direitos econômicos das mulheres que buscam o apoio do Sistema de Justiça durante o período gestacional.

Na condição de promotora de Justiça de Família há quase 8 anos, tomei ciência de inúmeras decisões judiciais de indeferimento da tutela de urgência nas ações de alimentos gravídicos. Quase sempre, o indeferimento se revestia do argumento de suposta inexistência de indícios suficientes de paternidade do réu, apesar de provas juntadas na exordial pela parte autora.

Assim, percebi que, no momento inicial do processo judicial, a dúvida sobre a paternidade levava o julgador ao indeferimento do pedido de tutela de urgência, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 11.804/2008. Em consequência, passei a interpor recurso de agravo de instrumento, com fulcro nos artigos 178, II, 354, parágrafo único, 996, 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), conseguindo a reversão da decisão em algumas oportunidades.

O texto objetiva conferir aos membros do Ministério Público novas lentes que possibilitem uma mudança da cultura patriarcal na análise dos indícios exigidos na Lei nº 11.804/2008 pelos operadores do Direito, possibilitando que mulheres gestantes sejam financeiramente apoiadas nessa fase da vida.

2. A gravidez, mulheres e a primeira infância

Até o presente momento, são as mulheres (ou as pessoas com útero) que poderão gerar em nossa sociedade. Nas palavras de Vera Iaconelli, "seja a menina antes da menarca, seja a senhora a partir da menopausa, ambas viverão na expectativa ou de vir a gerar, ou no lamento por deixar de fazê-lo"[2].

A Lei nº 11.804/2008, intitulada "lei dos alimentos gravídicos", tem por escopo a proteção do nascituro em formação, sobretudo quando transbordam os conhecimentos científicos de que a gestação e os primeiros anos de vida são cruciais para o saudável desenvolvimento físico, mental, emocional e cognitivo do ser humano. Sabe-se que o cérebro se desenvolve e se adapta ao longo de toda a vida, porém a maior parte do seu desenvolvimento ocorre no período fetal e no período da primeira infância.[3]

Da última fase da gravidez até os primeiros anos de vida, a produção de circuitos e conexões neurais pode atingir o espantoso número de um milhão de conexões por segundo, sendo possível afirmar que "em nenhuma outra fase da vida a conexão neuronal é tão intensa como na primeira infância"[4].

Nessa toada, sobejam estudos no sentido de que a saúde da gestante repercute na saúde fetal. Especificamente quanto à nutrição, tem-se que os distúrbios nutricionais da gestante têm consequências para o feto, seja pelo baixo peso da mãe e carências específicas de nutrientes, que podem resultar em baixo peso no nascimento.[5]

Note-se que por conta da importância da saúde da mulher para a saúde da criança foi traçada uma Estratégia Global para a Saúde das Mulheres, das Crianças e dos Adolescentes pela Organização das Nações Unidas (ONU) com objetivo de melhorar a vida das gerações vindouras, aproveitando o ímpeto do movimento *Every Woman Every Child*, de forma a criar um ambiente propício para a saúde materna e das crianças e dos adolescentes, com enormes benefícios sociais, demográficos e econômicos.[6] Esta estratégia objetiva contribuir para o alcance dos Objetivos do Desenvolvimento

---

[2] IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade*: do infanticídio à função materna. São Paulo: Zagodoni, 2020, p. 42.

[3] KISIL, Marcos. FABIANI, Paula Jancso. *Primeira Infância: panorama, análise e prática*. São Paulo: IDIS – Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social, 2015, p.29

[4] *Da ciência à prática: os programas de apoio ao desenvolvimento infantil na América Latina*/ Coord. Andreia Peres e Marcelo Bauer. São Paulo: Cross Content, 2018, p. 8.

[5] FRANSCISQUETI, Fabiane Valentini *et al.* Estado Nutricional Materno na Gravidez e sua influência no Crescimento Fetal. Disponível em: https://www.ibb.unesp.br/Home/ensino/departamentos/educacao/estado_nutricional_materno_gravidez_sua_influencia_crescimento_fetal.pdf. Acesso em 19 ago. 2022.

[6] Estratégia Global para a saúde das mulheres, das crianças e dos adolescentes (2016-2030), 2016. Disponível em: https://www.everywomaneverychild.org/wp-content/uploads/2017/10/EWEC_Global_Strategy_PT_inside_LogoOK2017_web.pdf

Sustentável (ODS) para a promoção do pleno exercício de direitos para mulheres, crianças e adolescentes, tendo por objetivos "sobreviver", "prosperar" e "transformar".

Referida estratégia tem como fundamento o enfoque nos direitos humanos das mulheres à saúde bem como na equidade de gênero, de forma a possibilitar que mulheres tenham seus direitos garantidos e, consequentemente, tutelados os direitos de sua prole.

Compreende-se, portanto, o direito aos alimentos gravídicos no contexto do direito humano à saúde consistente no direito ao cuidado especial que a pessoa que gesta tem de micro e macronutrientes especiais para o bom desenvolvimento fetal; bem como da segurança econômica e financeira para a gestação.

Não são raros os casos em que a mulher grávida tem decréscimo em seus rendimentos profissionais, considerando que as condições do corpo podem comprometer por determinado tempo o trabalho, o estudo, ou seja, ser ativa no mercado de trabalho cada vez mais desafiador.

Sobre este tema, vejamos a pesquisa realizada em 2016 pela Fundação Getúlio Vargas sobre os impactos da licença maternidade no mercado de trabalho brasileiro. Os resultados indicam que a queda da participação da mulher no mercado de trabalho se inicia imediatamente depois do fim da licença maternidade. Além disso, os efeitos variam conforme a educação da mãe. Enquanto trabalhadoras com maior escolaridade sofrem perda de emprego de 35% um ano após o início da licença, a queda atinge 51% para as mulheres com nível de instrução mais baixo[7].

Relevante frisar que a pesquisa se lastreou em mulheres supostamente mais protegidas, inseridas no mercado de trabalho formal, com o direito à licença maternidade. Num país recordista de trabalhadores e trabalhadoras informais, sem direitos trabalhistas garantidos, presume-se que a desproteção às mulheres alcança patamares ainda mais dilacerantes.

Para Maria Berenice Dias, a melhor denominação da ação judicial seria "subsídios gestacionais", posto que ainda que não haja relação parental estabelecida, existe o dever legal de amparar a gestante[8].

Dessa forma, o Sistema de Justiça deve operar para construir as condições necessárias para a maternidade e a proteção da primeira infância. Cuidar da primeira infância é preocupar-se com quem cuida. No caso em análise, com quem gesta, garantindo-lhe os subsídios necessários para sua sobrevivência digna.

---

[7] MACHADO, Cecília. PINHO NETO, Valdemar. *The labor market consequences of maternity leave policies*: evidence from Brazil. 2016. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf. Acesso em: 17 ago. 2023.

[8] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 575.

3. A legitimidade do Ministério Público como *custos legis*

As atribuições do Ministério Público estão em constantes transformações desde os originários *procureurs du roi* que tinham como incumbência a tutela dos direitos patrimoniais da coroa. Segundo Alexander de Souza, a primeira referência aos tais *procureurs du roi* remontam ao ano de 1302[9].

Questiona-se, portanto, se o Ministério Público teria legitimidade para oficiar na ação de alimentos gravídicos como *custos legis* ou órgão interveniente, nos casos de mulher autora com capacidade civil plena.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1629423/SP delineou que os alimentos gravídicos visam ao auxílio da mulher gestante nas "despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro"[10].

Dessa forma, aparenta não existir dúvidas de que os alimentos gravídicos são direcionados à gestante, mas tem o condão de atender aos interesses do nascituro em formação, protegendo-se a fase pré-natal, crucial para o desenvolvimento humano adequado.

Sabemos que a lei brasileira resguarda os direitos do nascituro, desde a concepção (art. 2º, Código Civil), citando como exemplo os direitos sucessórios na partilha (art. 650, CPC). Não se está querendo dizer que o Ministério Público atuará como curador do ventre (*curator ventris*), numa perspectiva que somente reverencie o feto em formação, a despeito da mulher que está gerando.

Aduzo que a legitimidade para a atuação do Ministério Público pode ser encontrada na própria lei de alimentos gravídicos em seu art. 6º, parágrafo único: "após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor (sic) até que uma das partes solicite a sua revisão". Ou seja, há a potencialidade de que a ação seja titularizada pela criança a partir do seu nascimento com vida.

Carlos Roberto Jatahy, ao discorrer sobre a atribuição do Ministério Público para oferecer a ação de investigação de paternidade, com fundamento na Lei nº 8.560/1992, afirma que a legitimação extraordinária se sustenta na defesa de interesses individuais indisponíveis (questão de estado e filiação).

Nesse sentido, tomo emprestado tais fundamentos para alicerçar a atribuição do Ministério Público de intervir nas ações de alimentos gravídicos. Trata-se de direito individual indisponível relacionado à questão de direito à filiação nas ações de alimentos gravídicos, eis que o pedido principal se relaciona à imputação de paternidade a uma pessoa pela mulher gestante.

---

[9] SOUZA, Alexander Araujo de. *O Ministério Público como instituição de garantia*: as funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

[10] Superior Tribunal de Justiça. REsp 1628423/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., julg. 06.06.2017. DJe 22/06/2017, RSDF vol 103, p. 152.

Não tratarei com profundidade da hipótese do Ministério Público como eventual órgão agente. Registro, porém, o entendimento de que o *Parquet* não teria atribuição/interesse processual para ajuizar ação de alimentos gravídicos sem o necessário consentimento da mulher gestante.

4. Dos indícios de paternidade

A lei de alimentos gravídicos dispôs no artigo 6º, que o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, se convencido da existência de *indícios de paternidade*. As dúvidas começam a aparecer no momento da análise dos requisitos para a concessão do pleito de urgência, sobretudo em tempos *baumanianos* de relacionamentos líquidos[11].

Repare que o requisito do *fumus boni iuris* exigido para a concessão dos alimentos gestacionais foram amainados a "indícios de paternidade". Os melhores entendimentos da jurisprudência e da doutrina acenam que o exame dos alicerces do pedido não deve ser feito com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade de prova escorreita do vínculo parental quando o feto ainda se desenvolve no ventre materno.

De relatoria do Desembargador Rui Portanova, traz-se importante paradigma estabelecido em julgado para delinear a questão da concessão ou não dos alimentos gravídicos no caso concreto:

> [n]o impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um dever provisório e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário[12].

Ocorre que o prisma adotado pelo ilustre desembargador não é o correntemente utilizado pelos Juízes na análise da demonstração dos indícios de paternidade. Em rápida pesquisa nos julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), vê-se a profusão de provimentos em agravos de instrumento interpostos em face de decisões que não deferiram no primeiro momento os alimentos gravídicos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO (INDEX 02 DO ANEXO 1) QUE INDEFERIU A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. RECURSO

[11] Zygmunt Bauman foi um filósofo e escritor polonês que estudou as interações humanas modernas, detectando a fluidez dos relacionamentos, mais difusos e menos duradouros. Estabeleceu os conceitos de modernidade líquida, amor líquido e medo líquido. Informações disponíveis em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/zygmunt-bauman.htm. Acesso em 16 ago. 2023.

[12] TJRS, AI 70058933417, 8ª C. Cív., rel. Rui Portanova, j. 24/04/2014. Disponível em: < https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117927601/agravo-de-instrumento-ai-70058933417-rs/inteiro-teor-117927605>. Acesso em 01 dez.2020.

DA AUTORA AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO PARA CONCEDER A TUTELA DE URGÊNCIA, FIXANDO-SE OS ALIMENTOS PROVISÓRIOS GRAVÍDICOS EM 20% SOBRE OS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO RÉU, OU, INEXISTINDO VÍNCULO EMPREGATÍCIO, EM 30% DO SALÁRIO-MÍNIMO NACIONAL. No caso em exame, a Autora pleiteou fixação de alimentos gravídicos. No que se refere ao deferimento de tutela de urgência, trata-se de medida excepcional, que apresenta como requisitos a verossimilhança do direito do autor, bem como o perigo de dano irreparável, em caso de não atendimento imediato de sua pretensão, nos termos do artigo 300 do NCPC. O artigo 2º da Lei nº 11.804/2008 estabelece que os alimentos gravídicos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e [...] dela decorrentes, da concepção ao parto. Observa-se que as provas acostadas trazem indícios da paternidade atribuída ao Demandado. Verifica-se, assim, que o conjunto probatório, apesar de proporcionar cognição sumária, não exauriente, traz elementos que demonstram a verossimilhança do direito alegado pela Demandante, configurando a fumaça do bom direito. Com efeito, como registrou a Procuradoria de Justiça (index 49): Ora, considerando o conteúdo do vídeo apresentado no segundo link do doc. 27 dos presentes autos, no qual o agravado admite ser o genitor da criança, resta demonstrada a presença do fumus boni juris relativamente à paternidade atribuída ao Sr. Marcelo. Ao mesmo tempo, constata-se, ainda, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, vez que se trata de verba alimentar. Note-se que, nos termos do *caput* do art. 6º da Lei nº 11.804/2008, *bastam indícios de paternidade* para que, desde logo, sejam fixados alimentos. Insta ressaltar que a Autora informou, no index 53, o nascimento da infante, bem como que o Réu realizou o registro (index 54). *Assim, presentes os requisitos exigidos, cabível, por consequência, o deferimento da medida.* (Grifei).

(0064268-63.2020.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO - Julgamento: 27/05/2021 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE. TUTELA PROVISÓRIA. DEFERIMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS EM UM SALÁRIO-MÍNIMO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Segundo o disposto no art. 6º da Lei nº 11.804/2008, para concessão de alimentos gravídicos basta a comprovação de indícios da paternidade. 2. As provas existentes nos autos, em especial as conversas realizadas

por meio de aplicativo de mensagens, demonstram a existência de relacionamento entre a recorrente e o recorrido, que, em uma das mensagens, questionou à agravante se poderia escolher um dos padrinhos de seu filho. 3. Demonstrado os indícios da paternidade, é possível o deferimento dos alimentos provisórios. 4. Os alimentos devem ser fixados em observância ao binômio possibilidade-necessidade. 5. É suficiente para suprir as necessidades da agravante os alimentos em valor equivalente a um salário-mínimo, com possibilidade de revisão após a instrução processual, quando se terá melhor condições de aferir as possibilidades do alimentante. 6. Presença dos requisitos previstos no art. 300 do CPC e no art. 6º da Lei nº 11.804/2008. 7. *Recurso provido***.** (Grifei).

(0027812-80.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - Julgamento: 17/08/2021 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS GRAVÍDICOS PROVISÓRIOS. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA. INDÍCIOS DE PATERNIDADE DEMONSTRADOS. FOTOGRAFIAS E CONVERSAS POR APLICATIVO DE CELULAR. PROTEÇÃO AO NASCITURO DURANTE A GESTAÇÃO.

Recurso interposto contra decisão que, em ação de alimentos gravídicos, indeferiu a tutela antecipada para fixação de alimentos provisórios, sob o fundamento de inexistir indícios de que o réu seja o pai do nascituro. Autora anexou fotografias que demonstram a existência de relacionamento afetivo entre as partes, juntando, ainda, prints de conversas por aplicativo de celular em que o agravado reconhece a possibilidade de ser pai da criança gestada pela agravante. Artigo 6º da Lei nº 11.804/2008 que não exige prova, bastando a existência de indícios de paternidade, o que se verifica *in casu*. *Alimentos provisórios que se destinam à proteção da gestação, para que o feto se desenvolva de forma saudável.* Decisão recorrida que deve ser reformada. *Recurso conhecido e provido.* (Grifei).

(0001984-82.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 02/06/2021 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS.

> INDEFERIMENTO DE PLEITO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. IRRESIGNAÇÃO. ÍNDICIOS DA APONTADA RELAÇÃO DE PARENTESCO EVIDENCIADOS DA PROVA DOS AUTOS, EM ESPECIAL DAS CÓPIAS DE CONVERSAS MANTIDAS ENTRE AS PARTES NO APLICATIVO DENOMINADO WHATSAPP, NAS QUAIS SE DENOTA A MANUTENÇÃO DE RELAÇÃO AMOROSA ENTRE OS ENVOLVIDOS, BEM COMO O RECONHECIMENTO DA PROBABILIDADE DE O RÉU SER O GENITOR DA CRIANÇA. FIXAÇÃO CABÍVEL, COM FUNDAMENTO NO ART. 6º, DA LEI Nº 11.804/2008. CONVERSÃO EM ALIMENTOS EM FAVOR DO MENOR, CONSIDERANDO O SEU NASCIMENTO NO CURSO DA DEMANDA. DECISÃO REFORMADA. *RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO*. (Grifei).
>
> (0002512-19.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 13/05/2021 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)[13]

Indícios são circunstâncias que indicam que um fato existe, existiu ou existirá[14]. Quando a lei menciona indícios, não se exige convicção, certeza, nem prova cabal. E repete-se: a análise deste requisito não deve se descolar do contexto cultural vivido na sociedade, de relacionamentos fluidos, rápidos, mediante conversas por aplicativos e redes sociais.

O exame dos indícios sói ser realizado segundo o paradigma de que, na dúvida, deve-se prestigiar o apoio à gestação e, portanto, do nascituro. Isto porque está clarividente que a mãe e o nascituro representam a parte mais vulnerável da relação processual apresentada ao Juízo.

Assim, mister que se aplique na resolução das demandas de alimentos gravídicos, além da Lei 11.804/2008, o dispositivo bússola do artigo 227, *caput* da Constituição Federal (CF) e, também, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016). Convém destacar que interpretação dos §§ 3º e 4º do artigo 14, do referido marco legal, impõe que os órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescentes confiram prioridade às famílias que se encontrem em situação de vulnerabilidade, risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância. Além disso, deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsável, alimentação saudável, tudo com intuito de formação e consolidação de vínculos afetivos.

---

[13] Todas as ementas estão disponíveis no site do TJRJ: http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.17.0. Acesso em 24 ago. 2021.

[14] MEDEIROS, Flavio Meirelles. *No processo penal, convicção, indícios e provas são coisas diferentes*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/flavio-medeiros-conviccao-indicios-provas-sao-coisas-diferentes#:~:text=empreender%20nossa%20constru%C3%A7%C3%A3o.-,Ind%C3%ADcio%20%C3%A9%20a%20circunst%C3%A2ncia%20indicativa%20de%20que%20um%20fato%20existe,fato%20existe%2C%20existiu%20ou%20existir%C3%A1. Acesso em 17 ago. 2023.

O atendimento da demanda de alimentos gestacionais submetida ao Poder Judiciário revela, em última análise, orientação e formação sobre paternidade responsável, e possibilita priorização da família que se encontra em risco para o papel protetivo de cuidado.

Traz-se, ainda, para o exame do pedido de alimentos gravídicos, o objetivo fundamental da República de construção de sociedade solidária (artigo 3º, I, da CF). A prestação de alimentos pelo pai indicado afigura-se como concretização do princípio constitucional da solidariedade.

Nessa perspectiva, o receio na concessão dos alimentos gravídicos devido à característica de sua irrepetibilidade soa ilegal e, até inconstitucional.

A característica da irrepetibilidade dos alimentos, ou seja, a impossibilidade de devolução dos valores pagos a esse título, não pode ser alçada a patamar que impeça a proteção da maternidade e da primeira infância em formação. Do contrário, o julgador sobrelevará o bem patrimônio em detrimento dos bens vida e saúde da mãe e do nascituro.

Solução legal (em todos os sentidos da palavra) e criativa é inspirada na doutrina de Rafael Calmon para os casos em que o indivíduo que tem a guarda do filho arca com todas as despesas do sustento e promove anos mais tarde demanda com objetivo de receber parte do que foi gasto desde a concepção da criança. Para Calmon, nessa situação o genitor-provedor se coloca como gestor de negócios do genitor omisso "em relação a tudo que ele tenha fornecido ao filho em seu lugar"[15] e, portanto, aplica-se para a solução jurídica a norma prevista no art. 871 do Código Civil: "quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato".

Assim, para aplacar a ansiedade das mentes julgadoras acerca do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, é possível vislumbrar a aplicação de tal norma às hipóteses que possam ocorrer na ação de alimentos gravídicos em que o suposto pai, réu, não seja de fato o genitor biológico da criança após a prova obtida pelo exame do DNA (ácido desoxirribonucleico). O réu poderá se valer deste dispositivo e, posteriormente, pleitear o valor desembolsado àquele que realmente deveria ter apoiado economicamente a gestação. Dessa forma, preserva-se o princípio da irrepetibilidade dos alimentos e se possibilita o devido ressarcimento a quem prestou alimentos não sendo o genitor biológico.

5. Conclusão

O fato óbvio de que a mulher é quem engravida não pode ser menosprezado quando se constata a dificuldade de acesso aos alimentos gravídicos. Isso, porque a assimetria de gênero pode restar escancarada na chamada maternidade compulsória que exige comprovação segura da relação de paternidade.

[15] CALMON, Rafael. *Manual de Direito Processual das Famílias*. 2.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p.463.

Marcadores interseccionais de classe e raça atravessam essa questão e podem trazer ainda mais obstáculos. Mulheres com vulnerabilidade econômica terão ainda mais dificuldades a pleitear/formalizar a demanda por tais direitos em juízo, caso se operem exigências rígidas acerca da materialização dos denominados indícios de paternidade. Sobre esse desafio, Sueli Carneiro expôs com aguda precisão a desigualdade dos índices de mortalidade materna no Brasil entre mulheres brancas e negras, a partir de uma pesquisa realizada na cidade do Rio de Janeiro pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz):

> A conclusão do estudo é que existe tratamento diferenciado para gestantes negras e brancas expresso na menor atenção às primeiras. Essa desigualdade se manifesta numa variedade de procedimentos médicos, tais como: uso de analgesia de parto, ausculta de batimentos cardíacos do feto, medida do tamanho do útero durante o pré-natal, respostas às dúvidas durante o pré-natal, permissão de acompanhante antes e depois do parto[16].

Em interpretação sistêmica da Constituição Federal, do Marco Legal da Primeira Infância e da Lei dos Alimentos Gravídicos, proponho o brocardo *in dubio pro gestante*. Desse modo, havendo dúvida razoável sobre a existência da relação de paternidade biológica que imporá as responsabilidades legais de afeto, suporte financeiro, proteção e educação, essa dúvida deverá ser dirimida em favor da gestante: a mulher que abriga em seu corpo o feto em formação.

Um novo prisma de proteção deve ser utilizado para a atuação do Promotor de Justiça nas ações de alimentos gravídicos. A função de *custos legis* pode parecer somente burocrática e verificadora "neutra" dos requisitos exigidos pela lei. Defendo, porém, que como integrantes do sistema de Justiça e operadores do Direito, sejamos rede de apoio de quem cuida e que demanda do Poder Judiciário o suporte econômico para a fase gestacional.

Como visto, a Lei de Alimentos Gravídicos não arrola requisitos ou esgota os meios de prova da paternidade durante a gravidez. Refere tão somente que o juiz, convencido da existência de indícios da paternidade, fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré (art. 6º).

Na maior parte das vezes, a atuação do Ministério Público nas ações de alimentos gravídicos será posteriormente à decisão judicial que apreciou a tutela de urgência requerida pela gestante na petição inicial. Assim, eventual insatisfação com a decisão judicial deverá ser expressa pela via recursal do agravo de instrumento. E, como o tempo da gravidez e da primeira infância muitas vezes não dialogam

[16] CARNEIRO, Sueli. *Dispositivo de racialidade*: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023, p. 71.

com o tempo do processo, segue a sugestão de que seja articulado com o membro do Ministério Público do segundo grau o pedido de urgência para a apreciação e julgamento do recurso.

No parecer do promotor de Justiça ou no eventual recurso, além dos dispositivos legais já mencionados, possível colacionar a Resolução nº 470, de 31/08/2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que traz como diretriz para a Política Judiciária Nacional para a Primeira Infância, "a visão abrangente de direitos da criança na primeira infância envolvendo a atenção à gestante, aos pais, à família e a consideração da comunidade na qual está inserida" (art. 2º, I).

O direito das crianças nas primeiras infâncias, o direito das mães e o feminismo exigem dos operadores do direito releituras constantes de dispositivos aparentemente consolidados. Finalizo com a inspiração advinda de parte do poema de Gabriela Mistral: "muitas das coisas de que necessitamos podem esperar. A criança não pode esperar, é exatamente agora que seus ossos estão se formando, seu sangue é produzido, e seus sentidos estão se desenvolvendo. Para ela não podemos responder amanhã. Seu nome é Hoje"[17]

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008. *Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 15 ago. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1628423/SP, Rel*. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., julg. 06.06.2017. DJe 22/06/2017, RSDF vol 103, p. 152

CALMON, Rafael. *Manual de Direito Processual das Famílias*. 2.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

CARNEIRO, Sueli. *Dispositivo de racialidade*: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *RESOLUÇÃO Nº 470, DE 31 DEAGOSTO DE 2022*. Institui a Política Judiciária Nacional para a Primeira Infância. DJe/CNJ nº 212/2022, de 1º de setembro de 2022, p. 13-17. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4712. Acesso em: 21 ago. 2023.

[17] MISTRAL, Gabriela. Seu nome é hoje. Disponível em: https://poesiaspreferidas.wordpress.com/2013/10/12/seu-nome-e-hoje-gabriela-mistral/. Acesso em: 17 ago. 2023.

PERES, Andréia; BAUER, Marcelo (Organizadores). *Da ciência à prática:* os programas de apoio ao desenvolvimento infantil na América Latina/ Coord. Andreia Peres e Marcelo Bauer. São Paulo: Cross Content, 2018.

DIAS, Edsandra. Grávida, e agora? In: *Mães Pretas*: maternidade solo e dororidade. Thainá Briggs (org.) 2. ed. São Paulo: Conejo, 2021., p. 47-50.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANSCISQUETI, Fabiane Valentini *et al. Estado Nutricional Materno na Gravidez e sua influência no Crescimento Fetal*. Disponível em: https://www.ibb.unesp.br/Home/ensino/departamentos/educacao/estado_nutricional_materno_gravidez_sua_influencia_crescimento_fetal.pdf. Acesso em 19 ago. 2022.

IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade*: do infanticídio à função materna. São Paulo: Zagodoni, 2020.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público.* Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

KISIL, Marcos. FABIANI, Paula Jancso. *Primeira Infância*: panorama, análise e prática. São Paulo: IDIS – Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social, 2015.

MACHADO, Cecília. PINHO NETO, Valdemar. *The labor market consequences of maternity leave policies*: evidence from Brazil. 2016. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf. Acesso em: 17 ago. 2023.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. *No processo penal, convicção, indícios e provas são coisas diferentes.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/flavio-medeiros-conviccao-indicios-provas-sao-coisas-diferentes#:~:text=empreender%20nossa%20constru%C3%A7%C3%A3o.-,Ind%C3%ADcio%20%C3%A9%20a%20circunst%C3%A2ncia%20indicativa%20de%20que%20um%20fato%20existe,fato%20existe%2C%20existiu%20ou%20existir%C3%A1. Acesso em 17 ago. 2023.

MISTRAL, Gabriela. *Seu nome é hoje*. Disponível em: https://poesiaspreferidas.wordpress.com/2013/10/12/seu-nome-e-hoje-gabriela-mistral/. Acesso em: 17 ago. 2023.

Organização das Nações Unidas (ONU). Estratégia Global para a saúde das mulheres, das crianças e dos adolescentes (2016-2030), 2016. Disponível em: https://pmnch.who.int/resources/publications/m/item/global-strategy-for-women-s-children-s-and-adolescents-health-(2016-2030). Acesso em: 21 ago. 2023.

REZENDE, Milka de Oliveira. *Zygmunt Bauman*. In: Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/zygmunt-bauman.htm. Acesso em 22 de agosto de 2023.

SOUZA, Alexander Araujo de. *O Ministério Público como instituição de garantia*: as funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Desastre socioambiental – Ministério Público, Defesa Civil e a garantia de direitos

Zilda Januzzi Veloso Beck*
Gil Correia Kempers Vieira**
Alexandre Luís Belchior dos Santos***

Sumário

1. Introdução. 2. Objetivo. 3. Metodologia. 4. Desenvolvimento. 5. Resultado da interação institucional entre o Ministério Público e a Proteção e Defesa Civil e outros órgãos. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

* Pós-graduada em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especializada em Direito da Criança e do Adolescente pelo Instituto Superior do Ministério Público (ISMP). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Mestrando em Defesa e Segurança Civil pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduando em Ciência Política. Pós-graduado em Gestão Pública, Cidades Inteligentes: Tecnologia e Inovação. Pós-graduado em Gerenciamento Operacional nas Organizações. Especializado em Investigação e Perícia Criminal. Especializado em Perícia de Incêndios e Explosões. Graduado pelo Curso Superior de Bombeiro Militar. Especializado em Gestão Integrada de Desastres por Sedimentos pela JICA, Japão. Especializado em *Curso de Mapa de Risgos Naturales y Sistema de Alerta Temprano*, pela Escuela Nacional de Proteccion Civil, Madrid - Espanha. Graduado no Curso de Formação de Oficiais pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Oficiais e Licenciatura em Física. Ten. Cel. BM - Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro. Secretário Municipal - Secretaria Municipal de Proteção e Defesa Civil de Petrópolis/RJ.

*** Doctor en Ciencias de la Educación para el Faculdad Interamericana de Ciencias Sociales - FICS. Mestre em Defesa e Segurança Civil pela UFF. Pós-graduado em Gestão Estratégica das Organizações pela UESO. Graduado no Curso de Formação de Oficiais pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Oficiais do CBMERJ. Graduado no Curso Superior de Bombeiro Militar na Escola Superior de Bombeiros no RJ. Graduado no Curso Superior de Farmácia pela Universidade do Grande Rio. Professor no curso de Mestrado em Defesa e Segurança Civil da UFF. Docente na Fundação Educacional Rosemar Pimentel (Centro Universitário Geraldo Di Biase), em Nova Iguaçu/RJ. Professor Avaliador *ad hoc* do Inep / MEC. Diretor Técnico do Instituto Ecopreservar. Integrante da Associação Brasileira de Redução de Riscos A Desastres – ABRRD. Agente de Advocacy no Instituto Ecopreservar em ações e políticas públicas junto aos grupos e comunidades aos quais o Instituto assessora. Foi mentor do primeiro curso no Brasil na modalidade de Pós-graduação Lato Sensu em Defesa Civil e Engenharia de Meio Ambiente, onde atuou como Coordenador e Professor, nas Faculdades Integradas Silva e Souza- FAU/FISS, no Campus Tijuca/RJ. Foi Consultor de Defesa Civil da Prefeitura Municipal de Queimados/RJ. Foi Secretário Adjunto de Transportes e Diretor Administrativo e Financeiro da Companhia de Desenvolvimento do Município de Nova Iguaçu/RJ. Foi Diretor de Ensino e Comandante do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças - CFAP do CBMERJ. Foi Chefe da 5ª Seção do Estado Maior Geral do CBMERJ - Serviços Técnicos. Foi professor da disciplina "Gestão de Desastres" do Curso Superior de Bombeiro Militar – CSBM. Foi professor de Metodologia da Pesquisa do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais - CAO da Escola Superior de Bombeiro Militar - ESCBM do CBMERJ. Foi Diretor, à frente, em todo Estado do RJ, da Diretoria de Pesquisas, Perícias e Testes do CBMERJ. Em 2016, ingressou como voluntário no Centro de Assistência e Desenvolvimento Integral - CADI Brasil. Atuou, no Distrito Federal, como Assessor de Advocacy, junto ao seu presidente executivo, na eleição do CADI Brasil para o Conselho Nacional de Assistência Social CNAS. Em Curitiba/PR, atuou como colaborador na Gestão de Mobilização de Recursos do CADI Brasil. Participou como Gerente de Integração de Proteção e Salvaguarda dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos 2016, no Rio de Janeiro, onde foi o elaborador técnico de sua Política de Evacuação – relativa à segurança contra incêndio e pânico.

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de apresentar uma nova forma de observar a gestão de risco e o gerenciamento de desastres, buscando perceber a melhor integração entre agências, e, no caso específico deste trabalho científico, a relação direta entre a Proteção e Defesa Civil e o Ministério Público. Nesta nova perspectiva, o enfoque está na melhor garantia dos direitos fundamentais, uma vez que a Proteção e Defesa Civil trata de ações de desastres e de maneira direta está ligada ao Ministério Público no que tange à proteção dos direitos fundamentais das pessoas afetadas nas diversas formas de desastres socioambientais. Cabe salientar que esse novo enfoque tem uma nova forma de articular as agências em prol de uma melhor defesa dos direitos fundamentais das vítimas, mas com um viés de inclusão de ações de prevenção e mitigação de desastres.

Abstract

The present study aims to present a new way of observing risk management and disaster management, seeking to understand better integration between agencies, and in the specific case of this article, the direct relationship between cand the Public Ministry. In this new perspective, the focus is on better guaranteeing fundamental rights, since v deals with disaster actions and is directly linked to the Public Ministry in terms of protecting the fundamental rights of people affected by various forms of socio-environmental disasters. It is worth noting that this new approach has a new way of articulating agencies in favor of better defending the fundamental rights of victims, but with a bias towards including disaster prevention and mitigation actions.

Palavras-chave: Proteção e Defesa Civil. Ministério Público. Gestão de risco. Gerenciamento de Desastres. Gestão Pública de Desastres.

Keywords: *Civil Protection and Defense. Public ministry. Risk management. Disaster Management. Public Disaster Management.*

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo trazer uma nova perspectiva da gestão de risco e do gerenciamento de desastres, através da integração e articulação entre os órgãos de Proteção e Defesa Civil, comunidade e Ministério Público, numa ótica voltada para a garantia de direitos fundamentais.

Como instituições que buscam o ideal de reduzir número de mortos e afetados em desastres socioambientais, promovendo as ações previstas da Lei n.º 12.608/2012 e da Lei n.º 14.750/2023, os acidentes e desastres são um campo de atuação integrada entre o Ministério Público e os órgãos de Defesa Civil, hoje, de Proteção e Defesa Civil, possível e necessário, para que a prevenção, mitigação e a resiliência, sejam instrumentos de garantia de direitos.

De igual forma, a participação comunitária é imprescindível e de forma alguma pode ser alijada do processo de tomada de decisão, sobretudo, para que haja o fortalecimento das capacidades sociais, de modo que as ações de proteção e defesa civil sejam planejadas a partir da oitiva e necessidades dos destinatários, sob pena de ser ineficiente. A Proteção e Defesa Civil deve desenvolver um produto previsto em lei, que, de forma eficiente, promova o elo entre sociedade e poder público. Esse elo pode ser bem desenvolvido com apoio comunitário por meio dos chamados profissionais da área de núcleos de proteção e defesa civil (NUPDEC), que tem fundamentação análoga no Brasil (2012).

Abordam-se, também, a fragilidade do financiamento das medidas preventivas e de mitigação de risco e a importância dos fundos municipais de defesa civil e de seus conselhos, de acordo com SEGUIN (2012). Nesta ótica, não existe um sistema vertical e eficiente de repasse de recurso, tendo em vista a responsabilidade municipal em diversas ações, tais como prevenção e mitigação. É notória a responsabilidade municipal de aplicação de recursos nessas ações, mas, diante dos desafios, é praticamente impossível a solução desses zeugmas sem apoio de outros entes federativos.

Portanto, trata-se do desenvolvimento de uma cultura de resiliência e de algumas iniciativas bem-sucedidas no Município de Petrópolis, que serão abordadas neste estudo, as quais servirão de base para o olhar mais apurado nas ações municipais concernentes às grandes áreas relacionadas na pesquisa.

2. Objetivo

O objetivo deste trabalho é refletir em que medida o Ministério Público e a Proteção e Defesa Civil podem formar arranjos institucionais e comunitários para o fortalecimento de ações de prevenção, mitigação preparação, resposta e reconstrução, em matéria de desastres, sob o viés da garantia de direitos.

3. Metodologia

A metodologia aplicada é exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, utilizando-se da prática e estímulos à compreensão do tema no contexto do gerenciamento de riscos e dos desastres socioambientais (SEDREZ, 2013).

4. Desenvolvimento

4.1. O Ministério Público, o Meio Ambiente e a Proteção e Defesa Civil

O Ministério Público[1], segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

[1] Art. 127, da Constituição Federal

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

E é também a Constituição que, no art. 129, III, incumbe o Ministério Público da defesa do Meio Ambiente, além de outros direitos difusos e coletivos, dando-lhe instrumentos como o inquérito civil e a ação civil pública para a garantia destes direitos. Nesse contexto, insere-se o desastre socioambiental e gerenciamento de risco como viés de atuação dos Promotores de Justiça, sobretudo, dos Promotores de Justiça de tutela coletiva de meio ambiente e cidadania.

Na tutela do meio ambiente, o desastre surge como elemento de estudo e de atuação, na medida em que representa a completa desagregação do ambiente, atingindo não só os seus elementos naturais, ou construídos, mas sobretudo atingindo direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a segurança de pessoas. Nesta esteira é que as ações de prevenção e preparação devem ser vistas com tanta preocupação como as de resposta e reconstrução, de acordo com a Lei nº 14.750/2023. (BRASIL, 2023).

Assim, quando a Constituição protege o meio ambiente para que esteja equilibrado, como está posto no art. 225, o que está sendo protegido não é apenas a fauna, a flora, o ar, a água, o solo, ou até mesmo a cidade e suas funções essenciais, mas, primordialmente, está se garantindo o direito à sadia qualidade de vida das pessoas, desta e das futuras gerações. É a vida com qualidade do homem o bem de maior relevância e de maior proteção do direito ambiental. O que se quer dizer é que o homem é o centro da proteção ambiental.

Nesta esteira é que se entende o direito ambiental como direito humano fundamental de terceira geração. Para Fiorillo (2001)[2] o meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas; a pessoa humana é a destinatária do direito ambiental, o que não impede a proteção da vida em toda as suas formas. Diz o autor:

> Se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não é só o homem que possui vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental sendo certo que um bem, ainda que não seja vivo, pode ser ambiental, na medida em que possa ser essencial à sadia qualidade de vida do homem, uma vez que numa sociedade organizada este é o destinatário de toda e qualquer norma.

Entendido o meio ambiente de forma antropocêntrica, colocando-se o homem e sua dignidade como o centro da proteção ambiental, chegamos à conclusão que a dimensão ecológica e coletiva da dignidade humana exsurge no contexto da preservação da vida, da sadia qualidade de vida do homem.

[2] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. Saraiva. 2ª. ed. p. 15.

Desde Pico Della Mirandola, em sua obra "A dignidade do homem", passando por Kant, em "Fundamentação da metafísica dos costumes", a dignidade da pessoa humana é conceito submetido a constante transformação em razão da sucessão de acontecimentos históricos e mudanças sociais, econômicas e políticas. Nos tempos atuais, os valores ecológicos e a tutela ambiental ganharam indissociável relação com o princípio da dignidade humana. Um nível mínimo de qualidade ambiental é fundamental para a existência da vida humana com dignidade e para que nossa espécie possa desenvolver todo o seu potencial numa situação de bem-estar social e existencial[3]

Sarlet (2009)[4] menciona a dimensão coletiva como uma das dimensões da dignidade humana. Diz o autor:

> Mesmo sendo possível – na linha dos desenvolvimentos precedentes – sustentar que a dignidade da pessoa se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.

Neste diapasão, tendo-se em conta a missão constitucional do Ministério Público, guardião dos interesses sociais, não é difícil chegar-se à conclusão que as ações de proteção e defesa civil, preconizadas na Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, conforme as Leis nº 12.608/2012 e nº 14.750/2023 (BRASIL, 2012 e 2023), integram o conjunto de proteção de direitos fundamentais e que, por consequência, interagem com a atuação ministerial. Explica-se:

A proteção e defesa civil não se define em um órgão. Em verdade, a proteção e defesa civil é um conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais, reconstrutivas,

[3] DE SÁ, Octávio Augusto Machado. Dignidade humana em sua dimensão ecológica. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro%20Home/Downloads/unisantos_seer,+CAP8-135-154.pdf>. Acesso em: 14/02/2024.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang (org). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Livraria do Advogado. 2ª. ed. p.23/24.

destinadas a evitar ou minimizar os efeitos dos desastres socioambientais e provenientes de acidentes tecnológicos, além de restabelecer a normalidade social.

A Lei nº 12.608/12 conceitua a proteção e proteção e defesa civil como:

> Conjunto de ações de prevenção, de preparação, de resposta e de recuperação destinado a evitar ou a reduzir os riscos de acidentes ou desastres, a minimizar seus impactos socioeconômicos e ambientais e a restabelecer a normalidade social, incluída a geração de conhecimentos sobre acidentes ou desastres (Incluído pela Lei nº 14.750, de 2023).

Para a concretização destas ações, a Lei de Política Nacional de Defesa Civil estruturou um sistema (SINPDEC), cujo órgão central é a Secretaria Nacional de Defesa Civil, órgão vinculado ao Ministério de Integração Nacional, além de outros órgãos em nível nacional, estadual e municipal, como as Secretarias Estaduais e Municipais de Defesa Civil; O Conselho de Proteção e Defesa Civil; órgãos integrantes de políticas setoriais, entidades públicas e privadas e, por fim e não menos importante, as comunidades.

A Lei nº 12.608/12 dispõe:

> Art. 11. O SINPDEC será gerido pelos seguintes órgãos:
>
> I - órgão consultivo: CONPDEC;
>
> II - órgão central, definido em ato do Poder Executivo federal, com a finalidade de coordenar o sistema;
>
> III - os órgãos regionais estaduais e municipais de proteção e defesa civil; e
>
> IV - órgãos setoriais dos 3 (três) âmbitos de governo.
>
> Parágrafo único. Poderão participar do SINPDEC as organizações comunitárias de caráter voluntário ou outras entidades com atuação significativa nas ações locais de proteção e defesa civil.

Assim, muito embora o Ministério Público não esteja citado na Lei nº 12.608/12, expressamente, entre os integrantes do SINPDEC, forçoso é reconhecer que, por sua missão constitucional e considerando que as ações de proteção e defesa civil são voltadas para a garantia de direitos fundamentais, sobretudo socioambientais, parece claro que a instituição pode agir em conjunto com os órgãos de Proteção e Defesa Civil, na promoção de direitos e garantias fundamentais, sobretudo, aqueles que se referem à prevenção e mitigação de riscos de desastres.

Como se disse alhures, o Ministério Público tem a missão de garantir direitos fundamentais como a vida, a segurança, a saúde, o meio ambiente equilibrado, entre outros direitos coletivos e individuais indisponíveis, que estão incluídos nas ações de proteção e defesa civil, portanto, a instituição tem muito a contribuir, seja na esfera judicial, ou extrajudicial, para a temática desastres e redução de riscos.

Entende-se que proteção e defesa civil não é um órgão, mas, sim, um sistema e um dever de todos e todas as esferas. Assim, todos têm sua função, suas prerrogativas e suas atribuições. Hoje, entende-se ainda que a sociedade civil tem papel importante neste processo.

4.2. Os desastres socioambientais

A Classificação e Codificação Brasileira de Desastres (Cobrade), descrita na Portaria 260 do Ministério do Desenvolvimento Regional, de 2 de fevereiro, de 2022, é um rol do que se instituiu como desastres naturais e tecnológicos, subdividindo-os em grupos e subgrupos, com a sua tipologia e definição. Por exemplo: Grupo - Geológico. Subgrupo - Movimento de massa. Tipo - Deslizamento. Subtipo - Deslizamento de solo e/ou rocha. Definição - São movimentos rápidos de solo ou rocha, apresentando superfície de ruptura bem definida, de duração relativamente curta, de massas de terreno geralmente bem definidas quanto ao seu volume, cujo centro de gravidade se desloca para baixo e para fora do talude. Frequentemente, os primeiros sinais desses movimentos são a presença de fissuras, de acordo com DO NASCIMENTO (2022).

E como se define o desastre? A Lei nº 12.608/12, que estabelece a política nacional de proteção e defesa civil, com as alterações recentes tratadas na Lei nº 14.750/23, trouxe um conceito legal de desastre. Define a lei o desastre como:

> Resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis que causa significativos danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais; (Incluído pela Lei nº 14.750, de 2023).

Ora, sabendo-se que o desastre, no conceito legal, é o resultado do evento adverso (ameaça) e da vulnerabilidade, e que a ameaça natural não pode ser evitada, nos parece que o campo da prevenção e mitigação dos riscos de desastres, bem como o da busca da resiliência de uma cidade, através do fortalecimento de capacidades e redução de vulnerabilidades, sejam por ações estruturais e não estruturais, é uma tarefa que incube não só à Secretaria de Defesa Civil, mas à sociedade como um todo e, consequentemente, ao Ministério Público, defensor dos interesses sociais por determinação constitucional, segundo BECK (2022).

A Instrução Normativa MDR 36/20, conforme BECK (2022), define vulnerabilidade como a exposição socioeconômica ou ambiental de um cenário sujeito à ameaça

do impacto de um evento adverso natural, tecnológico ou de origem antrópica e ameaça como evento em potencial, natural, tecnológico ou de origem antrópica, com elevada possibilidade de causar danos humanos, materiais e ambientais e perdas socioeconômicas públicas e privadas.

Mais recentemente, a Lei nº 14.750/23 acrescentou à Lei nº 12.608/12 o conceito legal de vulnerabilidade, tratando-a como fragilidade física, social, econômica ou ambiental de população ou ecossistema ante evento adverso de origem natural ou induzido pela ação humana, incluído pela Lei nº 14.750/2023, conforme BRASIL (2023).

Frise-se que o desastre não necessariamente irá se desencadear em cenários de vulnerabilidade social e econômica, podendo acontecer mesmo em cenário onde há total ausência de fragilidade social. De qualquer forma, a vulnerabilidade deve estar sempre presente, ainda que somente sob o aspecto ambiental (vulnerabilidade geográfica, geológica, hidrológica etc.). O mega desastre da região serrana, em 2011, é um exemplo desta afirmação. Via de regra, ambas as vulnerabilidades (social e ambiental) se verificam no desastre e é por isso que a nomenclatura que nos parece mais apropriada é "desastre socioambiental".

O desastre, portanto, não é um fim em si mesmo, mas repisa-se, o resultado do evento (ameaça natural ou tecnológica) sobre um cenário de vulnerabilidade, que representa uma completa desorganização do território, comprometendo todas as funções sociais da cidade (art. 182, CF): a de habitar, a de circular (mobilidade), de lazer, de trabalho; compromete ainda serviços essenciais; sobrecarrega o sistema de saúde, e de assistência, ambiental, de habitação; destrói patrimônios, sonhos, famílias, vidas. Todas estas consequências do desastre estão no escopo de atuação do Ministério Público e da Proteção e Defesa Civil.

Se a premissa é a garantia de direitos fundamentais, em especial, a vida, não se pode pensar em atuação apenas no pós-desastre. A prevenção é um princípio caro do direito ambiental, já que o dano causado ao ambiente é, de regra, de difícil ou impossível reparação e, de igual modo, uma das fases do gerenciamento do risco de desastres.

Nesta linha de raciocínio, parece-nos que, se não se pode evitar a ameaça ou evento adverso (embora se possa identificar e monitorar a ameaça), há de se reduzir a vulnerabilidade, a exposição ao risco, aumentar a compreensão das comunidades sobre os perigos a que estão expostas, *i.e.*, sua percepção aos riscos.

Interessa tanto ao Ministério Público, como à Proteção e Defesa Civil, em especial à Secretaria de Defesa Civil, que os danos causados por desastres futuros tenham o menor impacto possível sobre a vida e propriedade dos habitantes, sobre as funções da cidade, sobre o meio ambiente, sobre a economia, entre outros tipos de desorganização gerada pelo desastre, permitindo-se, ainda, o restabelecimento da normalidade, no menor tempo possível.

Todavia, só se reduz os impactos do desastre sobre as pessoas e sobre a cidade, quando se executa medidas de prevenção e de mitigação de risco, sistematicamente;

quando se reduz vulnerabilidades e se aumenta a capacidade local de enfrentamento, de modo que a despeito da intensidade dos fenômenos, o número de mortos e afetados sejam os menores possíveis.

Eduardo Marandola Jr. e Álvaro de Oliveira D'antona (2014), citando HOGAN (2010), na obra Coordenada por CARMO e VALENCIO (2014), denominada Segurança Humana no contexto dos desastres, relembram que:

> Vulnerabilidade tem se apresentado como um conceito promissor neste sentido, por incorporar, para além das áreas e populações em risco, também suas capacidades e estratégias de enfrentamento de situações adversas, incorporando outros elementos além das condições materiais para a compreensão das situações das famílias e domicílios em risco. Mais do que isso, vulnerabilidade tem se mostrado um conceito heurístico para adensar o sentido de segurança e proteção na sociedade contemporânea, funcionando como seu reverso, permitindo assim que seu enfrentamento signifique a promoção de segurança e de sustentabilidade, no seu sentido virtuoso (HOGAN *et al*., 2010).

É intrigante observar no pós-desastre grande mobilização para as ações de socorro, para o restabelecimento dos serviços essenciais, planejamento de obras emergenciais para reconstrução, a fim de que a cidade possa voltar a ter suas funções essenciais restabelecidas, além de garantia assistencial e de saúde dos afetados.

Mas é no mínimo curioso constatar que o "calcanhar de Aquiles", *i.e*., a prevenção seja constantemente esquecida e, da mesma maneira, esquecidas as medidas de mitigação e de preparação para o desastre até que um novo evento ocorra. Entretanto, são estas ações que diminuirão, com o passar do tempo, a violação de direitos fundamentais. É a ressignificação do enfrentamento ao desastre que permitirá colocar o homem, sua vida, sua dignidade e seu patrimônio como centro das preocupações e das ações.

Relegar estas medidas a um segundo plano é uma incongruência, é um erro contumaz, já que prevenir é mais barato que reconstruir. Estima-se que, a cada 1 (um) dólar investido em prevenção e preparação do desastre, são economizados 3 (três) dólares em reconstrução. A ONU, por exemplo, já afirma que se economizam quatro dólares em estruturas resilientes, se comparada à reconstrução.[5] Os primórdios da legislação japonesa também contribuem para esse processo. KOBIYAMA (2004) relata que é possível comparar que, a cada R$ 1,00 gasto em prevenção e mitigação, são economizados R$ 50,00 em resposta e reconstrução.

[5] Disponível em:< Infraestrutura resiliente é quatro vezes mais econômica que reconstruir após desastres | ONU News> Acessado em: 12 de fevereiro de 2024.

Em projeções globais de mudanças climáticas e eventos extremos cada vez mais frequentes[6], há necessidade de se pensar mais em prevenção e mitigação que em resposta e reconstrução. No cerne da discussão das mudanças climáticas, os desastres ganharam importância por se tratar diretamente das consequências para os países afetados. O agravamento do quadro das mudanças climáticas, a aceleração do aquecimento global, as recentes ondas de calor extremo e a intensificação dos fenômenos de movimento de massa com causa nas chuvas intensas acendem um alerta não só para o Brasil, mas para o mundo todo. É preciso investir mais em prevenção e em mitigação do que em ações no pós-desastre.

Entretanto, ainda vemos, por meio empírico, tímidas as ações de prevenção e mitigação. De forma geral, o planejamento tem se voltado para medidas de resposta e reconstrução, assim como o financiamento de ações. É uma lógica que precisa ser invertida, não só por economicidade, mas sobretudo porque é com a prevenção, preparação e com a mitigação, repisa-se, que se evitará um maior número de mortos e afetados pelo desastre.

Neste campo de atuação, vemos infinitas possibilidades de ações que convergem para as missões da Secretaria de Defesa Civil e do Ministério Público, que podem salvar vidas, como por exemplo: identificação da necessidade de ampliação, preparo e fortalecimento das chamadas NUDECs ou NUPDECs; tangibilidade e eficiência dos planos de contingência com uma maior integração entre esferas de governo; estabelecimento da confiabilidade do sistema de monitoramento, alerta e alarme; rotas de fuga e pontos de apoio planejados para os usuários e com a participação da comunidade; educação ambiental voltada para prevenção de desastres; indução de políticas públicas e financiamento de ações; identificação de áreas não passíveis de ocupação, ou de expansão urbana em planos municipais de redução de risco, compatibilizadas com o plano diretor, entre outras.

Em todas estas ações, o Ministério Público pode ser um agente de transformação social em parceria e articulação com os órgãos de Proteção e Defesa Civil, fortalecendo-se mutuamente, principalmente em Municípios em que a Defesa Civil só é lembrada no momento do desastre.

Sobre a temática de financiamento de ações de prevenção e mitigação de riscos, vale mencionar que o Manual de Atuação intitulado "Desastres Socioambientais e Mudanças Climáticas produzido pelo CNMP (2024)" [7], pontuou grave falha no financiamento de ações preventivas. Como observado:

> O Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil (Funcap) possui natureza contábil e financeira e tem como finalidade custear, no todo ou em parte, ações de prevenção em

[6] Disponível em: <Fatos sobre a Emergência Climática | UNEP - UN Environment Programme>. Acessado em: 12 de fevereiro de 2024.
[7] Disponível em: <final_Mudanas-Climticas---MANUAL-v3.pdf (cnmp.mp.br)> Acessado em: 12 de fevereiro de 2024.

áreas de risco, bem como a recuperação de áreas atingidas por desastres que tiverem a situação de emergência ou o estado de calamidade pública reconhecidos.

Nesse caso, a lei prevê a transferência (de natureza obrigatória) de recursos do Funcap diretamente aos fundos constituídos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos.

É importante salientar que o Funcap, instituído originariamente pela Lei nº 12.340/2010, foi regulamentado posteriormente e de forma parcial pela Lei nº 12.983/2014. Contudo, ao revogar dispositivos da lei anterior, esse último diploma acrescentou que "o repasse de recursos do Funcap deverá observar o disposto em regulamento" (art. 9º, § 3º). Tal regulamento não chegou a ser editado até o lançamento do presente Manual, o que tem obstado a implementação do Fundo Nacional do ponto de vista prático e efetivo.

Paralelamente à necessária regulamentação mencionada, existe o fato de que, mesmo com previsão legal, não é possível contar com as dotações consignadas na Lei Orçamentária Anual (LOA) da União (orçamento já sofre com contingenciamento e está praticamente todo comprometido com ações de resposta, inclusive os créditos adicionais) ou com as doações (devido à falta de cultura de doação no Brasil). Assim, atualmente, o fundo não possui recursos.

Não bastasse, há fragilidade também no Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil, uma vez que é um conselho meramente consultivo, entretanto, a crítica saudável que fazemos, é que o Conselho precisa ser também deliberativo, há de ter poder de decisão.

Veja o Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020, em seu Art. 14. A CONPDEC é órgão colegiado de natureza consultiva, integrante da estrutura do Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, conforme BRASIL (2020).

Reafirma-se que a lógica de financiamento de ações de proteção e defesa civil para redução de riscos de desastres deve ser invertida para abarcar principalmente medidas de prevenção, conforme DUTRA, A.C.D.; M.; KEMPERS, G. C. V. (2022). Se não há financiamento para ações preventivas e mitigatórias, como reduzir risco? Ora, toda e qualquer ação tem um custo, por isso os órgãos de proteção e defesa civil precisam de fontes orçamentárias seguras para fazer frente ao cumprimento de todas as etapas do gerenciamento de risco.

Apenas para exemplificar, existem nas cidades, de modo geral, problemas estruturantes graves, como de ocupação desordenada em áreas suscetíveis a desastre, que precisam de investimentos. Dificilmente um Município de interior conseguirá

orçamento suficiente para financiamento de ações de mitigação, sobretudo quando o assunto for ocupação desordenada em múltiplas áreas, na medida em que as medidas urbanísticas de mitigação e de realocação são, de regra, custosas.

Até mesmo ações de planejamento e ordenação da cidade, de modo a impedir novas ocupações em áreas de risco (prevenção), dependem de custosos estudos e de planos importantes para integrar as revisões dos planos diretores, como instrumento de proibição de novas ocupações em áreas impróprias, aliada a uma fiscalização inteligente para coibir o desrespeito.

Nesta seara, a do financiamento, também se verifica a possibilidade de integração das Secretarias de Defesa Civil com o Ministério Público, em especial para criação das leis dos fundos municipais de defesa civil, de modo a possibilitar a transferência de recursos de forma habitual e, assim, o custeio de programas e projetos voltados para as ações de proteção e defesa civil.

Ainda que o fundo nacional não esteja regulamentado, a lei do fundo municipal pode prever outras fontes de receita, o que, certamente auxiliará nas medidas de mitigação e prevenção, além do que o fundo previamente instituído estará apto a receber transferência do fundo nacional, tão logo seja possível.

4.3. A desnaturalização do desastre

Frequentemente, na fase que sucede ao evento danoso, há a tentativa de se culpar a natureza, em especial, o ciclo hidrológico, pois, na maioria das vezes, ou é o excesso, ou é a escassez de água, a causa atribuída à maioria dos desastres naturais, conforme DUTRA, A.C.D.; BLAUDT, L. M.; KEMPERS, G. C. V. (2023).

Mas o desastre é conceituado como resultado de eventos adversos, naturais, tecnológicos ou de origem antrópica, sobre um cenário vulnerável, exposto a ameaça, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos, conforme DUTRA, A.C.D.; M.; KEMPERS, G. C. V. (2023).

Neste aspecto, não só a redução de vulnerabilidade social e ambiental devem ser levadas em consideração para a mitigação dos impactos do desastre sobre a vida das pessoas, mas também a necessidade de uma visão assertiva dos governos municipais para o desenvolvimento urbano adequado, na medida em que a população atual já é mais urbana que rural e está numa tendência de crescimento.

Neste sentido TAVARES e FERREIRA (2020):

> Considerar os impactos da precipitação como fenômenos unicamente naturais é, de certo, um equívoco, já que, o processo de urbanização acelerada e (des)organizado, acaba por criar condições potencializadoras desses impactos. Como bem coloca Monteiro (1991, p.9) "desabamentos de encostas não seriam calamitosos em nossas cidades se parte de seus habitantes não fossem induzidas a

> formas de urbanização espontânea, precária e em sítios perigosos". Nesse sentido, considerar o sítio urbano sobre o qual cidades são edificadas e recebem as intempéries climáticas é fundamental pois, "o espaço urbano identifica-se a partir do sítio mantendo relações íntimas com o ambiente regional imediato em que se insere TAVARES E FERREIRA (2020 p. 20).

Posto isto, por exemplo, a chuva intensa não pode ser considerada unicamente como causa eficiente do desastre. É uma das causas, mas não a única. O que se quer dizer é culpabilizar a natureza, não é um discurso admissível.

Assim, uma vez identificadas as ameaças e mitigadas as vulnerabilidades e a exposição ao risco, aliando-se a isto um melhor planejamento urbano, por consectário lógico, os impactos adversos de um desastre serão menos agressivos. Em outras palavras, ainda que os eventos climáticos extremos sejam mais intensos e frequentes em razão das mudanças climáticas, ainda assim, os danos humanos, materiais, ambientais e os prejuízos econômicos dele decorrentes serão menos expressivos.

Todavia, enquanto se continuar a culpar a natureza, políticas públicas, sobretudo a de proteção e defesa civil, não serão prioridade nos governos que se sucedem.

5. Resultado da interação institucional entre o Ministério Público e a Proteção e Defesa Civil e outros órgãos

Para além das medidas de prevenção e de mitigação, há de se pensar também no fortalecimento das capacidades locais. Formar comunidades resilientes, capazes de retornar ao seu equilíbrio após sofrer algum tipo de desastre é uma tarefa que não se consegue só através de medidas do Poder Público, mas de trabalho conjunto, integrado, entre o Poder Público e a coletividade.

A Organização das Nações Unidas (ONU) conceitua cidades resilientes como aquelas capazes de "resistir, absorver, adaptar-se e recuperar-se dos efeitos de um perigo de maneira tempestiva e eficiente, conforme DUTRA, A.C.D.; M.; KEMPERS, G. C. V. (2022).

A iniciativa MCR 2030 surgiu a partir da III Conferência Mundial da ONU sobre Redução do Risco de Desastres, realizada em Sendai, Japão (2015), com objetivo alcançar, ao longo dos próximos 15 anos "redução substancial nos riscos de desastres e nas perdas de vidas, meios de subsistência e saúde, bem como de ativos econômicos, físicos, sociais, culturais e ambientais de pessoas, empresas, comunidades e países", sendo então estabelecido o marco de SENDAI 2015/2030, de acordo com SILVEIRA, L. T. C. *et al.* (2013).

O objetivo do Marco de Sendai, embora focado na prevenção e redução dos riscos de desastres, acaba por contribuir com outro plano de ação global, a agenda 2030, em especial com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 11 (ODS11), em que se pretende "Desenvolver cidades e assentamentos humanos inclusivos,

seguros, resilientes e sustentáveis", através do envolvimento das lideranças locais e com mobilização de apoio aos países em desenvolvimento através da cooperação internacional para o fornecimento de meios de implementação de acordo com as suas prioridades nacionais, além da agenda urbana, de acordo com SILVEIRA, L. T. C. *et al*. (2013).

O Marco de Sendai (2015) traz sete metas para a avaliação do progresso global, que só serão alcançadas a partir do fortalecimento das lideranças e capacidades locais e que visam:

1) reduzir substancialmente a mortalidade até 2030;

2) reduzir substancialmente o número de pessoas afetadas em todo o mundo até 2030;

3) reduzir as perdas econômicas diretas por desastres em relação ao produto interno bruto (PIB) global até 2030;

4) reduzir substancialmente os danos causados por desastres em infraestrutura básica e a interrupção de serviços básicos, como unidades de saúde e educação, inclusive por meio do aumento de sua resiliência até 2030

Mas também tem por escopo aumentar substancialmente:

5) aumentar substancialmente o número de países com estratégias nacionais e locais de redução do risco de desastres até 2020;

6) intensificar substancialmente a cooperação internacional com os países em desenvolvimento por meio de apoio adequado e sustentável para complementar suas ações nacionais para a implementação deste quadro até 2030; e

7) aumentar substancialmente a disponibilidade e o acesso a sistemas de alerta precoce para vários perigos e as informações e avaliações sobre o risco de desastres para o povo até 2030.

Na busca pela resiliência, há um forte campo para atuação integrada da Proteção e Defesa Civil e do Ministério Público, entre estes e outras instituições e comunidades, sobretudo ante a perspectiva da redução do número de mortes e de afetados por desastres e na articulação das demais políticas setoriais envolvidas (saúde, assistência, habitação), através do fortalecimento das capacidades locais.

Não se pode esquecer, ademais, que o Ministério Público pode atuar não apenas em inquéritos civis e em ações civis públicas, mas também como indutor de políticas públicas, instaurando procedimentos administrativos e acompanhando a implementação destas políticas e neste viés pode contribuir muito na efetividade de direitos.

O tema desastre é complexo e multidisciplinar e o enfrentamento desse tema não pode ser fragmentado, sendo necessária coesão de ideias e de ações. Há necessidade de constante integração, de arranjos institucionais e comunitários no enfretamento da temática, sob pena de se avançar menos do que se poderia.

Exemplo simples e bem-sucedido em termos de capacidade social local é o fortalecimento das lideranças comunitárias para ações de proteção e defesa civil, através da criação e capacitação de núcleos comunitários de defesa civil (NUDECs ou NUPDEC´S).

Os NUPDECs são a evidência de que não só os governos precisam compreender os cenários de risco, as ameaças, as vulnerabilidades e a exposição, mas sobretudo quem vive nesse cenário, como forma de aumentar a capacidade social para a resiliência.

Exemplo de muito sucesso foi o utilizado em Petrópolis, com a criação do NUDEC do Vale do Cuiabá, onde a comunidade ativa contribui fortemente para as ações de proteção e defesa civil, conhecendo os riscos e articulando maneiras de autoproteção. Esse NUDEC vem se estruturando e fortalecendo a cada ano, a partir do desastre ocorrido na Região Serrana, no ano de 2011, conforme BECK (2023).

Mas, sem dúvida, o fortalecimento das capacidades locais também pode advir da união institucional. A título de exemplo de articulação e de novos arranjos institucionais, cabe compartilhar uma iniciativa do Instituto Estadual do Ambiente-RJ (INEA), em parceria com o Ministério Público do Rio de Janeiro.

A partir do desastre ocorrido na Região Serrana no ano de 2011, como mudança de paradigma para a gestão de risco e gerenciamento de desastres no país, as discussões francas entre o Ministério Público e a autarquia ambiental sobre a necessidade de mitigar impactos de cheia dos rios da região do Vale do Cuiabá, ante a degradação das encostas na região, o INEA desenvolveu um "projeto piloto", a partir de estudos técnicos para implementação de reflorestamento de áreas degradas, sobretudo áreas de Reserva Legal e áreas de proteção permanente (APP), visando diminuir carreamento de sedimentos para os cursos hídricos da região, conforme BECK (2023).

A iniciativa é sem dúvida uma inovação, na medida em que sempre se pensou em projetos de reflorestamento voltados para os tempos de escassez de água, ante os serviços ecossistêmicos das florestas, mas é uma novidade se pensar no reflorestamento como potencial regulador hidrológico nos tempos de excesso de água.

Pois bem, embora protagonizada pelo INEA (órgão ambiental), a iniciativa é evidentemente também uma ação de proteção e defesa civil e de construção de cidade resiliente, porque reflete na mitigação de risco de desastres, através de soluções baseadas na natureza.

Esse arranjo institucional envolvendo INEA e Ministério Público foi possível a partir de uma ação civil pública, que não encerrou o tema, mas abriu portas para o pensamento conjunto de possíveis soluções para o problema das encostas degradadas numa bacia hidrográfica redonda, portanto, suscetível a inundações.

Nesta linha, forçoso reconhecer que o fortalecimento das capacidades institucionais não é importante apenas para o enfrentamento do desastre no momento do evento, em especial pela execução de medidas planejadas e validadas em um plano de contingência para a resposta, mas, sobretudo, por medidas que antecedem ao evento, envolvendo as instituições e as comunidades, na mitigação, na prevenção, na preparação e na resiliência.

6. Conclusões

Ante a complexidade dos efeitos que os desastres trazem nas relações humanas, sociais, ambientais e urbanas, há a necessidade de constante integração das instituições para que não só o pós-desastre esteja no contexto do planejamento de ações, mas sobretudo, para as medidas de prevenção e mitigação, que devem ser alçadas como as medidas mais importantes a serem executadas para se evitar desastres, reduzindo custos e salvando vidas.

O Ministério Público, como guardião dos interesses sociais e garantidor de direitos coletivos fundamentais, pode e deve colaborar com as ações de proteção e defesa civil de forma antecipada e prudente, em prol da garantia de direitos, sobretudo num contexto de desastres e de redução de riscos, na medida em que o desastre afeta diversos direitos fundamentais.

Neste diapasão, a prevenção e a mitigação dos riscos são medidas que devem ter prioridade nas intervenções de proteção e defesa civil, não só por sua economicidade, mas por sua eficiência na diminuição de números de mortos e de afetados, invertendo-se a lógica do financiamento de ações, normalmente voltadas para ações de resposta e reconstrução. O foco dos investimentos deve estar em medidas que resultem em redução de vulnerabilidades e de exposição, colocando o ser humano e o respeito a sua dignidade como centro de toda e qualquer ação.

Os desastres são o resultado de um evento extremo sobre um cenário vulnerável, que desagrega e compromete as funções sociais da cidade, além de comprometer a segurança humana, logo, primordial o debate da integração de outros agentes, para além das Secretarias de Defesa Civil, visando o encontro de soluções para este problema estrutural grave, em busca do ideal de redução de número de mortes e de afetados.

Neste sentido o Ministério Público, a Proteção e Defesa Civil e os agentes das demais políticas setoriais envolvidas (saúde, assistência e habitação), por possuírem objetivos comuns, devem cada vez mais integrar-se para a compreensão do problema estrutural como um todo, sem fragmentações, para identificação das vulnerabilidades e possíveis soluções. Cabe também o desenvolvimento de uma cultura de resiliência e prevenção, que incluem ações nas escolas e universidades de forma a garantir o futuro desse processo de forma continuada, bem como celeiro de novas contribuições.

Além disso, o Ministério Público, mais do que um fiscalizador de ações, pode ser um parceiro da Proteção e Defesa Civil na implementação de políticas públicas que visam garantir a efetiva qualidade de vida da população.

Ainda sobre o tema dos desastres, refletiu-se sobre a nomenclatura "desastres naturais", entendendo-se melhor a utilização do termo "desastres socioambientais". Embora os desastres sejam classificados como naturais ou tecnológicos, a terminologia "desastres naturais" não reflete necessariamente o fenômeno, na medida em que outros aspectos como o processo de urbanização e de ocupação humana (meio ambiente artificial) contribuem significativamente para o número de mortos e afetados e, consequentemente, para a expressividade dos danos e prejuízos suportados pelo indivíduo, pela coletividade de pessoas, pelo ambiente e pela cidade. Portanto, mais adequada a terminologia "desastres socioambientais".

Conclui-se que o aumento da resiliência passa, em primeiro lugar, pelo fortalecimento das capacidades sociais e comunitárias. Aqueles que sofrem os efeitos do desastre devem estar no centro das discussões e envolvidos na tomada de decisão.

Referências bibliográficas

BECK, Zilda Januzzi Veloso. *Meio ambiente e cidades resilientes*: reflexões sobre o desastre em Petrópolis no ano de 2022. Revista da EMERJ, v. 24, n. 2, p. 202-216, 20

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Desastres Socioambientais e Mudanças Climáticas: manual prático para atuação do Ministério Público* / Conselho Nacional do Ministério Público. - 1. ed. - Brasília: CNMP, 2023.

_____. *Lei 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <L12608 (planalto.gov.br)> Acesso em: 12 fev. 2024.

_____. *Decreto n.º 10.593, de 24 de dezembro de 2020*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Disponível em: < D10593 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 fev. 2024.

_____. *Instrução Normativa MDR nº 36 DE 04/12/2020***.** Estabelece procedimentos e critérios para o reconhecimento federal e para declaração de situação de emergência

ou estado de calamidade pública pelos municípios, estados e pelo Distrito Federal. Disponível em: Instrução Normativa MDR nº 36 DE 04/12/2020 (normasbrasil.com.br)>. Acesso em: 12 fev. 2024.

_____. Ministério da Integração Nacional. *Política Nacional de Defesa Civil***.** Brasília: Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2007. 82p. Disponível em: <MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL (defesacivil.mg.gov.br)>. Acesso em: 12 fev. 2024.

_____. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Construindo Cidades Resilientes*. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/protecao-e-defesa-civil/cidades-resilientes. Acesso em: 12 fev. 2024.

CARMO, Roberto do e VALENCIO, Norma (org). *Segurança humana no contexto dos desastres*. São Carlos: RiMa Editora.2014.

CEMADEN, *Classificação e Codificação Brasileira de Desastres* (Cobrade).07. dez. 2017. Disponível em:< Classificação e Codificação Brasileira de Desastres (Cobrade) - Cemaden Educação>. Acesso em: 12 fev. 2024.

DE SÁ, Octávio Augusto Machado. *Dignidade humana em sua dimensão ecológica*. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro%20Home/Downloads/unisantos_seer,+CAP8-135-154.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2024.

DO NASCIMENTO, Bruno Santos. *Seleção e apresentação de informações contextuais em ambientes complexos*. (2022)

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* Saraiva.

DUTRA, A. C. D.; BLAUDT, L. M.; KEMPERS, G. C. V. *Cartografia de Risco Remanescente voltada ao desastre socioambiental de Petrópolis (fevereiro/2022)*: Procedimentos Geotécnicos para evacuação de áreas atingidas por movimentos de massa de grande magnitude. In: VI Congresso Internacional de Riscos, 2023, Coimbra. Riscos e Conflitos Territoriais. Das catástrofes Naturais às Tensões Geopolíticas. Coimbra: ©RISCOS ? Associação Portuguesa de Riscos, Prevenção e Segurança, 2023. p. 172-172.

BLAUDT, L. M.; DUTRA, A. C. D.; KEMPERS, G. C. V. Processos de Inundação no município de Petrópolis e soluções de gestão aplicadas pela Secretaria de Proteção e Defesa Civil. In: VI Congresso Internacional de Riscos, 2023, Coimbra. *Riscos e Conflitos Territoriais*. Das catástrofes Naturais às Tensões Geopolíticas. Coimbra: ©RISCOS ? Associação Portuguesa de Riscos, Prevenção e Segurança, 2023. p. 191-191.

KOBIYAMA, Masato *et al. Papel da comunidade e da universidade no gerenciamento de desastres naturais*. Simpósio Brasileiro de Desastres Naturais, v. 1, p. 834-846, 2004.

OLIVEIRA, Marcos de. Livro Texto do Projeto *Gerenciamento de Desastres - Sistema de Comando de Operações* – Florianópolis: Ministério da Integração Nacional, Secretaria Nacional de Defesa Civil, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro

Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres, 2009. Disponível em:< Manual-de-Gerenciamento-de-Desastres.pdf (ufsc.br)>. Acesso em: 12 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade***.** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Livraria do Advogado. 2ª. ed. p.23/24.

SÉGUIN, Elida. *A lei de defesa civil*: algumas considerações. Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença, v. 9, n. 1, p. 207-230, 2012.

SILVEIRA, L. T. C. *et al. O Marco de Sendai, a agenda dos objetivos sustentáveis e os princípios do SUS visando a gestão de desastres em épocas de emergência de saúde pública pelo COVID-19. 2021*.

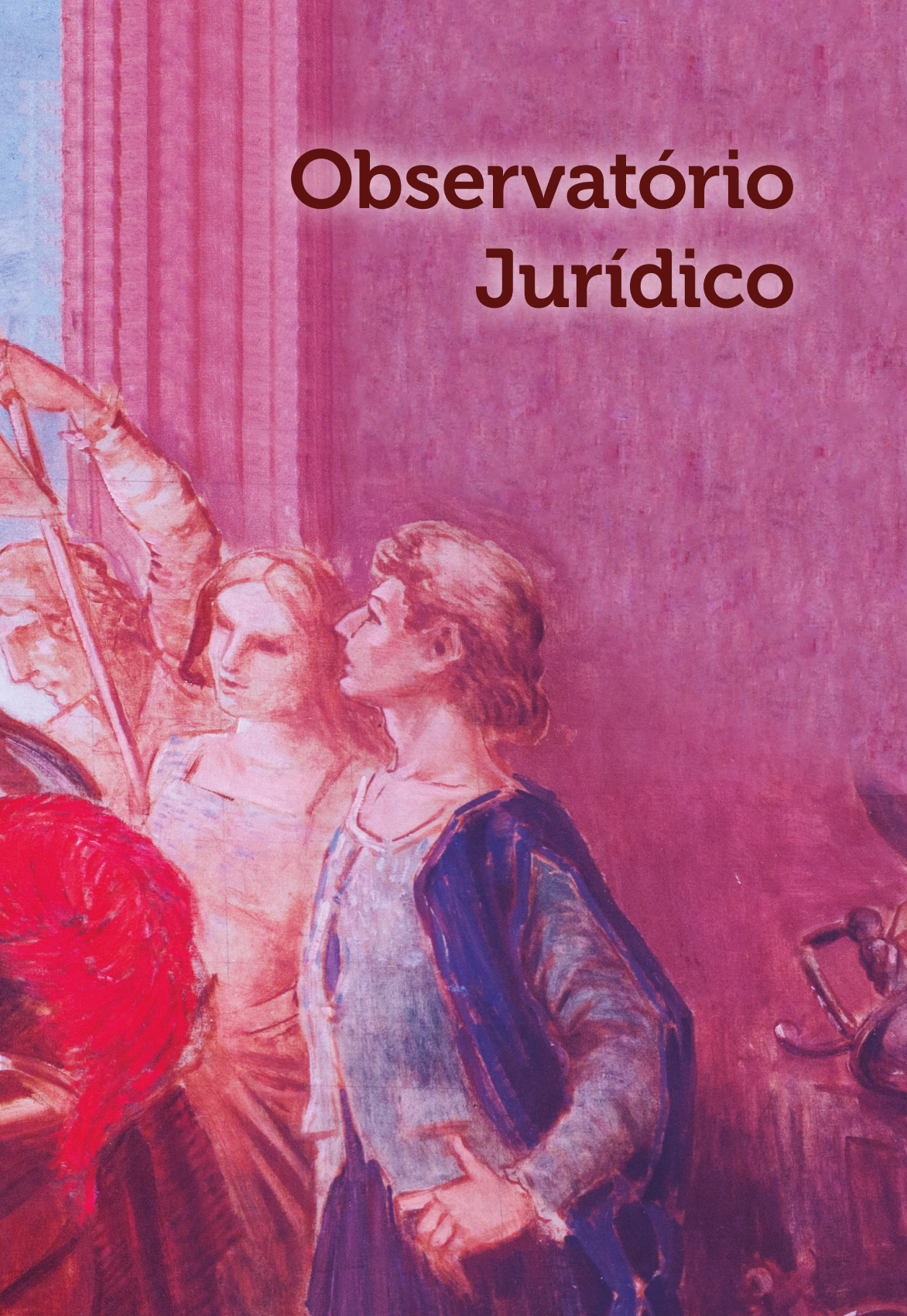
SEDREZ, Lise. *Desastres socioambientais, políticas públicas e memória–contribuições para a história ambiental*. Migrações e natureza, p. 185-202, 2013.

TAVARES, Camila de Moraes Gomes e FERREIRA, Cássia de Castro Martins. *A relação entre a orografia e os eventos extremos de precipitação para o município de Petrópolis- RJ*. Revista Brasileira de Climatologia. Ano 16. Vol. 26, jun. 2020.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



O Estado de Direito sustentável

Emerson Garcia*

Constituições compromissórias, como a brasileira, ao reconhecerem e apregoarem a coexistência de bens e valores diversificados e, não raro, aparentemente incompatíveis, assumem feições instrumentais e simbólicas. Na perspectiva instrumental, criam estruturas orgânicas, definem processos e preveem comandos, hipotéticos ou categóricos, direcionados à disciplina sociopolítica. Na perspectiva simbólica, presente na base axiológica subjacente à Constituição, permitem que esses valores hajam sobre a sociedade e sejam influenciados pelos valores sociais em uma relação de osmose recíproca. Constituições dessa natureza são campo fértil para construções teóricas em torno da sustentabilidade.

Em poucas palavras, sustentável significa manter ou evoluir sem descaracterizar. É comum pensarmos em sustentabilidade na perspectiva da coexistência de bens ou valores, particularmente sob os pilares da sustentabilidade social, ambiental e econômica. A atividade econômica desenvolvida por uma corporação não pode descurar de sua responsabilidade social; o desenvolvimento econômico deve evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente, sentido, aliás, que popularizou a expressão desenvolvimento sustentável.

Em uma perspectiva mais ampla, podemos associar a sustentabilidade à necessidade de preservação de quaisquer bens e valores, que mantenham entre si uma influência recíproca, de modo que coexistam e avancem conjuntamente, apesar de serem potencialmente colidentes. É o que ocorre, por exemplo, com os referenciais de livre iniciativa e valores sociais do trabalho; liberdade de expressão e honra etc.

Curiosamente, a concepção de sustentabilidade, apesar de largamente utilizada no desenvolvimento da atividade econômica e na sua correlação com outros bens e valores, especialmente aqueles de viés social e ambiental, não fora prevista, com essa estrutura semântica, pela Constituição da República. Obviamente, deveria ser considerada princípio implícito de um sistema que apregoava a coexistência de bens e valores aparentemente incompatíveis entre si, o que exigia esforços do intérprete para proceder à sua concordância prática. Isto deveria ocorrer no momento em que as normas constitucionais se projetavam na realidade, de modo a evitar, tanto quanto possível, que uma delas fosse integralmente subjugada pela outra.

* 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).

Em sua redação original, a ordem constitucional utilizou o verbo sustentar em uma única ocasião, ao apregoar o dever de o Presidente e o Vice-Presidente da República jurarem "sustentar a União", de modo a evitar a sua secessão. O sentido ora analisado, à evidência, é outro.

Somente com as reformas promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 109/2021 e 132/2023 os significantes *sustentabilidade* e *sustentável(eis)* passaram a ser empregados, e o foram em oito ocasiões: (a) art. 43, §4º – a concessão de incentivos regionais, tanto quanto possível, deve observar a sustentabilidade ambiental e a redução das emissões de carbono (EC nº 132/2023); (b) art. 159-A – a aplicação dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional deve observar a sustentabilidade ambiental e a redução das emissões de carbono (EC nº 132/2023); (c) art 163, VIII e parágrafo único – lei complementar deve dispor sobre a sustentabilidade da dívida, especificando indicadores de sua apuração; níveis de compatibilidade dos resultados fiscais com a trajetória da dívida; trajetória de convergência do montante da dívida com os limites definidos na legislação; medidas de ajuste, suspensões e vedações; e planejamento de alienação de ativos com vistas à redução do montante da dívida; podendo ainda autorizar a aplicação das vedações previstas no art. 167-A (*v.g.*: reajustes remuneratórios, alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa, admissão ou contratação de pessoal etc.) – EC nº 109/2021; (d) art. 164-A, *caput* – os entes federativos devem conduzir suas políticas fiscais de forma a manter a dívida pública em níveis sustentáveis (EC nº 109/2021); (e) art. 164-A, parágrafo único – elaboração e execução de planos e orçamentos – compatibilidade dos indicadores fiscais com a sustentabilidade da dívida – EC nº 109/2021; (f) art. 165, §2º – a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), que compreende as metas e prioridades da administração federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas em consonância com trajetória sustentável da dívida pública (EC nº 109/2021); (g) ADCT, art. 92-B, §2º – o Fundo de Sustentabilidade e Diversificação Econômica do Estado do Amazonas deve fomentar o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas no Estado (EC nº 132/2023); e (h) ADCT, art. 92-B, §6º – o Fundo de Desenvolvimento Sustentável dos Estados da Amazônia Ocidental e Amapá deve fomentar o desenvolvimento e a diversificação das atividades econômicas no Estado (EC nº 132/2023).

Como se constata, a sustentabilidade, na forma como foi estruturada pelo poder reformador, teve especial preocupação com os aspectos fiscais e econômicos da atuação estatal, de modo que opções políticas do presente prestigiem certos bens e valores de estatura constitucional, como o meio ambiente, bem como que a dívida pública seja mantida em patamares que não impeçam as maiorias ocasionais, no futuro, de adotar suas próprias opções políticas.

Temos, agora, regras e princípios expressos, que coexistem com o princípio implícito de sustentabilidade, há muito presente em nossa Constituição compromissória.

Retrocesso econômico e revogação da desoneração da folha[1]

O governo gasta mal e pretente economizar da pior forma ao atingir o próprio desenvolvimento com perspectiva de demissões

Ives Gandra da Silva Martins*

A derrubada de veto do projeto de lei aprovado sobre desoneração da folha de pagamento (PL 334/23), por maioria absoluta (mais de 50% dos parlamentares do Congresso Nacional), garantiu às empresas e às prefeituras, até 2027, um regime assegurador de empregos, desenvolvimento econômico e governabilidade de municípios.

O Congresso, representando 156 milhões de eleitores, ou seja, a totalidade das correntes políticas, com oposição e situação nele com assento, atendeu, na sua competência exclusiva de legislar, os anseios do povo.

A Suprema Corte, eleita por um homem só, através de um único ministro, todavia, suspendeu a vontade do povo manifestada por seus representantes, a pedido do Presidente da República que, por sua vez, tem demonstrado fantástica capacidade de gastar aleatoriamente, gerando déficits permanentes nas contas públicas.

Essa vocação de gastar sem se preocupar com o equilíbrio das finanças estatais tem sido duramente criticada pela imprensa, pelas agências de *rating* e pelo Banco Central, visto que, pela falta de equilíbrio financeiro, resta ao Brasil o combate à inflação apenas pelo remédio amargo da política monetária e juros elevados.

O governo federal, todavia, gasta mal e pretende economizar à custa do sacrifício do setor privado que mais emprega, assim como da geração de descompasso orçamentário em grande número de municípios.

Gasta mal e pretende economizar da pior forma ao atingir o próprio desenvolvimento com razoável perspectiva de demissões elevadas, cujos desempregados tenderão a ser sustentadas pelo Bolsa Família. Propõe, portanto, a redução de empregos e o aumento de dependentes do erário.

Apesar de a Suprema Corte, com sete ministros indicados pelo Partido dos Trabalhadores, já ter sinalizado que manterá a decisão interventiva na lei do Congresso Nacional, e de nenhum dos bons juristas ser economista de expressão naquela Corte, está legislando mais uma vez no lugar do Poder Legislativo.

---

[1] Artigo originalmente publicado no jornal "Estadão", Caderno Opinião, em 10/maio/2024.

* Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP. Professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifieo e UNIFMU, do CIEE do Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Ecme), Superio de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região.

Resta sempre a esperança de que o próprio presidente da República reconsidere sua posição e, em conjunto com o Parlamento, reformule seu entendimento em medida provisória, restabelecendo o decidido no Congresso e enterrando a deletéria pretensão que afeta empresas, municípios e, principalmente, trabalhadores.

Talvez, ao perceber a prejudicial atitude do Executivo, seus ministros da área econômica possam mostrar que, até politicamente, em face das próximas eleições municipais, seu posicionamento tem que ser mudado!

Quando me lembro do saudoso amigo Roberto Campos, que em frases gráficas definia situações, não poucas vezes penso em seguir suas manifestações, parafraseando-as. Por isso, termino este artigo com esta apropriação de sua visão para o Brasil de hoje. É que ao ver todos os erros contra o desenvolvimento do País que o veto presidencial e seu recurso ao Supremo Tribunal Federal (STF) provocaram, sou obrigado a reconhecer que "a incompetência no Brasil tem um passado glorioso e um futuro promissor".



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Refletindo sobre o *fanatismo religioso* e seus efeitos negativos no processo eleitoral brasileiro

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução: A influência negativa do *fanatismo religioso* na democracia. 2. Espiritualidade e religiosidade como fenômenos comunicantes entre si. 3. O abuso de um *quase poder religioso* no âmbito do Direito Eleitoral pátrio. 4. Conclusão: A sabedoria de Jesus. Referências

Resumo

O propósito deste artigo é refletir sobre a influência da religião na subjetividade do eleitor, quando submetido ao abuso de um *quase poder religioso* exercido por candidatos e pregadores na busca de votos.

Abstract

The purpose of this article is to reflect upon the religion´s influence on the voter's subjectivity, when submitted to an almost religious power exerted by candidates and preachers in search of votes.

Palavras-chave: Religião. Espiritualidade. Direito Eleitoral. Voto. Eleitor. Abuso. Poder religioso.

Keywords: *Religion. Spirituality. Electoral Law. Vote. Elector. Abuse. Regious power.*

1. Introdução. A influência negativa do *fanatismo religioso* na democracia

Fato notório, nos dias de hoje, é a importância que a religião, principalmente as de denominação cristã, vem ganhando, como um verdadeiro poder paralelo, no processo eleitoral de nosso país. Observe-se que o Brasil adota a laicidade como princípio ideológico inquestionável insculpido na Constituição Brasileira de 1988, como bem resumido pelo jurista Emerson Garcia:

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inativo. Vice-Diretor da Revista de Direito do MPRJ. Professor de Direito da PUC-RIO.

> Considerando que o preâmbulo da Constituição de 1988 possui um caráter meramente introdutório, a invocação divina em nada compromete o caráter laico do Estado brasileiro, que garante a liberdade religiosa em seu aspecto dúplice: o direito de professar e o de não professar uma crença. (Garcia, 2023: 106)

Esse *quase-poder religioso* tem sido exercido de forma sutil e abusiva em cultos e missas, fundamentando processos que são submetidos à apreciação da Justiça Eleitoral, pelo desequilíbrio que acarreta na disputa entre candidatos a cargos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

O que me vem à mente, neste exato momento, é a história bíblica, narrada no Antigo Testamento, tendo como figura central o "bezerro de ouro" esculpido pelos filhos de Israel enquanto Moisés recebia de Deus as tábuas de pedra com os Dez Mandamentos. E o tardar do grande profeta em descer do Monte Sinai acirrou o desespero do povo em fuga, surgindo em cena o personagem Arão. Esse episódio serve de metáfora para traduzir a impaciência e a carência de seres-humanos, em situações precárias de existência, na busca de um apoio imaginário que satisfaça as suas psiques e lhes deem esperança de uma vida melhor. Vale a pena transcrever os primeiros versículos gravados em Êxodo 32:2-4:

> 2. E Arão lhes disse: Arrancai os pendentes de ouro, que estão nas orelhas de vossas mulheres, e de vossos filhos, de vossas filhas e trazei-os a mim.
>
> 3. Então todo o povo arrancou os pendentes de ouro, que estavam nas suas orelhas e os trouxeram a Arão.
>
> 4. E ele os tomou das suas mãos e trabalhou o ouro com um buril e fez dele um bezerro de fundição. Então disseram: Estes são teus deuses, ó Israel, que te tiraram da terra do Egito. (Almeida: 2021, 145)

Templos religiosos de seitas diversas assumem o papel de materializar, na época atual, "bezerros de ouro" que, amamentados por pregadores e políticos mal-intencionados, ávidos por mais poderes econômico e político, produzem, de maneira inescrupulosa, verdadeira lavagem cerebral em mentes facilmente manipuláveis por força de uma verborragia enganosa e fantasiosa. São típicos arautos do fanatismo religioso.

Apenas à guisa de exemplificação, em um grau mais elevado desse fanatismo, assistimos perplexos a ataques terroristas covardes perpetrados por grupos assassinos que não se limitam a exterminar seres humanos, mas que ultrapassam a fronteira da barbárie, submetendo mulheres a estupros e crianças à decapitação. Karen Armstrong ao analisar o "fundamentalismo", assinala que:

> Os que cometem tais horrores constituem uma pequena minoria, porém até os fundamentalistas mais pacatos e ordeiros são desconcertantes, pois parecem avessos a muitos dos valores mais positivos da sociedade moderna. Democracia, pluralismo, tolerância religiosa, paz internacional, liberdade de expressão, separação entre Igreja e Estado – nada disso lhes interessa. (Armstrong, 2000:9).

Pretendemos focar nesse breve artigo, um tipo de *abuso* que não chega ao nível perverso da violência física, mas que tem o condão de contaminar mentes já enfraquecidas pelas agruras de uma vida cotidiana sem perspectivas e que acabam encontrando, na "religião", uma cura ou, pelo menos, uma mitigação de seus males. Entram em cena os inescrupulosos "políticos" que, de forma abusiva, apelam para o *sobrenatural*, investindo altas somas de dinheiro visando apaziguar, ainda que temporariamente, as necessidades materiais básicas de um rebanho de seguidores que, certamente, lhes darão em troca os seus votos. Abordaremos, também, adentrando a esfera jurídica, a evolução negativa desse *quase-poder religioso* a ponto de a Justiça Eleitoral já considerá-lo, desde que alinhado ao *poder econômico*, forma de *abuso* ensejador de ação eleitoral para punição dos responsáveis.

O filósofo coreano Byung-Chul Han define o poder como *jogo estratégico* e acrescenta que:

> Nada lúdica é a cobiça por mais e mais que, segundo Heidegger, é característica do poder: 'O próprio poder é apenas na medida e enquanto for um querer ter-mais-poder. Assim que essa vontade deixa de existir, o poder já não é mais poder, mesmo que o dominado ainda o tenha pela violência.

E, mais adiante:

> Heidegger sempre retoma as palavras de Nietzsche: "o que o homem quer, o que cada mínima parte de um organismo vivo quer, é um plus de poder." (Han, 2023: 94-95)

2. Espiritualidade e religiosidade como fenômenos comunicantes entre si

Penso que *espiritualidade* se constitui numa forma de consciência elevada que pode nos conduzir, não a respostas certeiras acerca de todas as nossas dúvidas metafísicas, mas a um lugar privilegiado de luz onde conseguimos apaziguar a mente em relação a temas inquietantes, como, *v.g.*, a existência de um Deus único, a imortalidade da alma e o próprio sentido da vida neste planeta. A espiritualidade não nos conduz, obrigatoriamente, à prática de uma religião. Pode-se perfeitamente

apelar para os grandes filósofos e é possível que cheguemos até mesmo à conclusão de que tudo é matéria e aquilo que a ciência ainda não explica é puro misticismo e fruto do imaginário. Muitos pensadores colaboraram para o *pensamento niilista*, destacando-se os filósofos Nietzche, Schopenhauer e Sartre, incluindo-se, também, nesse rol o escritor Dostoievski. Nietzche chega a afirmar que "Deus está morto".

Entretanto, colocando-se a *espiritualidade* como fato comprovado, constata-se que ela se interrelaciona com a *religiosidade*. Como bem assinalado por C.G. Jung:

> A espiritualidade se refere a todas as formas de religiosidade, independentemente de confissões e igrejas, e é tida hoje como o conceito superior que abrange uma pluralidade de fenômenos religiosos. Sínteses e associações novas, orientais e ocidentais, surgem em muitos lugares. Para Raimon Panikkar, a palavra "espiritualidade" é "uma reação branda à calcificação das religiões". (Jung, 2015: 12)

A religiosidade se torna um *quase-poder* quando ela passa a interferir de forma insidiosa e contundente na vida de uma pessoa, no seu subjetivismo mais íntimo, culminando, em seu grau mais extremado, no *fanatismo*. Determinadas *seitas religiosas* adotam sistemas teológicos próprios e treinam seus pregadores para práticas religiosas diversas. Nos rituais, palavras e gestos são planejados e executados sob medida, causando na "plateia" cenas de histeria seguidas por "curas milagrosas", perfeitamente explicáveis pela ciência. O "descarrego", por exemplo, é utilizado para exorcizar energias negativas de fiéis dominados pelo maligno.

Obviamente, não se pode generalizar as práticas religiosas com esse tipo de conteúdo doentio. Sob uma ótica mais abrangente, missas e cultos são acontecimentos que reforçam a fé e que celebram o sagrado por meio de rituais adornados por textos bíblicos e músicas evangélicas.

Apenas como nota ilustrativa, Nietzche, apesar de seu posicionamento niilista, enalteceu o Budismo por conceituá-lo como prática mais psicológica do que efetivamente religiosa. O sacerdote e poeta, de origem judaica, Norman Fischer afirma que:

> O ensinamento básico do budismo, desde sua origem, começa com uma sacada desconcertantemente simples: a vida é essencialmente insatisfatória e inevitavelmente cheia de sofrimento. No entanto, apesar disso, cultivar um caminho completo de prática espiritual pode acabar com a insatisfação e o sofrimento. As tradições teístas começam com concepções imaginativas do cosmos – um deus onipotente criando, do nada, este mundo decaído. Como uma religião não teísta, o budismo começa no polo oposto – a dor humana e a necessidade de compreendê-la e superá-la. (Fischer, 2021: 22).

No entanto, o escopo deste breve estudo é o de colocar em evidência o aspecto negativo do *poder religioso*, ou seja, aquele que fanatiza, que vicia, que escraviza, não sendo indispensável que esse poder se revista de violência ou de coação, mas de sutileza, de persuasão, de convencimento. Como bem assinalado pelo filósofo Byung-Chul Han:

> É uma crença equivocada que o poder atue apenas pela repressão ou pela destruição. Mesmo como meio de comunicação, o poder zela para que a comunicação *flua* de maneira veloz em uma determinada direção. Os que estão submetidos ao poder são usados (embora não necessariamente coagidos) para adotarem a decisão do poderoso, ou seja, aquilo que ele escolher fazer. O poder é a "possibilidade" de "aumentar a probabilidade de realização de associações improváveis de decisão". Ele controla ou direciona a comunicação em uma determinada direção na medida em que faz superar a discrepância possível entre o poderoso e os súditos quanto ao que escolhem fazer. Ele cumpre, assim, a "transmissão das escolhas do que será feito de um ponto de decisão a outro". Com isso, é "limitada a complexidade indeterminada das possibilidades de ação humana". A *liderança* comunicativa do poder não deve ocorrer de maneira repressiva. O poder não se *baseia* na repressão. Ao contrário, como meio de comunicação, ele atua de maneira construtiva. Luhmann define, pois, o poder como um "catalisador". (*op. cit*.: 20)

3. O abuso de um *quase poder religioso* no âmbito do Direito Eleitoral pátrio

No âmbito do Direito Eleitoral, a nossa Carta Magna de 1988 destaca nos parágrafos 9ª e 10º dois tipos de abuso de poder: o político e o econômico. Não se faz qualquer menção à existência de um "poder religioso". E as leis infraconstitucionais adotam, tão somente, essas duas modalidades de "abuso de poder" assim como as ações cabíveis para coibi-los. Aliás, a única ação prevista na Constituição Federal é a denominada AIME (Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo), consoante se lê do parágrafo 10º do artigo 14 supracitado. As demais, de onde se destaca a AIJE (Ação de Investigação Judicial Eleitoral), figuram em leis complementares, tendo como fonte o parágrafo 9º do mesmo artigo 14. Na lição de José Jairo Gomes:

> No *Direito Eleitoral, o abuso de poder consiste* no mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos. (Gomes, 2018: 220-221).

O abuso de poder é reprimido no art. 22, XIV, da LC nº 64/90, podendo ensejar*: i)* inelegibilidade por oito anos*; ii)* cassação do registro de candidatura do candidato beneficiado*; iii)* cassação do diploma do candidato beneficiado.

Mas a indagação que se coloca é a seguinte: existiria ou não, no nosso Direito, o *abuso do poder religioso?* O Ministro Fachin, no julgamento de caso concreto levado à apreciação do TSE, criou uma *tese* que não deixa de servir como semente inicial para um eventual reconhecimento explícito do *abuso do poder religioso*:

> [...] O alcance de práticas religiosas abusivas como resultado de uma interpretação teleológica não ofende o postulado da legalidade. Em primeiro lugar, porque a redação do art. 22, caput, da LC nº 64/90 permite abarcar no conceito de autoridade os atos emanados de líderes eclesiásticos, sobretudo a partir da compreensão de que o legislador ordinário optou, por oposição à solução fechada da referência constitucional, por uma fórmula aberta, denotando a intenção de abrir o leque de fontes de constrição da liberdade e da paridade eleitoral. [...] *Em face desses argumentos, propõe-se que, a partir das Eleições de 2020, seja assentada a viabilidade do exame jurídico do abuso de poder de autoridade religiosa em sede de ações de investigação judicial eleitoral* (*grifamos*). Tese Min. Edson Fachin: (Respe 82-85/GO)

Não é tarefa simples a fiscalização, principalmente durante o processo eleitoral, de práticas abusivas relacionadas à religião. A doutrinação de um número expressivo de eleitores não se restringe a uma determinada eleição. Candidatos à reeleição, por exemplo, já atuam, numa espécie de "grupo fechado", em bancadas do Congresso Nacional e têm a sua visibilidade garantida no mundo político, transformando a propaganda eleitoral em mero lembrete ritualístico quanto ao imperativo de mantê-los como espécies de representantes de Deus na política da nação. Pomos como exemplo a ementa, bastante ilustrativa, constante de Acórdão emanado do TSE:

> Propaganda eleitoral irregular. Bem de uso comum. Igreja. Configuração. [...] 1. Quanto ao fato narrado na representação eleitoral, a Corte Regional fluminense manteve a decisão de primeiro grau, concluindo, à unanimidade e mediante análise da mídia acostada aos autos, que "não se pode negar que a participação do recorrente e, principalmente a leitura do salmo com o número pelo qual ele iria concorrer às eleições, considerando principalmente que foi chamada a atenção dos ouvintes para esse fato, conduz a constatação de que houve, de fato, propaganda irregular realizada dentro do templo religioso". 2. A revisão do entendimento do

> Tribunal *a quo* – no sentido de que ficou configurada a prática de propaganda eleitoral irregular em bem de uso comum, durante missa religiosa em igreja, em que foi concedido amplo destaque a candidato, o qual fez leitura de salmo bíblico - implicaria o reexame de matéria fático-probatória, vedado nesta instância especial, nos termos do verbete sumular 24 do TSE. [...]"
>
> (*Ac. de 19.6.2018 no AgR-AI nº 23930*, rel. Min. Admar Gonzaga.)

O presidente do STF, Ministro Luís Roberto Barroso, na aula magna que proferiu na PUC-RIO, no dia 10 de março de 2024, referindo-se ao *uso abusivo* da religião para captação de votos, advertiu que

> Precisamos combater a captura da religião para servir a causas políticas temporais e não espirituais, a instrumentalização de líderes religiosos para captar votos e dizer "o meu adversário é o demônio, quem votar nele não vai para o céu". É uma forma bárbara, anticristã, de lidar com a religião.

4. Conclusão: a sabedoria de Jesus

Concluímos que o nome de Jesus acabou se tornando verdadeira mercadoria de propaganda política por parte de determinadas seitas religiosas, que travestem os ensinamentos do Mestre e os convertem em *fakenews*, para obtenção de benefícios eleitorais. Interessante observar que um trecho especial do Evangelho de Mateus (22:15:22), dissipa qualquer dúvida acerca da separação que o próprio Cristo sustentou em relação à política e à espiritualidade:

> 15 Então, retirando-se os fariseus, consultaram entre si como o surpreenderiam nalguma palavra;
>
> 16 e enviaram-lhe os seus discípulos, com os herodianos, dizendo: Mestre, bem sabemos que és verdadeiro e ensinas o caminho de Deus segundo a verdade, e de ninguém se te dá, porque não olhas a aparência dos homens.
>
> 17 Dize-nos, pois, que te parece? É lícito pagar o tributo a César, ou não?
>
> 18 Jesus, porém, conhecendo a sua malícia, disse*: Por que me experimentais, hipócritas?*
>
> 19 *Mostrai-me a moeda do tributo.* E eles lhe apresentaram um dinheiro.
>
> 20 E ele diz-lhes: *De quem é esta efígie e esta inscrição?*

21 Dizem-lhe eles: De César. Então ele lhes disse: *Dai pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*.

22 E eles, ouvindo isto, maravilharam-se, e deixando-o, se retiraram. (Almeida, 2021:1200-1201, *grifos no original*)

Referências

ALMEIDA, João Ferreira de. *Bíblia Sagrada*. São Paulo: Casa Publicadora Paulista e Gráfica Ltda., (2021).

ARMSTRONG, Karen. *Em nome de Deus – O fundamentalismo no Judaísmo, no Cristianismo e no Islamismo.* Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Editora Schwarcz S.A. (2021).

FISCHER, Norman. *O Mundo poderia ser diferente. Imaginação e o caminho do bodisatva*. Trad. Eliane de Souza Pastorello, Ivamney Augusto Lima, Mirian Magami, Rodrigo Lopes Azeredo, Valeria Sattamini. 1ª ed. Teresópolis, RJ: Lúcida Letra (2021).

GARCIA, Emerson. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume I. 1ª edição. Belo Horizonte, MG: Forum Conhecimento Jurídico (2023).

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral Essencial*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método (2018).

HAN, Byung-Chul. *O que é poder*. Trad. de Gabriel Salvi Philipson. 1ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes (2023).,

JUNG, C.G. *Espiritualidade e Transcendência* (seleção e edição de Brigitte Dorst); tradução da Introdução de Nélio Schneider, 1ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, (2015).



Detalhe da imagem da capa

Observatório Literário



iiLer
Instituto Interdisciplinar de Leitura PUC-Rio

CATEDRA UNESCO DE LEITURA PUC-RIO

unesco Cátedra

PUC RIO

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Sacher-Masoch e a subversão desejante do contrato

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. Tensões desejantes: a pura forma da lei kantiana e a invenção do estado contratualizado. 3. A subversão desejante do contrato em Masoch. 4. Afinal, pode haver um "desejo racional"? O estatuto do desejo e da razão em Spinoza. 5. Conclusão.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é o de investigar modos de saída da moral através das formas jurídicas, dado que a moral, pelo menos segundo a perspectiva *mainstream*, sobretudo em Kant, atuaria como um validador externo da justiça da lei e que o direito, ao mesmo tempo, internaliza. Além disso, busca-se resgatar, de forma crítica, a tensão envolvida na mobilização da dimensão passional, a começar pela filosofia moral de Kant, mas para além do marco kantiano, uma tensão presente, por exemplo, nas origens do pensamento que desaguará na formação do Estado (Hobbes) e que também pode ser encontrada em algumas linhagens, embora minoritárias, da própria modernidade (Spinoza). Ou seja, não obstante todo o projeto kantiano para que a Lei encontre um fundamento puramente formal, o que se dá por intermédio do esvaziamento dos desejos, a dimensão passional cumpre um papel decisivo na invenção do Estado moderno e pode ser articulada, de forma profícua, com a própria racionalidade. Nosso ponto de apoio é um texto perturbador de Sacher-Masoch (1835-1895), A Vênus das Peles, publicado em 1870, num esforço de aproximação entre os campos da literatura e do jurídico, mas que também atravessa a ética e a política. Como se verá, Masoch produz um tipo de "subversão desejante" do contrato (e da Lei) e com isso aproxima Desejo, Arte e Direito. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema, com incursões nos campos do direito, da filosofia do direito e da literatura.

Abstract

The purpose of this paper is to investigate ways of leaving morality through legal forms, given that morality, at least from the mainstream perspective, especially in Kant, would act as an external validator of the justice of the law and that the right, to at the same time, internalizes. In addition, it seeks to rescue, in a critical way, the tension involved in

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense-UFF (Direito).

the mobilization of the passionate dimension, starting with Kant's moral philosophy, but beyond the Kantian framework, a tension present, for example, in the origins of thought that will lead to the formation of the State (Hobbes) and which can also be found in some lineages, although minority, of modernity itself (Spinoza). In other words, despite the Kantian project for the Law to find a purely formal foundation, which occurs through the emptying of desires, the passionate dimension plays a decisive role in the invention of the modern State and can be articulated, in a fruitful way, with its own rationality. Our support point is a disturbing text by Sacher-Masoch (1835-1895), The Venus of the Skins, published in 1870, in an effort to bring together the fields of literature and the legal field, but which also crosses ethics and politics. As will be seen, Masoch produces a type of "desiring subversion" of the contract (and of the Law) and thereby brings Desire, Art and Law together. The methodology will consist of a bibliographic review on the theme, with incursions in the fields of law, philosophy of law and literature.

Palavras-chave: Direito. Moral. Contrato. Desejo. Literatura. Kant. Masoch. Spinoza.

1. Introdução

O campo jurídico é habitado por categorias próprias e daí decorre uma metodologia também peculiar e o seu caráter propriamente científico, fundados no código binário, e algo simplificador, do lícito-ilícito.

Neste universo, que possui igualmente uma linguagem própria, as figuras da *lei* e do *contrato* ("lei entre as partes") ocupam um lugar central, figuras por intermédio das quais o direito se expressa, ao lado da sentença e de outros institutos jurídicos. Mais do que um problema de expressão, a lei e o contrato acusam uma tensão indissociável com a concepção do justo, seja na tradição jusnaturalista, em que uma dada justiça a-histórica, imutável e universal opera como filtro da lei, seja na tradição juspositivista de matriz kelseniana, em que a lei *encerra* o justo (o justo é o que diz a lei).

Na modernidade, em Kant mais especificamente, produz-se uma gradativa aproximação entre direito e moral, o que o positivismo pretende negar. De fato, há no kantismo um *conceito moral do direito*, isto é, a busca de um critério de determinação entre o que é justo e injusto de modo que a moral exerce um papel crítico e normativo sobre o direito, embora com ele não se confunda. Se a moral é o gênero do qual direito e ética são espécies, disso se segue que as normas jurídicas devem ser "leis morais", da mesma forma que as normas éticas. Ou seja, tanto as normas jurídicas quanto as normas morais devem ser fundadas *a priori* e são necessárias.[1]

A partir da Metafísica dos Costumes (1797) o conceito de direito em Kant passa a gozar de uma igual dignidade frente à moral, diferentemente do que ocorria na Fundamentação da Metafísica dos Costumes (1785), em cujo texto aparece tão

[1] KERVÉGAN, 2010, p. 244.

somente o imperativo categórico da moral. Como raiz comum de ambos Kant aponta a noção de *obrigação*, que faz da ética e do direito domínios conexos e pertencentes à "moral", muito embora mantenha-se a distinção entre ética e direito através do critério do engajamento da subjetividade: No campo da ética, tendo em consideração o *propósito* ou *motivo* da ação; no âmbito do direito, relativamente apenas à ação exterior e suas consequências.[2]

Dessa aproximação entre moral e direito surge não só o mui conhecido imperativo categórico da moral ("*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*"), como também um imperativo categórico jurídico ("*age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal*"), construído a partir da mesma estrutura formal e por espelhamento ao imperativo da moral. O princípio universal do agir jurídico (lei universal do direito) serve à aferição da justiça das ações e da própria legislação. Tanto num caso (imperativo categórico da moral) como n'outro (imperativo categórico jurídico), cuida-se de uma ética *procedimental* e de cunho *formal*, pois Kant não indica um decálogo de leis morais.

De todo modo, Kant está preocupado com a formulação de princípios imutáveis construídos pelo abandono da experiência e de seu universo passional, condição para a construção de um sujeito autônomo, que é o sujeito que tem uma natural disposição para abandonar as suas inclinações subjetivas em busca da *razão* e da construção de preceitos universais (daí decorre a *dignidade humana*, que só admite a sua consideração como fim em si, jamais como meio). Assim, uma vontade determinada por elementos externos, ou seja, pelas paixões e pelos desejos, marca a *heteronomia* e somente a vontade determinada internamente, ou seja, pela *razão*, confere *autonomia* ao homem (liberdade humana enquanto autonomia, como vontade livre).

Naturalmente, há diversos problemas nas concepções kantianas de moral e de direito e no uso depreciativo que Kant faz da dimensão passional do homem. Em Hobbes, por exemplo, as paixões ocupam um lugar central, sendo o medo o motor da criação do Estado moderno. Em Spinoza, contemporâneo de Hobbes, as paixões devem ser vistas como elementos naturais, o que abre um novo campo de investigação a respeito da ética e da política, um campo experiencial que considera os afetos (amor, ódio, cólera, inveja, soberba, piedade etc.) como propriedades da natureza humana, "maneiras de ser que lhe pertencem como o calor, o frio, a tempestade, a trovoada e todos os meteoros pertencentes à natureza atmosférica" (SPINOZA, 1973, p. 314) e cujas causas podem ser conhecidas da mesma forma que os fenômenos naturais.

O objetivo do presente trabalho é o de investigar modos de saída da moral através das formas jurídicas, dado que a moral, pelo menos segundo a perspectiva *mainstream*, sobretudo em Kant, atuaria como um validador externo da justiça da lei

[2] KERVÉGAN, 2010, p. 240. Em Kant, a distinção é estabelecida da seguinte forma: "Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever um motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é jurídica" (KANT, 2003, p. 71).

e que o direito, ao mesmo tempo, internaliza. Além disso, busca-se resgatar, de forma crítica, a tensão envolvida na mobilização da dimensão passional, a começar pela filosofia moral de Kant, mas para além do marco kantiano, uma tensão presente, por exemplo, nas origens do pensamento que desaguará na formação do Estado (Hobbes) e que também pode ser encontrada em algumas linhagens, embora minoritárias, da própria modernidade (Spinoza). Ou seja, não obstante todo o projeto kantiano para que a Lei encontre um fundamento puramente formal, o que se dá por intermédio do esvaziamento dos desejos, a dimensão passional cumpre um papel decisivo na invenção do Estado moderno e pode ser articulada, de forma profícua, com a própria racionalidade. Nosso ponto de apoio é um texto perturbador de Sacher-Masoch (1835-1895), A Vênus das Peles, publicado em 1870, num esforço de aproximação entre os campos da literatura e do jurídico, mas que também atravessa a ética e a política. Como se verá, Masoch produz um tipo de "subversão desejante" do contrato (e da Lei) e com isso aproxima Desejo, Arte e Direito. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema, com incursões nos campos do direito, da filosofia do direito e da literatura.

2. Tensões desejantes: a pura forma da lei kantiana e a invenção do estado contratualizado

Como já se disse, o imperativo categórico kantiano é pura *forma*, e através de sua aplicação seria possível aferir a moralidade, ou não, da conduta. Cuida-se de um *procedimento,* e não de um inventário de normas substanciais, que vai lançar mão da possibilidade, ou não, de universalização de uma determinada conduta ("*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*").[3] O direito, do mesmo modo, também conta com um princípio universal *a priori* de aferição da justiça das ações e da legislação, o imperativo categórico jurídico, que é igualmente procedimental ("*age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma lei universal*").

Não é nada desprezível a concepção kantiana de uma moral e de um direito *formais*. O problema aqui é o da formulação de um critério de aferição da justiça das normas (morais e jurídicas), que na tradição vincula-se à ideia de *Bem*. Platão, por exemplo, rejeitando o que muito tempo depois ganharia o nome de "utilitarismo", defende que o objetivo do direito não é satisfazer os desejos individuais ou mesmo coletivos, é dizer, produzir as leis mais convenientes à maximização do prazer, mas sim o de perseguir o *Bem*, ou seja, a *justiça* (*dikaion*, palavra grega que significa, ao mesmo tempo, o direito e o justo). Na famosa alegoria da caverna (livro VII da República)[4]

[3] Embora Kant não indique um decálogo de ações morais, diferentemente da tradição judaico-cristã, a *mentira* figura como um exemplo de ação imoral, dada a impossibilidade de sua universalização (KANT, 2011, p. 74).

[4] "(...) no mundo inteligível, a ideia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e belo existe em todas as coisas; no mundo visível, ela engendra a luz e soberano da luz; no mundo inteligível, é ela que é soberana e dispensa

tem-se uma saída do mundo sensível dos corpos, um entrave ao conhecimento, em direção à posição mais elevada do mundo das *ideias* inteligíveis e esse seria também o método necessário à descoberta do justo (VILLEY, 2009, p. 72). O justo, objeto do direito (e da lei), reside n´outro mundo mais verdadeiro e elevado, um mundo ideal e, por isso, utópico e impraticável.[5]

No platonismo, portanto, a lei depende de um princípio mais elevado e a lei é um poder segundo e delegado, pois não se sustenta por si mesma (DELEUZE, 1983, p. 88-89). É com Kant que se pode falar, verdadeiramente, DA LEI, pois em seu pensamento a lei não depende mais do *Bem*, o contrário é o que se dá (o *Bem* depende da lei). A lei, então, se funda em si mesma, em sua pura forma, não dependendo de qualquer elemento externo e chancelador, e em razão disso Kant produz uma verdadeira revolução copernicana ao, na Razão Prática, fazer girar o Bem em volta da Lei (DELEUZE, 1983, p. 90).[6] Ao fazer da lei um fundamento último Kant transforma o objeto da lei em algo *inapreensível*, um objeto que se esquiva essencialmente, o que dá à lei uma imensa plasticidade. Na precisa abordagem de Deleuze:

> A LEI, definida pela sua pura forma, sem matéria e sem objeto, sem especificação, é tal que não se sabe o que ela é, e que não se pode saber. Ela age sem ser conhecida. Ela define um domínio de erro onde somos desde já culpados, quer dizer, onde já transgredimos os limites antes de saber o que ela é: como Édipo. E a culpabilidade e o castigo nem mesmo nos fazem conhecer o que é a lei, mas deixam-na nessa indeterminação mesma, que corresponde como tal à extrema precisão do castigo. Kafka soube descrever esse mundo. (DELEUZE, 1983, p. 91)

Por isso não se pode dizer, em face da indeterminação da lei, que o seu cumprimento se dê para o *Bem* ou mesmo que aquele que cumpre a lei é justo. Na verdade, aquele que cumpre a lei é, mais do que tudo, *culpado*[7] e quanto mais a

---

a verdade e a inteligência; e é preciso vê-la para se comportar com sabedoria na vida particular e na vida pública" (PLATÃO, 2000, p. 228).

[5] Villey demonstra que tal concepção idealizada aparece muito claramente na República, em que Platão se mostra bastante hostil à legislação escrita, e que na "Política" e nas "Leis", diálogos posteriores, Platão se vê obrigado a reconhecer a necessidade da legislação, numa postura mais realista (VILLEY, 2009, p. 74 e ss.).

[6] "(...) nada é mais exacto do que aquilo que Kant estabeleceu na Crítica da Razão Prática, no que se refere à lei moral, e na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, no tocante aos imperativos categóricos; sejam quais forem os conteúdos, a forma persiste enquanto forma da lei. Devemos, portanto, render-nos à evidência do formalismo da lei, um formalismo mais necessário e mesmo mais importante do que aquilo que contém (...). A forma invariável da lei, como coerção pura, é a obrigação formal sem contestação possível, mesmo se esta obrigação de direito incide sempre, de facto, sobre o conteúdo (KREMER-MARIETTI, 1990, p. 25-26).

[7] KREMER-MARIETTI, retomando as categorias freudianas de ego e superego, sendo o superego nada mais que a consciência moral, esclarece que a tensão entre o superego e o eu é sentida como sentimento de culpabilidade e se manifesta sob a forma da necessidade de punição (KREMER-MARIETTI, 1990, p. 71).

renúncia é forte e rigorosa mais consciência moral se adquire. Ou seja, a consciência moral nasce da renúncia e do desejo recalcado (DELEUZE, 1983, p. 91-92).[8]

O que importa reter é que, de um modo geral, os esforços de racionalização da modernidade fundam-se no esvaziamento ou na negação da dimensão afetiva, como na pureza formal da lei kantiana. Mas há um momento crucial da filosofia política em que a dimensão afetiva cumpre um papel fundamental, mais precisamente o momento de invenção da concepção moderna de Estado, que vai encontrar em Hobbes (1588-1679) o seu momento fundacional, ancorado, justamente, na ideia de *contrato*.

Como largamente difundido, o contratualismo hobbesiano, deflagrador de uma longa tradição na experiência liberal do Ocidente, presente até hoje, tem como pano de fundo as intensas e desagregadoras guerras religiosas que devastavam a Europa do século XVII e é inspirado pela busca de parâmetros de racionalidade ao exercício do poder político, dada a insuficiência do sobrenatural (Deus) enquanto elemento de legitimação do poder monárquico. Partindo da premissa de que o estado de natureza no qual estavam imersos os homens de seu tempo era a única forma capaz de explicar a situação caótica vivida à época (uma "guerra de todos contra todos"), Hobbes sustenta que somente a construção de um pacto de cada homem com todos os homens seria capaz de pôr fim a tal estado, devendo reconhecer-se "(...) cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns" (HOBBES, 2002, p. 130).

Não há no Leviatã, diferentemente da concepção aristotélica, qualquer pressuposto de que o homem seja por natureza um animal político ou social. Ao contrário, para Hobbes o homem é naturalmente um animal apolítico e associal e o problema fundamental então é o da autopreservação e o do *medo da morte violenta*, a mais poderosa das paixões e inspiradora do desejo natural de preservação. De fato, na concepção hobbeseana a paixão (e não a razão) é, para a maioria dos homens, o elemento mais poderoso, do que decorre a ineficácia da lei natural se os seus princípios estiverem em choque com a paixão. Por isso a lei natural tem de ser deduzida da mais poderosa de todas as paixões, que é, repita-se, o medo da morte violenta. A morte ocupa o lugar do *telos* e o medo da morte violenta expressa nada mais do que o desejo de preservação de si mesmo, o mais poderoso e fundamental de todos os desejos naturais, raiz de toda a justiça e de toda moral (STRAUSS, 2009, p.156), o que significa que, diferentemente de Kant, a moral em Hobbes nasce de um direito e não de um dever.

Contudo, todos os homens desejam a paz e somente podem alcançá-la abrindo mão de sua liberdade natural. Disso se segue que para alcançarmos a paz e a segurança,

[8] Nessa indeterminação do objeto da lei, em sua *impossibilidade* contrastada pela precisão do castigo, haveria algo de irônico, um certo humor. Max Brod lembra que quando Kafka leu O Processo os ouvintes riam às gargalhadas e o próprio Kafka também ria (DELEUZE, 1983, p. 83) e é possível também referir que em O Mercador de Veneza (Shakespeare) as reviravoltas do julgamento, frutos da indeterminação do objeto da lei que faz do credor (o judeu) réu de um crime de tentativa de homicídio (contra o mercador), também possuem uma enorme carga de comicidade.

transferimos o nosso direito natural a um corpo artificial (Estado), ou seja, firmamos um pacto ou *contrato,* um momento inaugural da política enquanto arte de governar as cidades, em contraste com as leis da natureza. Neste momento o múltiplo (multidão) torna-se uno (Estado) e a condição de abrirmos mão de nosso direito natural (*finalidade*) é o alcance da paz e da segurança. Surge de tais premissas a definição do Estado como uma grande multidão que institui uma pessoa, "mediante *pactos recíprocos* uns com os outros, para em nome de cada um poder usar a força e os recursos de todos, de maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum" (HOBBES, 2002, p. 131). Daí resulta que as obrigações contratuais assumidas pelos súditos duram apenas enquanto o soberano for capaz de protegê-los, sendo o poder e a soberania concebidos como invenções humanas e não mais como mandatos divinos, uma concepção que toma o Estado enquanto triunfo da racionalidade.

Para Hobbes não há incompatibilidade entre soberania e liberdade, pois somente somos verdadeiramente livres sob os comandos das leis (o contrato social). Ser livre não é ser *sui juris*, o que significa que viver sob a dependência da vontade de outrem não é uma limitação da liberdade humana. Ou seja, a lei e o contrato são o *locus* moderno da fruição da liberdade (há aqui uma evidente aproximação ao kantismo),[9] ao menos da liberdade *útil*, dado que a liberdade do estado de natureza, em que há a competição pelos mesmos recursos escassos, é inútil. Naturalmente, para que Hobbes consiga compatibilizar a existência de um poder soberano (no caso, o poder monárquico, que Hobbes defende) com a liberdade dos súditos é necessário adotar um conceito de liberdade bastante limitado, um conceito "desidratado", que é o que aparece no Leviatã, em que nosso autor sustentará que liberdade é a ausência de restrições externas aos movimentos dos corpos, o significa que são livres todos os homens que não estejam limitados por elementos *externos*, acorrentados ou encarcerados, por exemplo (HOBBES, 2002, p. 158). Nem mesmo o medo, um elemento interno, e não externo, é capaz de esvaziar a liberdade,[10] embora seja o motor do contrato social.

Contra a ideia de perfeição contratualista de Hobbes é possível apontar criticamente o poder político do Estado como nada mais do que um comitê para administrar os negócios comuns da classe burguesa, na mui conhecida crítica marxista, ou mesmo denunciar as relações de dominação e de violência que lhe são ínsitas.[11]

---

[9] "A autonomia é o fundo da nossa vontade apreendida na relação com a Lei. Esta asserção diz-nos respeito enquanto quisermos pensar, de qualquer forma, a moral. Além disso, como viu Kant, é a Lei como Lei que nos dá conhecimento da nossa liberdade. Inversamente poderíamos também afirmar que a autonomia não é mais do que o fundo da nossa vontade apreendida na relação com a liberdade como consciência da Lei" (KREMER-MARIETTI, 1990, p. 43).

[10] "No caso de alguém atirar seus bens ao mar com medo de fazer afundar seu barco, e apesar faz por vontade própria, podendo recusar fazê-lo se quiser, tratando-se portanto da ação de alguém que é livre" (HOBBES, 2002, p. 159).

[11] "Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de *dominação* do homem sobre o homem, fundada no instrumento da *violência legítima* (isto é, da violência *considerada* legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores" (WEBER, 2011, p. 67-68).

Além disso, como já adiantado, há diversos problemas na filosofia moral kantiana. Mas o que aqui interessa perceber é que todos estes pressupostos modernos de uma moral formal esvaziada da dimensão desejante (Kant) e da invenção do Estado a partir do medo (Hobbes) serão radicalmente subvertidos por Sacher-Masoch, que, tal como Hobbes, incluirá o elemento afetivo no direito (no contrato) mas não como plataforma de construção das paixões tristes do Estado e de seu monopólio do uso "legítimo" da força e da violência, e sim como componentes (as paixões e os desejos) da própria *liberdade*.

3. A subversão desejante do contrato em Sacher-Masoch

Como se sabe, Masoch, nascido em 1836, na Galícia, de antecedentes eslavos, espanhóis e boêmios, dá nome à psicopatologia conhecida por *masoquismo*, expressão cunhada pelo psiquiatra austríaco Krafft-Ebing (1840-1902), em alusão às "perversões" dos textos de Masoch. Como se pode imaginar, tal associação não agradou nem um pouco nosso autor, mas acabou sendo consagrada pela psiquiatria e pela psicanálise.

Filho de um chefe de polícia de Lemberg (atual Ucrânia), Sacher-Masoch tem sua obra fortemente marcada por questões cosmopolitas e minoritárias. Não à toa, foi editor da revista *Auf der Höhe, Internationale Review*, que circulou em Leipzig, de 1881 a 1885, e que tinha como pauta a tolerância e integração dos judeus bem como a emancipação das mulheres (MICHEL, 1992, p. 320).

Masoch foi um homem culto e um escritor de prestígio em seu tempo (aos 28 anos já era um escritor conhecido), mas sua obra, diferentemente da produção literária do Marquês de Sade (1740-1814), experimentou um inexplicável esquecimento, a despeito do uso corrente de seu nome no campo da psiquiatria e da psicanálise, como acima apontado. Talvez isso se dê porque o masoquismo aparece como um complemento do sadismo, numa unidade ("sadomasoquismo") que Deleuze problematiza de forma original e dasafiadora (contra Freud, inclusive).[12]

A história de A Vênus das Peles, texto objeto do presente trabalho, tem como elemento central a celebração de um *contrato* entre os personagens Wanda e Severino, cujo nome é alterado para Gregório, e é inspirada numa aventura extraconjugal de Sacher-Masoch com Fanny von Pistor, com quem firma um contrato através do qual

[12] "Sadomasoquismo é um desses nomes mal fabricados, monstro semiológico. Cada vez que nos encontramos diante de um signo aparentemente comum, tratava-se apenas de uma síndrome, dissociável em sintomas irredutíveis. Resumamos: 1º) a faculdade especulativa-demonstrativa do sadismo, a faculdade dialética-imaginativa do masoquismo; 2º) o negativo e a negação no sadismo, a denegação e o suspensivo no masoquismo; 3º) a reiteração quantitativa, o suspense qualitativo; 4º) o masoquismo próprio ao sádico, o sadismo próprio ao masoquista, um não se combinando nunca com o outro; 5º) a negação da mãe e a inflação do pai no sadismo, a ´denegação´ da mãe e a aniquilação do pai no masoquismo; 6º) a oposição do papel e do sentido do fetiche nos dois casos; de mesmo para o fantasma; 7º) o antiestetismo do sadismo, o estetismo do masoquismo; 8º) o sentido ´institucional´ de um, o sentido contratual do outro; 9º) o superego e a identificação no sadismo, o ego e a idealização no masoquismo; 10º) as duas formas opostas de dessexualização, e de ressexualização; e, 11º) resumindo o conjunto, a diferença radical entre a apatia sádica e o frio masoquista" (DELEUZE, 1983, p. 142-143).

Masoch, que adota o codinome Gregor,[13] torna-se escravo da mulher pelo prazo de seis meses. Masoch tem predileção por ser caçado, amarrado, castigado e humilhado por uma mulher opulenta que usa peles e chicotes. Como dito pelo próprio Masoch:

> Sabeis que sou um sensual supra-sensual e que em mim tudo tem suas raízes na imaginação e nela encontra alimento.
>
> Amadureci muito depressa e fiquei excitado quando, aos dez anos, acho eu, pude ler a vida dos mártires. Lembro-me de ter sentido um horror que era no fundo encantamento por essas leituras; eles sofriam os piores tormentos, com uma espécie de satisfação, estiolavam-se nos cárceres, eram supliciados na fogueira, trespassados de flechas, lançados no pez fervente, entregues às feras ou crucificados. Desde então, sofrer e suportar horríveis torturas apareceu-me com pura delícia, especialmente quando essas torturas vinham de uma bela mulher, pois para mim, desde sempre, poesia e demoníaco estão concentrados na mulher. (*Apud* MICHEL, 1992, p. 47-48)

Há no contrato celebrado entre Wanda e Severino-Gregório uma situação de submissão na qual a mulher tem o domínio completo sobre o corpo do homem e sobre sua própria vida, uma situação de sujeição física que compõe o objeto de um contrato nitidamente leonino:

> Meu escravo, as condições segundo as quais eu o aceito como escravo e suporto-o ao meu lado, são as seguintes:
>
> Renúncia inteiramente absoluta ao seu eu.
>
> Fora da minha, você não tem vontades.
>
> Você é entre minhas mãos um instrumento cego, que cumpre todas as minhas ordens sem discuti-las. Caso esqueça que é meu escravo e não me obedeça absolutamente em todas as coisas, terei o direito de puni-lo e corrigi-lo segundo meu bel prazer, sem que possa você ousar se lamentar.
>
> Tudo o que vier a lhe conceder em agradável e feliz será um favor de minha parte, e você só deverá então acolhê-lo me agradecendo. Com relação a você, agirei sempre em erros, e não terei nenhum dever.

[13] Bernard Michel aponta que o personagem kafkiano Gregor Samsa, de A Metamorfose, provavelmente é uma homenagem a Masoch. De fato, Gregor é o pseudônimo adota pelo herói da Vênus das Peles e Samsa parece ser um anagrama de Sacher-Masoch (MICHEL, 1992, p. 385). Em Kafka abundam os temas masoquistas e em ambos aparecem problemas minoritários. Mas em Kafka haveria um "juridicismo de tribunal" e em Masoch um "juridicismo de contrato" (DELEUZE, 2011, p. 74).

> Você não será nem um filho, nem irmão, nem amigo; não será então nada senão meu escravo jacente na poeira.
>
> Tanto quanto o seu corpo, sua alma me pertence também e, mesmo lhe causando grande sofrimento, você deverá submeter à minha autoridade suas sensações e sentimentos.
>
> A maior crueldade me é permitida e, se eu o mutilar, você deverá suportar isso sem queixas. Você deverá trabalhar para mim como um escravo e, se eu nado no supérfluo deixando-o em privações e pisoteando-o, você deverá beijar sem murmurar o pé que o tiver oprimido.
>
> Eu poderei dispensá-lo a qualquer hora, mas você não terá o direito de me deixar contra a minha vontade, e se vier a fugir, reconhece-me o poder e direito de torturá-lo até a morte por todos os tormentos imagináveis.
>
> Fora eu, você não tem nada; para você eu sou tudo, sua vida, seu futuro, sua felicidade, sua infelicidade, seu tormento e sua alegria.
>
> Você deverá cumprir tudo o que eu pedir, que seja para o bem ou para o mal, e se eu exigir de você um crime, será preciso que se torne criminoso, para obedecer minha vontade.
>
> Sua honra me pertence, assim como seu sangue, seu espírito, sua força de trabalho. Eu sou soberana, senhora de sua vida e de sua morte.
>
> Se lhe acontecer de não mais poder suportar meu domínio, e que suas correntes se tornem pesadas demais, será preciso se matar: jamais lhe devolverei a liberdade.
>
> Eu me obrigo, por minha palavra de honra, a ser o escravo da Sra. Wanda de Dunaiew, exatamente como ela pede, e a me submeter sem resistência a tudo aquilo que ela me impuser.
>
> Dr. Leopold, cavaleiro de Sacher-Masoch. (MASOCH, 1983, Apêndice II, p. 309-311)

Há diversos elementos instigantes no contrato entre Wanda e Severino, como de resto há diversos aspectos interessantes em todo o texto. Mas um ponto que merece ser destacado é a ousadia e a originalidade de Masoch, se considerado que o corpo e o desejo, mesmo na literatura, sempre foram vistos como objetos de pouco interesse intelectual. Como nos lembra Le Goff, o corpo foi esquecido pela história e pelos historiadores, uma vez que, à exceção de alguns poucos autores, "o modo de vestir, de morrer, de se alimentar, de trabalhar, de morar, de habitar sua carne,

de desejar, de sonhar, de rir ou de chorar não atingiu o estatuto de objeto digno de interesse histórico" (LE GOFF, 2006, p. 15).

No Século XVIII, Sade já tinha abalado os alicerces do moralismo europeu com suas escandalosas publicações.[14] Mas em Sade a lei kantiana é subvertida ironicamente através de um mal natural, pela *perversão* e pela *anarquia* enquanto instituição de modo perpétuo (a lei só pode ser ultrapassada para uma anarquia enquanto *instituição*). Sade tem horror do contrato e da lei, prefere as instituições, suas sociedades secretas, as sociedades de libertinos que estão acima das leis. Para ele, as leis (e os contratos) imobilizam e moralizam as ações e é o caso então de pensar instituições sem leis, modelos de ações livres (anárquicas) em estado de revolução permanente e imoralidade constante (o ateísmo, a calúnia, o roubo, a prostituição, a sodomia, o incesto etc.), o que em Sade possui também uma forte dimensão política (DELEUZE, 1983, p. 84 e ss.).[15]

Já Masoch retomará a lei kantiana para, a partir dos rigores da literalidade do contrato, isto é, através da *contratualização do desejo*, proporcionar a seus personagens uma reviravolta humorística[16] da lei, que é por eles tomada ao pé da letra e aprofundada em suas consequências, pois só assim é possível demonstrar o absurdo da lei. Assim, por sua rigorosa observância, os personagens de Masoch experimentam os prazeres que a lei interdita (DELEUZE, 1983, p. 96). Não há mais culpa kantiana (a culpa torna o masoquista livre, ela dá livre curso ao desejo) e são justamente os rigores formais da lei e do contrato (daí o humor de Masoch) que permitem o prazer pleno. Só há, assim, masoquismo num contexto kantiano (mais humor), um contexto formal no qual a punição preexiste a toda falta, uma punição que na contratualização do desejo é precisamente um tipo de subversão (SUTTER, 2009, p. 30). Portanto, Masoch leva a lei moral kantiana a sério, leva-a às últimas consequências (novamente o humor),[17] uma vez que o masoquismo é puramente formal e leva em conta o *formalismo dos encaminhamentos* (DELEUZE, 1983, p. 82).[18]

---

[14] Cento e Vinte Dias de Sodoma (1785), A Filosofia da Alcova (1795), Julliette (1797-1801) etc.

[15] "Existe em Sade um profundo pensamento político, o da constituição revolucionária e republicana, na sua dupla oposição à lei e ao contrato, mas esse pensamento da instituição, de cabo a rabo, é irônico, porque sexual e sexualizado, montado como provocação contra qualquer tentativa contratual e legalista de pensar a política" (DELEUZE, 1983, p. 87-88). Sobre a distinção deleuziana entre ironia (Sade) e humor (masoch), v. nota 16, abaixo.

[16] "A ironia e o humor são agora dirigidos para uma derrubada da lei. Reencontramos Sade e Masoch. Sade e Masoch representam os dois grandes empreendimentos para uma contestação, uma derrubada radical da lei. Chamamos sempre ironia o movimento que consiste em ultrapassar a lei para um mais alto princípio, para reconhecer na lei apenas um poder segundo (...). Chamamos humor, não mais o movimento que remonta da lei para um mais alto princípio, mas aquele que desce da lei para as consequências. Conhecemos todas as maneiras de revirar a lei pelo excesso de zelo: é por uma escrupulosa aplicação que se pretende então mostrar o absurdo e alcançar precisamente essa desordem que se admite que ela proíbe e conjura" (DELEUZE, 1983, p. 94-96).

[17] Haveria também humor na concepção kantiana, mas um tipo de humor triste, pois Kant não percebe o quanto a sua concepção de lei é ridícula. Assim, haveria em Kant uma "comicidade transcendental" (SUTTER, 2009, p. 32-33).

[18] "Tocou a campainha. As negras entraram.
- Amarrem-lhe os braços.

Há em Masoch uma profunda desordem: a mais rigorosa aplicação da lei (e do contrato, "lei entre as partes") produz o efeito oposto ao que dela se espera, como nas chicotadas, que longe de punir ou evitar uma ereção, provocam-na.[19] O castigo é uma condição de possibilidade do prazer proibido, o que "vira" a culpabilidade e derruba a lei: consequência perturbadora, pois a lei, posta num quadro formal kantiano, abre largas portas à experiência e à *heteronomia* dos desejos e das paixões, uma lei kantiana e ao mesmo tempo antikantiana, uma lei que proíbe a realização de um desejo, sob pena de punição ("você *não deve* fazer isso, senão..."), e que agora coloca a punição no início e *ordena* ("você *deve* fazer isso, senão...") a satisfazer o desejo (DELEUZE, 1983, p. 96-97). O masoquista é, então, um "revoltado por submissão", pois sua servidão é transgressora e positiva, e é também (mais humor), "o lógico das consequências" (DELEUZE, 1983, p. 97-98) uma vez que todo o desenlance estético de sua relação com a mulher dominadora segue os estritos termos contratuais (o brocardo *pacta sunt servanda*, que significa que "os pactos assumidos devem ser respeitados").

Tanto quanto em Hobbes, o contrato de Masoch é o *locus* da liberdade, mas num sentido completamente diverso, já que no contrato estabelecido com a mulher-carrasco o masoquista está preso apenas pelas palavras (palavras de honra e juramentos), que, no entanto, exprimem, para além do consentimento da vítima, o dom de persuasão, o esforço pedagógico e jurídico pelo qual *a vítima adestra o seu carrasco* (DELEUZE, 1983, p. 83).[20] Há uma nítida relação de dominação, mas de um

---

Mantive-me de joelhos e deixei-as cumprir a ordem. Depois elas me levaram pelo jardim até o vinhedo que o margeia pelo sul. Entre as parreiras plantam milho; podia-se ver ainda alguns pés já secos. Ao lado estava um arado.
As negras me amarraram numa estaca e se divertiam me picando com os seus alfinetes de cabelo dourados. Mas isso não durou muito tempo pois Wanda chegou, com a touca de arminho na cabeça e as mãos nos bolsos da jaqueta. Fez com que me desatassem e me amarrassem as mãos atrás das costas; depois fez com que me pusessem uma canga na nuca e me atrelassem ao arado.
As diabólicas negras levaram-me pelo campo. Uma delas conduzia o arado, a outra me guiava puxando-me com uma rédea, a terceira me golpeava com o chicote e a Vênus das peles, ao lado, contemplava a cena" (MASOCH, 1983, p. 254-255).

[19] "O grego lança-me um olhar gélido de tigre e experimenta o chicote. Seus músculos incham enquanto ele se prepara e faz o chicote silvar no ar e eu, como Marsias, estou amarrado e obrigado a me deixar esfolar vivo por Apolo.
(...)
- Agora, olhe como vou domá-lo! – exclama o grego.
Ele mostra os dentes e o seu rosto toma aquela expressão sanguinária que já me tinha causado medo da primeira vez. E ele começa a me chicotear, tão impiedosamente, tão terrivelmente que estremeço a cada golpe e meu corpo inteiro se contorce de dor. As lágrimas inundam minhas faces e Wanda, na otomana, apoiada num braço, contempla a cena com uma feroz curiosidade e não controla mais o riso.
Ser maltratado pelo rival favorecido, sob os olhos de uma mulher adorada, causa um sentimento indescritível: morro de vergonha e desespero.
E o mais ignominioso é que sinto uma espécie de prazer fantástico e supra-sensual nesta situação lamentável, entregue ao chicote de Apolo e desprezado pelo riso cruel de minha Vênus" (MASOCH, 1983, p. 297-298).

[20] "É que hoje serás seriamente chicoteado – disse Wanda.
- Coloque então tua jaqueta de peles – pedi.
- Com prazer.
Ela foi buscar a kazabaika e veste-a sorrindo. Depois se planta diante de mim, de braços cruzados e me contempla com os olhos semicerrados.
- Conheces a história do touro de Dênis o Tirano? – perguntou.
- Tenho uma vaga lembrança. Por quê?
- Um cortesão inventou um novo instrumento de tortura para o tirano de Siracusa, um touro de bronze dentro do qual se trancafiava os condenados à morte, e era colocado num fogo intenso. Quando o touro

tipo paradoxal uma vez que a vítima do contrato se serve da dominação para alcançar o gozo, que é o que ela verdadeiramente deseja. Sendo o masoquismo marcado, na perspectiva psicanalítica, pela identificação entre a mãe e a lei e, em consequência, pela anulação do pai - diversamente do sadismo, em que há uma negação da mãe e uma inflação do pai, que é posto acima das leis -, o contrato masoquista, ao contrário do que se imagina, é *também* uma expressão de racionalidade que confere à mulher todos os direitos e conjura o perigo do retorno da figura paterna, ou seja, que *protege* o mundo simbólico do masoquista e o torna livre relativamente ao poder paterno (DELEUZE, 1983, p. 72-75).

Sobre um tipo específico de racionalidade nos textos dos autores libertinos dos Séculos XVIII e XIX, é possível questionar criticamente, a partir da constatação de que o pensamento libertino, Masoch incluso, é um pensamento livre, ou seja, um pensamento contrário às ideias de tradição, crença, convenção social, preconceitos etc., se não haveria também todo um programa próprio da filosofia das Luzes (PRADO JUNIOR, 1996, p. 48). De fato, se o esclarecimento (*aufklärung*) é a saída do homem de sua menoridade, ou seja, da incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo, a coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem (KANT, 2005, p. 63), o pensamento libertino é um modelo exemplar de esclarecimento bem ao modo do iluminismo e, por que não, bem ao modo do próprio kantismo (mais humor?).

Além disso, os personagens de Masoch, múltiplos e ambíguos por excelência, tentam, pelo instinto e pela busca de um ideal, impor ao mundo a sua própria ordem, só que informada e modelada pelo desejo (MICHEL, 1992, p. 383). Tal modelagem é fortemente marcada pela experiência da espera e do suspense em cenas que são verdadeiros ritos de suspensão física (amarrar, pendurar etc.) e de mora, de atraso (DELEUZE, 1983, p. 77). Por isso, Zourabichvili, a partir da apresentação de Masoch por Deleuze, sustenta que há dois elementos no masoquismo: um elemento estético, representado pelo processo romanesco do suspense e da espera,[21] e um elemento jurídico, que é a forma do contrato e que determina uma certa relação com a lei. Ou seja, desejo, arte e direito se articulam no masoquismo e por isso Masoch introduz o desejo no direito, um direito do fato apenas. E introduz o desejo também na arte, substituindo o "prazer desinteressado" de Kant pela castidade (Severino nunca consuma o ato sexual com Wanda) enquanto distância estética que não nega o desejo (ZOURABICHVILI, 2006, p. 87-100).

---

de bronze começasse a se avermelhar, o condenado urraria de dor e os seus gritos pareceriam os mugidos de um touro. Dênis sorriu com benevolência e, para testar imediatamente o instrumento, mandou trancar o inventor dentro do touro... Essa história é muito instrutiva. Foste tu que me inculcaste o egoísmo, o orgulho e a crueldade, e serás tu a primeira vítima. Agora sinto realmente prazer em ter sob meu poder e maltratar um homem que tem, como eu, pensamentos, desejos e vontades, um homem que é mais forte que eu, física e intelectualmente, e sobretudo um homem que me ama. Amas-me ainda?" (MASOCH, 1983, p. 294).

[21] Este elemento também está presente na predileção de Masoch pelas roupas femininas (as peles, as camisolas transparentes, as jaquetas de veludo etc.): "Se o traje ocupa tanto espaço nos romances de Sacher-Masoch é porque lhe cabe revelar o desejo e o prazer que o corpo da mulher não pode, por si só, exprimir. O erotismo é em primeiro lugar um erotismo do desejo, quase sempre indireto" (MICHEL, 1992, p. 156).

4. Afinal, pode haver um "desejo racional"? O estatuto do desejo e da razão em Spinoza

Foi visto que o corpo é o impensado da civilização ocidental, da mesma forma que os desejos que o habitam. Tal esquecimento representa o estatuto conferido ao corpo pela modernidade, já com Descartes (Século XVII), que, a partir do *cogito* e da concepção hierarquizada entre corpo e mente, considerava possível a existência da alma, isto é, da mente, *independentemente da existência do corpo*, mera extensão não pensante, sendo a essência do homem unicamente o pensar.[22] Mas há, mesmo na modernidade, uma linhagem de pensamento que, embora minoritária, confere aos afetos um estatuto mais nobre capaz de compatibilizar duas esferas (corpo e mente) aparentemente inconciliáveis.

Spinoza, o filósofo holandês do Século XVII, situa-se justamente nessa linhagem materialista e em seu sofisticado sistema filosófico, em vez de uma consciência autofundante (Kant) ou um *cogito* (Descartes), o desejo "*... é a própria essência do homem*, enquanto esta é concebida como determinada, em virtude de uma dada afecção qualquer de si própria, a agir de alguma maneira" (EIII, definições dos afetos, 1).[23] Para Spinoza o desejo tem um papel positivo e é tomado na perspectiva da razão humana que considera o esforço de conservação (*conatus*) enquanto um dinamismo concreto por perseguir e manter o fato de existir.

Em breve, dados os limites do presente trabalho, Spinoza enxerga o homem enquanto uma relação inafastável com a substância única (Deus ou Natureza), do que decorre que "(...) a potência do homem, enquanto é explicada por sua essência atual, é uma parte da potência infinita de Deus e da natureza, isto é (...), de sua essência" (EIV, Proposição 4, Demonstração). Tudo o que existe *exprime* a natureza de Deus e, portanto, "tudo o que existe exprime, de maneira definida e determinada, a potência de Deus, a qual é a causa de todas as coisas" (EI, P. 36, Demonstração).[24] E a essência atual de cada coisa, o homem, inclusive, é o esforço em perseverar em seu ser ("o esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que a sua essência atual" - EIII, P. 7), o que Spinoza chamará, como já adiantado, de *conatus*.

O desejo é, então, positivo, é uma ação, e não uma negatividade interna ou algum tipo de carência.[25] Considerado em sua perspectiva positiva e produtiva, o

---

[22] "(…) *sou uma coisa que pensa, ou uma substância cuja essência toda ou natureza é somente pensar.* E, embora talvez (...) eu tenha um corpo ao qual sou muito estreitamente conjunto, não obstante, porque de um lado tenho uma ideia clara e distinta de mim mesmo, *na medida em que sou apenas uma coisa que pensa e não extensa*, e que, do outro, tenho uma ideia distinta do corpo, na medida em que ele *é apenas uma coisa extensa e que não pensa*, é certo que esse eu, ou seja, minha alma, pela qual sou o que sou, é inteira e verdadeiramente distinta de meu corpo *e pode ser ou existir sem ele*" (DESCARTES, 2005, p. 117-118).

[23] Será utilizada, doravante, uma forma abreviada de citação da Ética de Spinoza, em que E=Ética; IV=livro; P=proposição; D=demonstração e esc. ou escólio= escólio.

[24] É bom que se diga, a fim de evitar graves equívocos, que Spinoza não é um "filósofo-teólogo", pois em seu pensamento Deus é um ponto de partida objetivo, não um criador. Além disso, o Deus spinozano, diferentemente do Deus da teologia, detém uma potência absoluta, ou seja, não se move por finalidades, nem tampouco se assemelha ao homem (não experimenta paixões, por exemplo).

[25] "Como Freud, Espinosa diz que o desejo é a essência do homem – mas é importante perceber que, por trás da homofonia das palavras, trata-se de conceitos bem diferentes. Para ele, o desejo é a produtividade mesma

desejo que surge da razão conservativa não é excessivo (EIV, P. 61) e não se refere a apenas uma parte do corpo.[26] É o desejo, então, a significação efetiva do *conatus*, o outro nome desse perseverar no ser[27] que é a própria essência do homem tomado na perspectiva da afirmação de uma essência individual. Como dirá Spinoza:

> Como a razão não exige nada que seja contra a natureza, ela exige que cada qual ame a si próprio; que busque o que lhe seja útil, mas efetivamente útil; que deseje tudo aquilo que, efetivamente, conduza o homem a uma maior perfeição; e, mais geralmente, que cada qual se esforce por conservar, tanto quanto está em si, o seu ser. (EIV, P. 18, Escólio)

Por certo, há aqui a afirmação de uma individualidade que, não obstante, convive com a constatação do desejo enquanto condição natural de todos os homens, o que faz com que ora o desejo apareça como um traço comum a todas as coisas singulares, ora como partido em tantos tipos e identidades diferentes quantos sejam as combinações possíveis de sujeitos e objetos do desejo (RAMOND, 2010, p. 33). Evidentemente, o ser próprio a todos os homens não induz à fundação de uma moral *a priori*, pois "... o desejo de um indivíduo discrepa do desejo de um outro, tanto quanto a natureza ou a essência de um difere da essência do outro" (EIII, P. 57, Demonstração). De fato, "… quando comparamos os homens entre si, nós os distinguimos unicamente pela diferença dos afetos, chamando uns de intrépidos, outros de tímidos e outros ainda, enfim, por outro nome" (EIII, P. 51, Escólio).

De todo modo, ao mesmo tempo em que pontua o *conatus* como um tipo de amor a si mesmo, Spinoza relembra ser totalmente impossível que não precisemos de nada que nos seja exterior para conservar o nosso ser e que vivamos apartados das coisas que estão fora de nós (EIV, P. 18, Escólio), o que tem por consequência que para o homem e sua conservação nada é mais útil que a união com outros homens.[28] Assim, o desejo supõe uma *relação* e só pode ser concebido no interior da interação que o homem estabelece com outros homens ou outras coisas, um desejo, assim, sempre *relacional*.

---

da vida por meio e através dos afetos, mas isso não envolve nenhuma ideia de falta: não é 'desejo de…', não pede complemento nominal" (BOVE, 2010, p. 34). A falta, em Spinoza, é sempre fruto da imaginação.

[26] "O desejo que surge de uma alegria ou de uma tristeza que está relacionada a uma só parte do corpo, ou a várias, mas não a todas, não leva em consideração a utilidade do homem como um todo" (EIV, P. 60). Nesse caso, haverá uma situação de desiquilíbrio entre as partes do corpo e seus afetos.

[27] O desejo abrange "todos os esforços da natureza humana que designamos pelos nomes de apetite, vontade, desejo ou impulso" (EIII, Definições dos Afetos 1, Explicação). Resistir é desejar.

[28] "(…) o homem age inteiramente pelas leis de sua natureza quando vive sob a condução da razão (pela def. 2 da P. 3) e, apenas à medida que assim vive, concorda, sempre e necessariamente, com a natureza de outro homem (pela prop. Prec.). Logo, não há, entre as coisas singulares, nada que seja mais útil ao homem do que um homem" (EIV, P. 35, Corolário 1).

É importante perceber, avançando um pouco mais, que Spinoza estabelece um interessante liame entre as noções de desejo e *conatus*, de um lado, e a busca do que é *útil* enquanto virtude, de outro. Vejamos:

> O apetite (ou desejo) é a própria essência do homem "enquanto determinada a agir de maneiras que contribuem para a sua conservação" (EIII, Definições dos afetos, 1, Explicação).
>
> Cada um necessariamente apetece ou rejeita, pelas leis de sua natureza, aquilo que julga ser bom ou mau" (EIV, P. 19).
>
> Quanto mais cada um busca o que lhe é útil, isto é, quanto mais se esforça por conservar o seu ser, e é capaz disso, tanto mais é dotado de virtude; e, inversamente, à medida que cada um se descuida do que lhe é útil, isto é, à medida que se descuida de conservar o seu ser, é impotente" (EIV, P. 20).

E, numa síntese extraordinária, Spinoza dirá, aditando agora a *razão* como mais um elemento, que "agir absolutamente por virtude nada mais é, em nós, do que agir, viver, conservar o seu ser (estas três coisas têm o mesmo significado), sob a condução da razão, e isso de acordo com o princípio de buscar o que é útil para si próprio" (EIV, P. 24).[29] Há, assim, a prevalência do útil sobre "o bem" no esforço de perseverar do ser,[30] ou seja, a prevalência de um impulso vital que vai além das regras morais. A busca do útil é bastante clara em situações extremas,[31] mas, a rigor, trata-se de um movimento presente na vida ordinária.

Há também em Spinoza uma rica associação entre o par desejo/*conatus* e a busca de felicidade, pois "o desejo que surge da alegria é, em igualdade de circunstâncias, mais forte que o desejo que surge da tristeza" (EIV, P. 18), e "... o fundamento da virtude é esse esforço por conservar o próprio ser e a felicidade consiste em o homem poder conservá-lo" (EIV, P. 18, Escólio).

---

[29] "(…) a verdadeira virtude nada mais é do que viver exclusivamente sob a condução da razão, enquanto a impotência consiste em o homem se deixar conduzir apenas pelas coisas que estão fora dele (…)" (EIV, P. 37, Escólio 1). A virtude consiste em compreender (EIV, P. 23).

[30] "Por bem compreenderei aquilo que sabemos, com certeza, nos ser útil" (EIV, Definição 1); "(…) é lícito tomar para nosso uso e utilizar de qualquer maneira tudo aquilo que existe e que julgamos ser bom, ou seja, que julgamos ser útil para conservar nosso ser e para desfrutar de uma vida racional" (EIV, Apêndice, Capítulo 8).

[31] De acordo com Primo Levi, a respeito da situação dos prisioneiros de Auschwitz: "Era preciso nadar contra a correnteza, travar batalha a cada dia, a cada hora, contra o cansaço, a fome, o frio e a inércia resultantes disso; resistir aos inimigos e não ter pena dos rivais; aguçar o engenho, fortificar a paciência, acirrar a vontade. Ou, também, sufocar toda dignidade, apagar todo vestígio de consciência, ir à luta, brutos contra brutos, deixar-se guiar pelas insuspeitadas forças ocultas que sustentam as estirpes e os indivíduos nos tempos cruéis. (…) A não ser por grandes golpes de sorte, era praticamente impossível sobreviver sem renunciar a nada de seu próprio mundo moral. Isso foi concedido a uns poucos seres superiores, da fibra dos mártires e dos santos (…)" (LEVI, 1988, p. 93-94).

Por certo, o esforço-perseverança não exclui que dos encontros que travamos com outros seres possam advir tristezas, as quais, necessariamente, diminuem a nossa potência de agir.[32] Mas Spinoza dirá que há um esforço "por fazer com que se realize tudo aquilo que imaginamos levar à alegria" e que, por outro lado, esforçamo-nos também "por afastar ou destruir tudo aquilo que a isso se opõe, ou seja, tudo aquilo que imaginamos levar à tristeza" (EIII, P. 28).[33] O hábito e a memória terão uma grande importância aqui, pois "quem se recorda de uma coisa com a qual, uma vez, se deleitou, deseja desfrutá-la sob as mesmas circunstâncias sob as quais, da primeira vez, com ela se deleitou" (EIII, P. 36), o que permite afirmar a existência de uma *tendência à repetição do prazer* (e à resistência à tristeza) como um princípio de nossa existência biopsíquica (BOVE, 2012, p. 38).

Em Kant, como vimos já, virtude é a força moral da vontade no cumprimento do dever[34] e, desse modo, virtuoso e honrado é o homem que cumpre o *dever*, mesmo à custa da preservação da própria vida, na medida em que a honra e a dignidade estão acima do esforço em perseverar na existência. Assim, viver não é uma necessidade, e sim viver uma vida honrada, enquanto durar a vida.[35] Cuida-se, então, de apostar num projeto moral de coexistência prática de sujeitos *racionais*, *responsáveis* e *imputáveis* através de uma comunidade ética (jurídica e moral) unida pelo dever. Se, por um lado, a dignidade confere autonomia, por outro, a autonomia se constrói à custa do cumprimento de rigorosos encargos morais pelo portador da dignidade.

Por outro lado, se para Kant a busca da felicidade é um aspecto secundário da vida do homem moral, em Spinoza:

> (...) quanto maior é a alegria de que somos afetados, tanto maior é a perfeição a que passamos, isto é, tanto mais necessariamente participamos da natureza divina. Assim, servir-se das coisas, e com elas deleitar-se o quanto possível (não, certamente, à exaustão, pois isso não é deleitar-se), é próprio do homem sábio. O que quero dizer é que é próprio do homem sábio recompor-se e reanimar-se moderadamente com bebidas e refeições agradáveis, assim como todos podem se servir, sem nenhum prejuízo alheio, dos perfumes, do atrativo das plantas verdejantes, das roupas, das músicas, dos jogos esportivos, do teatro, e coisas do gênero. Pois o corpo humano é composto de muitas partes, de natureza diferente, que precisam, continuamente, de novo e variado reforço, para que o corpo inteiro seja, uniformemente, capaz de tudo o que possa se seguir de sua

[32] "(…) à medida que uma coisa é afetada de tristeza, ela é destruída, num grau que será tanto maior quanto maior for a tristeza que a afeta" (EIII, P. 21, Demonstração).
[33] "A mente esforça-se, tanto quanto pode, por imaginar aquelas coisas que aumentam ou estimulam a potência de agir do corpo" (EIII, P. 12).
[34] KANT, 2003, p. 248.
[35] "é melhor sacrificar a própria vida do que a moralidade" (KANT, 1963, p. 152, livre tradução).

> natureza e, como consequência, para que a mente também seja, uniformemente, capaz de compreender, simultaneamente, muitas coisas" (EIV, P. 45, Escólio 2).

Privilegiar a alegria, uma tendência do *conatus,* significa, mui claramente, afastar-se da complexa psicologia do dever que investe no medo e na culpa e numa consciência negativa que inspira o assombro de um tribunal interno. Para Spinoza, o medo é uma tristeza (EIII, Definições dos Afetos, 13) e, como tal, produz a passagem do homem de uma perfeição maior a uma perfeição menor, ou seja, a uma diminuição da potência de agir (EIII, Definições dos Afetos), jamais à liberdade. Pode-se inclusive dizer que a rejeição à ética da tristeza é um dos principais projetos de Spinoza.[36]

Além disso, não há em Spinoza um "bem" ou um "mal" *a priori*. Contudo, a experiência e a memória nos permitem identificar aquilo que, ao longo de nossa duração, nos é útil e aquilo que nos é prejudicial, ou seja, o que aumenta ou diminui a nossa potência de agir. Isso vale para a saúde do corpo e da mente, individual ou coletivamente considerados. Cuida-se, portanto, de formar uma reserva e um bom conjunto de "regras de vida" e de um "bem viver" (EIV, P. 45, Escólio 2) capazes de resistir à tristeza e reforçar nosso esforço em perseverar. Para tanto é necessário compreender os afetos e as paixões humanas enquanto eventos naturais e não como vícios ou como um mal,[37] o que funda uma nova ética, pois é o desejo que qualifica algo como "bom" ou "mau" (EIII, P. 9, Escólio). Se assim é, os afetos e o desejo não podem ser pura e simplesmente aniquilados pelo dever moral de modo a reduzir o homem a uma situação de apatia moral.

Não há dúvida de que se trata mais da realização inteligente e harmoniosa do desejo do que de uma ética romântica da paixão desfreada ou do prazer a todo preço. Mas nem por isso deixa de ser inovadora a ética spinozana, que investe radicalmente na imanência e na "vida como ela é", e não na neutralização do tempo e do espaço por intermédio do formalismo do imperativo categórico.

Em suma, a natureza e o corpo deixam de ser um mal moral para o homem, deixam de ser o reino das experiências sensíveis que, em luta com a razão, o afastam do cumprimento dos deveres morais. É, a natureza, antes de tudo, um elemento inafastável e uma aliada que indica, mais que isso, *impõe*, pelo critério da necessidade

[36] "nenhuma potestade, nem ninguém mais, a não ser um invejoso, pode comprazer-se com minha impotência e minha desgraça ou atribuir à virtude nossas lágrimas, nossos soluços, nosso medo (...), que são sinais de um ânimo impotente" (EIV, P. 45, Escólio 2).

[37] "Nada se produz na natureza que se possa atribuir a um defeito próprio dela, pois a natureza é sempre a mesma, e uma só e a mesma em toda parte, sua virtude e potência de agir. (…) Consequentemente, não deve, igualmente, haver mais do que uma só e mesma maneira de compreender a natureza das coisas, quaisquer que sejam elas: por meio das leis e regras universais da natureza. É por isso que os afetos do ódio, da ira, da inveja, etc., considerados em si mesmos, seguem-se da mesma necessidade e da mesma virtude da natureza das quais se seguem as outras coisas singulares. Eles admitem, pois, causas precisas, que nos permitem compreendê-los, assim como possuem propriedades precisas, tão dignas de nosso conhecimento quanto as propriedades de todas as outras coisas cuja mera contemplação nos causa prazer" (EIII, Prefácio).

e no campo da pura imanência, as estratégias de perseveração, pautadas pelo critério do útil (EIV, P. 20).[38] Um conhecimento verdadeiro do bem e do mal pressupõe que os afetos são coisas naturais e demanda "conhecer tanto a potência de nossa natureza quanto a sua impotência, para que possamos determinar, quanto à regulação dos afetos, o que pode a razão e o que não pode" (EIV, P. 17, Escólio). Contudo, o homem que se conduz apenas pelos afetos, ou pela opinião, faz, queira ou não, coisas que ignora inteiramente. Já o homem que se conduz pela razão, ou seja, o homem livre, "… não obedece a ninguém mais que a si próprio e só faz aquelas coisas que sabe serem importantes na vida e que, por isso, deseja ao máximo" (EIV, P. 66, Escólio). O homem livre medita sobre a vida e não sobre a morte (EIV, P. 67) e vai além dos conceitos *a priori* de "bem" e "mal" (EIV, 68).

Em Spinoza, portanto, o homem não é um duplo (natureza e razão, mente e corpo) que goza uma liberdade intelectual no mundo moral, mas sim um homem cuja liberdade é uma identidade de si consigo (CHAUI, 2009, p. 62-63). Não será um homem duplicado porque, em razão do *paralelismo entre mente e corpo*,[39] a razão isolada resulta impotente diante das paixões, uma vez que "o conhecimento verdadeiro do bem e do mal, enquanto verdadeiro, não pode refrear qualquer afeto; poderá refreá-lo apenas enquanto considerado como afeto" (EIV, P. 14).[40] Na relação interna entre razão e desejo (e na sua correlação entre "bom" e "mau'), "(…) a razão precisa ser desejo para penetrar na vida afetiva (…) - e o desejo precisa *ser* razão para tornar-se virtude da mente, igualando a potência afetiva e a potência intelectual…" (CHAUI, 2009, p. 73-74). Inexiste, em suma, qualquer exterioridade entre razão e desejo e usar a razão é o esforço da mente para perseverar na existência compreendendo a si mesmo, seu corpo e os corpos exteriores (CHAUI, 2009, p. 73).

---

[38] "Por bem compreenderei aquilo que sabemos, com certeza, nos ser útil" (EIV, Definição 1); "Agir absolutamente por virtude nada mais é, em nós, do que agir, viver, conservar o seu ser (estas três coisas têm o mesmo significado), sob a condução da razão, e isso de acordo com o princípio de buscar o que é útil para si próprio" (EIV, P. 24).

[39] "Nem o corpo pode determinar a mente a pensar, nem a mente determinar o corpo ao movimento ou ao repouso, ou a qualquer outro estado (se é que isso existe)" (EIII, P. 2.). Para Spinoza, a mente é nada mais que "a ideia do corpo", sendo este último "um modo definido da extensão, existente em ato" (EII, P. 13). A rigor, "a mente humana não conhece o próprio corpo humano e não sabe que ele existe *senão* por meio das ideias das afecções pelas quais o corpo é afetado" (EII, P. 19). Assim, negando que a mente seja autofundante, Spinoza afirmará que "a mente *não conhece a si mesma* senão enquanto percebe as ideias das afecções do corpo" (EII, P. 23). À capacidade (maior ou menor) da mente Spinoza relaciona a capacidade (maior ou menor) do corpo "de *agir* simultaneamente sobre um número maior de coisas, ou de *padecer* simultaneamente de um número maior de coisas". No *agir* do corpo, a mente aumenta a sua capacidade. No *padecer*, diminui sua potência (EII, P. 13, Escólio). Nas Proposições 12 e 14 da EII aparece a tese de que, sendo a mente a ideia do corpo, não há nada do que aconteça no corpo que não seja percebido pela mente. Reitera-se também que a capacidade de percepção da mente guarda relação com a quantidade de maneiras pelas quais o seu corpo é afetado. Afastando-se da teologia e do pensamento de seu tempo, Spinoza afirma que "... a ideia do corpo e o corpo, isto é (pela prop. 13), *a mente e o corpo, são um único e mesmo indivíduo*, concebido ora sob o atributo do pensamento, ora sob o da extensão" (Escólio da Proposição 21 da EII). Cuida-se de um ousado movimento do pensamento do Séc. XVII que inverte o princípio tradicional fundador da moral como empreendimento de dominação das paixões pela consciência (DELEUZE, 2002, p. 24).

[40] "Um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por um afeto contrário e mais forte do que o afeto a ser refreado (EIV, P. 7); "O conhecimento do bem e do mal nada mais é do que o afeto de alegria ou de tristeza, à medida que dele estamos conscientes" (EIV, P. 8).

5. Conclusão

Como bom leitor de Shakespeare, Masoch trabalha intensamente com a mistura de afetos e suas ambiguidades (medo, prazer, dor etc.) e confere ao contrato a mesma materialidade desejante do "naco de carne" contratualizado de O Mercador de Veneza.

Entre justiça e segurança jurídica, estes dois polos geralmente conflitantes que informam a lei, o contrato e a sentença, Masoch opta por um tipo de "segurança racional-desejante", isto é, pela forma-contrato, sua literalidade e fixidez, mas sem abrir mão de um tipo muito peculiar e ao mesmo tempo libertador de justiça, que não se apoia num elemento externo (o Bem) nem tampouco no autismo kantiano (a pura forma), mas sim na *imanência* mesma do contrato, que tem o desejo por objeto, uma verdadeira sátira ao (estranho) desejo kantiano de obediência cega à lei. Há no masoquismo um claro desvio do *juízo* (moral) em direção a uma outra *justiça* que não provém do mundo antigo (Platão) nem tampouco da modernidade *mainstream*. Forja-se em Masoch, então, um sujeito capaz de escapar da ambiguidade do sujeito kantiano, que possui um duplo sentido, vale dizer, o de um sujeito da lei no sentido de "estar sujeito à lei", e também o de um sujeito feito pela lei, um "feito sujeito" (KREMER-MARIETTI, 1990, p. 67), isto é, um sujeito, de todo modo, "assujeitado".

Por isso os personagens de Masoch negam todo o esforço kantiano de naturalização da moral e que algo possa ser tido como *bem* ou *mal*.[41] Não há nada mais equivocado, portanto, do que afirmar, aprioristicamente, que o prazer derivado da imposição de dor é uma coisa má.[42] Do mesmo modo, nenhuma ação, considerada em si só, é boa ou má,[43] bons e maus são os *encontros* e as *relações* e *afetos* que surgem desses encontros, os quais, a depender das circunstâncias, serão capazes de aumentar ou de diminuir a nossa potência de agir, de conservar-nos. Ou seja, a Vênus de Masoch introduz importantes reflexões éticas e políticas, pois se situa no terreno das relações e da história, rompendo com a atemporalidade e com a-historicidade de uma moral oca e, em certo sentido, mortificada, esvaziada da dimensão afetiva.

Trata-se então de fazer existir, e não de julgar, de apossar-se de uma força para fazê-la sua, isto é, de um "combate-entre" (e não de um cambate-contra) em que uma força se enriquece ao se apossar de outra força, somando-se a ela num *novo conjunto* (DELEUZE, 2011, p. 170-173), num *devir* que em Masoch permite escapar do juízo e da servidão.

---

[41] Como se vê igualmente em Spinoza, que invoca o exemplo da música: "Quanto ao bem e ao mal, também não designam nada de positivo a respeito das coisas, consideradas em si mesmas, e nada mais são do que modos do pensar ou de noções, que formamos por compararmos as coisas entre si. Com efeito, uma única e mesma coisa pode ser boa e má ao mesmo tempo e ainda indiferente: Por exemplo, a música é boa para o melancólico, má para o aflito; nem boa nem má para o surdo" (Ética IV, Prefácio).

[42] Como afirmado por Lord Templaman, da House of Lords inglesa, Caso "Laskey and others v. The United Kingdom", julgado em fevereiro de 1997, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que confirmou a condenação imposta pela Justiça inglesa a três homens adultos acusados de sadomasoquismo.

[43] "Em vez disso, uma só e mesma ação é ora boa, ora má. Logo, podemos ser conduzidos pela razão (…) a essa mesma ação que é, no momento, má, ou seja, que surge de um afeto mau" (Spinoza, EIV, P. 59, Demonstração alternativa).

Essa é uma importante tomada de posição ética e também política, na medida em que, muito embora sem recorrer ao modo revolucionário de Sade e à superação da lei e do contrato – a um *fora*, portanto –, Masoch produz uma corrosividade interna do direito, uma nova relação com o direito, já agora verdadeiramente positiva e produtiva, e não uma saída do direito – ou uma negação-, em que, de dentro mesmo da principal figura jurídica da modernidade (o contrato), fundadora do Estado, é possível criar linhas de fuga em direção à liberdade.

Haveria em Masoch uma proposta conservadora, visto que não revolucionária, como em Sade? A resposta é negativa se pensarmos que o contrato de A Vênus das Peles amplia violentamente os limites internos do real e os leva às últimas consequências. Mas pode ser positiva, se tivermos em conta que Masoch constrói novos sentidos a partir de elementos *já dados*, produz uma nova linguagem com a velha gramática da lei e do contrato, um fabuloso engenho e ao mesmo tempo uma proposta epistemológica inusual, mas que não chega a surpreender quando se tem em mente que os escritores libertinos dos Séculos XVIII e XIX são artífices da razão, ou seja, iluministas a seu modo que se opõem à Igreja, à monarquia e a seus dogmas. Masoch, um revolucionário ou um conservador, um "conservador paradoxal", eis aqui mais uma ambiguidade humorística que o texto nos provoca a pensar.[44]

A Vênus das Peles, duramente criticada quando de sua publicação, é de uma impressionante contemporaneidade num cenário em que novos arranjos afetivos e desejantes interpelam a pura forma da lei. Uniões homoafetivas, multiparentalidade e o poliamor são apenas alguns exemplos de vivências que se cristalizam, como em Masoch, através da forma-contrato. A sua atualidade também resulta da radical inversão do uso dos afetos, que cumprem um papel ambíguo na modernidade, ora negados, ora utilizados como elementos centrais da coesão social (em Hobbes, o medo da morte violenta). Nesse sentido, mesmo sem uma filiação aparente, Masoch junta-se ao pensamento de Spinoza, filósofo "maldito" do XVII que nega a existência de hierarquia entre mente e corpo e, com isso, abre caminho à consideração dos afetos como coisas naturais que devem ser compreendidas.

A atualidade de um texto do século XIX demonstra também que a história do contrato e da lei é marcada por uma permanente tensão acerca do papel dos desejos e das paixões no direito e na própria política, uma tensão que está longe de

[44] "Mas haverá alguma via revolucionária? – Retirar-se do mercado mundial, como Samir Amin aconselha aos países do Terceiro Mundo, numa curiosa renovação da 'solução econômica' fascista? Ou ir no sentido contrário, isto é, ir ainda mais longe no movimento do mercado, da descodificação e da desterritorialização? Pois talvez os fluxos ainda não estejam suficientemente desterritorializados e suficientemente descodificados, do ponto de vista de uma teoria e de uma prática dos fluxos com alto teor esquizofrênico. Não se retirar do processo, mas ir mais longe, 'acelerar o processo', como dizia Nietzsche (...)" (DELEUZE & GUATTARI, 2011, p. 318). Como relembrado por Santiago (2014, p. 533), é essa também a proposta de Hardt e Negri quando sustentam estratégias de luta (por exemplo, a globalização do movimento operário) contra um poder imanente como o do Império. Como dito pelos próprios autores, "o Império só pode ser efetivamente contestado em seu próprio nível de generalidade, e levando-se os processos que ele oferece para além de suas limitações atuais. Temos que aceitar o desafio e aprender a pensar e agir globalmente. A globalização precisa ser enfrentada com uma contraglobalização, o Império com um contra-Império (HARDT & NEGRI, 2006, p. 227).

ser resolvida e à qual o campo jurídico, em especial, não vem sendo capaz de dar conta de forma adequada.

Enfim, em razão de sua inegável potência, o texto de Masoch é capaz de produzir um profundo incômodo nos leitores contemporâneos. Mas se pensarmos na violência e na imoralidade que marcam a história da forma-contrato na experiência liberal,[45] a história da Vênus das Peles soa até ingênua, quase um conto infantil ...

Referências bibliográficas

BOVE, Laurent. *Espinosa e a Psicologia Social. Ensaios de Ontologia Política e Antropogênese.* Tradução de André Menezes Rocha *et alii*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. *La Stratégie du Conatus. Affirmation et Résistance chez Spinoza.* Paris: VRIN, 2012.

CHAUI, Marilena. Da Impotência à Potência ou da Imagem do Livre-Arbítrio à Ideia da Liberdade. In: *O Mais Potente dos Afetos: Spinoza e Nietzsche.* André Martins (organizador). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas.* Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DELEUZE, Gilles. *Apresentação de Sacher-Masoch. O Frio e o Cruel.* Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1983.

_____. *Espinosa: Filosofia Prática*. Tradução de Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. São Paulo: Editora Escuta,

_____. Reapresentação de Masoch. In: *Crítica e Clínica*. 2ª edição. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. Para dar um fim ao juízo. In: *Crítica e Clínica*. 2ª edição. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____; GUATTARI, Félix. *O Anti-édipo*. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2011.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Berilo Vargas. 8ª edição. São Paulo/Rio de Janeiro: 2006.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.* Tradução de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *Lectures on Ethics*. Translated by Louis Infield. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1963.

[45] A invenção moderna do Estado; os contratos nupciais de conveniência em que o corpo feminino é objetificado; o contrato de compra e venda do escravo-corpo-objeto; o contrato de trabalho que subtrai a força de trabalho e a força produtiva do trabalhador em troca do salário; o arrendamento do latifúndio ao pequeno produtor rural; a sujeição por dívidas; a contratualização ocultada de todas as formas contemporâneas de "uberização" etc.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

_____. Resposta à Pergunta: Que é Esclarecimento? (Aufklärung). In: *Textos Seletos*. 3ª. Edição. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes *et al*. Petrópolis: Vozes, 2005

KERVÉGAN, Jean-François**.** La raison juridique kantiennne: morale, droit, étique. In: *Lectures de Kant, sous la direction de Michaël Foessel et Pierre Osmo*. Paris: Ellipses, 2010.

KREMER-MARIETTI, Angèle. *A Moral*. Tradução de Isabel Saint-Aubyn. Lisboa: Edições 70, 1990.

LE GOFF, Jacques. *Uma História do Corpo na Idade Média*. Tradução de Marcos Flamínio Peres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

MICHEL, Bernard. *Sacher-Masoch (1836-1895).* Tradução de Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000.

PRADO JUNIOR, Bento. A Filosofia das Luzes e as Metamorfoses do Espírito Libertino. In: *Libertinos Libertários.* Adauto Novaes (org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 48.

RAMOND, Charles. *Vocabulário Espinosa.* Tradução de Cláudia Berliner e Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SACHER-MASOCH. *A Vênus das Peles*. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1983.

SANTIAGO, Homero. Deleuze leitor de Masoch: da sintomatologia à ética. In: *Deleuze hoje*. São Paulo: Editora Fap-Unifesp, 2014.

SHAKESPEARE. *O Mercador de Veneza*. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016.

SPINOZA, Baruch. *Tratado Político*. Tradução de Manuel de Castro. In: Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009.

SUTTER, Laurent. *Deleuze: La pratique du droit*. Paris: Éditions Michalon, 2009.

VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: PUF, 2009.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZOURABICHVILI, François**.** Kant avec Masoch. In: *Multitudes*, 2006/2 n. 25, p. 87-100.



Detalhe da imagem da capa



Peças Processuais

• • •

PARECER

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

SEI nº 20.22.0001.0013020.2024-98

Origem: Conselho Nacional do Ministério Público

Ref.: Proposição que trata da 1ª Revisão do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público – PEN-MP 2020 a 2029

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

Trata-se de processo administrativo iniciado a partir do recebimento de ofício da Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, com o objetivo de encaminhar o Relatório da 1ª Revisão do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro 2020/2029. Destaca-se do referido documento que cada unidade deve definir anualmente 31 ações estratégicas e preencher o formulário eletrônico lá indicado.

Diante da natureza do objeto a ser discutido internamente, foi determinado o relacionamento destes autos com outros processos acerca da mesma temática e encaminhados à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais para adoção das medidas necessárias, bem como à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas para ciência.

No âmbito da SUBPPI os autos foram analisados pela Secretaria-Geral de Planejamento Estratégico, que inicialmente assim se manifestou, em síntese: (i) a proposta da CPE-CNMP é atualizar programas e ações estratégicas sem modificar missão, visão, valores e objetivos do Mapa Estratégico Nacional; (ii) a interpretação é a de que as unidades do Ministério Público devem executar as ações estratégicas da proposta, embora seja destacado que o PEN-MP é direcionador e de adesão voluntária; (iii) a Secretaria-Geral de Planejamento Institucional considerou as diretrizes institucionais vinculantes com a participação dos membros, por isso solicitou a prorrogação do prazo para resposta ao Ofício-Circular e orientações sobre a natureza vinculante das ações estratégicas e sua incorporação nos planejamentos locais.

Acolhendo a sugestão alvitrada, a douta Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais solicita ao Procurador-Geral de Justiça o

encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica, para que forneça orientações à Secretaria-Geral de Planejamento Institucional sobre a natureza vinculante das ações estratégicas na revisão mencionada. Mesmo que não sejam vinculantes, solicita-se orientação sobre a incorporação das ações estratégicas nacionais nos planejamentos estratégicos locais da SUBPPI para 2024/2026.

Em razão da necessidade de prorrogação do prazo inicialmente estabelecido pelo CNMP para o detalhamento das ações, foram adotadas as providências necessárias para o devido ajuste, tendo o prazo sido prorrogado até 30 de abril de 2024.

Em prosseguimento à instrução do feito, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

II

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro é um documento estrutural que estabelece diretrizes, objetivos e metas para a atuação do Ministério Público Federal e Estadual em todo o país. Esse planejamento visa a orientar as ações da Instituição, alinhando suas atividades com as demandas da sociedade e os princípios institucionais.

A filosofia estabelecida no Planejamento Estratégico Nacional é pautada no fortalecimento do Ministério Público Brasileiro, a partir da construção de uma agenda estratégica capaz de alinhar os distintos ramos da Instituição em torno de objetivos comuns, com foco na melhoria dos serviços prestados à sociedade. Para tal desiderato, a elaboração da estratégia respeitará a autonomia e a independência funcional de cada Instituição, buscando definir diretrizes convergentes, que possam contribuir para a maior eficiência do Ministério Público, bem como contribuir para identificar pontos fortes e as áreas de melhoria no Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro, auxiliando na sua implementação e na consecução dos objetivos já definidos no âmbito da autonomia de cada ramo.

Nesse sentido, o documento orienta que sejam avaliados os seguintes aspectos como relevantes ao Planejamento Estratégico: (i) a visão e a missão Institucional, seara em que se deverá avaliar a clareza e pertinência da visão e da missão estabelecidas no planejamento, ou seja, a visão de futuro que o Ministério Público busca alcançar e sua missão institucional; (ii) os objetivos estratégicos, identificando se os objetivos estratégicos estão alinhados com a visão e a missão, bem como se são específicos, mensuráveis, alcançáveis, relevantes e temporais; (iii) as metas, avaliando-se a definição de metas para cada objetivo estratégico, considerando sua viabilidade e relevância para o cumprimento da missão institucional; (iv) os indicadores de desempenho, quando se deverá verificar a existência de indicadores claros e adequados para mensurar o desempenho e o alcance das metas estabelecidas; (v) as estratégias e as ações, avaliando-se estratégias e ações propostas para atingir os objetivos estratégicos, considerando sua eficácia e adequação aos desafios enfrentados pelo Ministério Público; e (vi) o monitoramento e a avaliação, estabelecendo os mecanismos de

monitoramento e avaliação previstos no planejamento para acompanhar o progresso das ações e corrigir eventuais desvios. Essa análise pode contribuir para identificar pontos fortes e áreas que carecem de aperfeiçoamento no Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público Brasileiro, auxiliando na sua implementação e na consecução dos objetivos institucionais.

No que diz respeito à questão específica a cargo desta Consultoria Jurídica, é possível indicar que as ações estabelecidas no Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público Brasileiro geralmente são direcionadas ao estabelecimento de diretrizes e orientações para todas as unidades do Ministério Público Federal e Estadual. Isso significa que as ações delineadas no planejamento são recomendadas e incentivadas para serem seguidas por todas as unidades, visando, na medida do possível, ao delineamento da uniformidade dos objetivos e à eficácia na atuação institucional em todo o País.

No entanto, é importante notar que a vinculação efetiva a essas ações pode variar de acordo com a autonomia e a estrutura de cada unidade do Ministério Público. Em alguns casos, o Planejamento Estratégico Nacional pode estabelecer diretrizes que devem ser obrigatoriamente seguidas por todas as unidades, enquanto em outros as unidades terão certa margem de autonomia para adaptar as ações à realidade local, desde que estejam alinhadas com os objetivos estratégicos gerais.

São ainda estabelecidas metas de acompanhamento para garantir a efetividade do planejamento em todas as unidades.

Especificamente quanto à Primeira Revisão do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público 2020/2029, já é possível verificar, no Portal do CNMP (https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-nacional/1-revisao-pen-2020-2029), o relatório final desenvolvido por meio de um Painel de *Business Intelligence*, no qual foram utilizados dados do Sistema Nacional de Projetos (SisBNP). Da análise desse Painel é possível correlacionar as iniciativas registradas pelas diversas unidades do Ministério Público com os Objetivos Estratégicos Nacionais do Planejamento Estratégico Nacional (PEN-MP 2020/2029).

O meticuloso processo de revisão conduzido pela Comissão de Planejamento Estratégico visou garantir que o plano estratégico proposto estivesse alinhado às necessidades atuais e às expectativas futuras do Ministério Público Brasileiro, refletindo um compromisso contínuo com a eficiência, a eficácia e a relevância dos programas e ações a serem implementados por toda a Instituição.

A partir dessas considerações de caráter propedêutico, é possível avançarmos na razão de ser do encaminhamento do expediente a esta Consultoria Jurídica, mais especificamente em relação à forma de compatibilizar o planejamento local com o planejamento nacional, isto com os olhos voltados ao caráter vinculante, ou não, deste último.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que os órgãos diretamente envolvidos nessa temática, que interagem com a Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público, podem melhor avaliar o contexto no qual o Planejamento Estratégico Nacional foi estruturado, alcançando conclusões que se afeiçoem a uma compreensão sistêmica a respeito dessa temática no âmbito nacional. Esta Consultoria Jurídica, à evidência, tem acesso ao texto, mas não ao contexto que direcionou sua elaboração e que influirá no delineamento do seu sentido.

Feita esta observação inaugural, observa-se que o Planejamento Estratégico Nacional parece ter sido estruturado com o objetivo de estabelecer um fio condutor para todas as unidades federativas, compartilhando boas práticas e difundido resultados exitosos, de modo que toda a população brasileira, sem exceções, possa usufruir dos benefícios obtidos com a atuação do Ministério Público. Unidade e diversidade, apesar de veicularem conceitos aparentemente antinômicos, hão de coexistir nesse processo. Assim ocorre porque a unidade nacional somente pode surgir a partir do processo de construção das diversidades locais. Em outro extremo, as diversidades locais passam a ser delineadas a partir da influência da unidade nacional, colmatando lacunas e propiciando o seu aperfeiçoamento. Como se verifica, em um plano puramente conceitual, há uma relação contínua de osmose recíproca entre unidade e diversidade. E nem poderia ser diferente, porque, no momento em que a unidade nacional pretender subjugar a diversidade local, ela será manifestamente inconstitucional, isto por simplesmente suprimir a autonomia das diferentes unidades do Ministério Público Brasileiro.

Ao analisarmos o Ofício Circular n. 6/2024/CPE, que inaugura o presente expediente, lemos o seguinte:

> 3. Como resultado, o Relatório Final destaca os programas e ações estratégicas a serem priorizados no triênio 2024-2026. É relevante mencionar que o Mapa Estratégico e demais elementos do plano original foram preservados, e as iniciativas não selecionadas nesta revisão foram incorporadas ao Banco de Ideias, repositório que possibilitará o aproveitamento de todo o conteúdo como sugestão de atuação pelos integrantes do Ministério Público.
>
> 4. Registra-se que ao longo dos três anos de vigência do PEN-MP revisado, cada unidade definirá anualmente 31 ações estratégicas (16 da área finalística e 15 da área estruturante) para serem executadas, deixando para os anos subsequentes as ações ainda não contempladas nos anos anteriores. Com isso, o preenchimento do Radar Estratégico também observará essas escolhas, garantindo com que a unidade ou ramo do MP tenha foco e autonomia para contribuir com o Planejamento Estratégico Nacional, de acordo com

> suas capacidades institucionais. Assim, o plano poderá ser cumprido de maneira escalonada e planejada, respeitando as particularidades e necessidades de cada unidade do Ministério Público.

A análise do item 3 do Ofício Circular permite afirmar que o planejamento nacional foi construído a partir das iniciativas locais, sendo que as iniciativas não selecionadas foram incorporadas ao banco de ideias, que forma uma espécie de "sugestão de atuação" para os membros. A *contrario sensu*, é possível alcançar a natural inferência lógica de que o que consta do Planejamento Nacional seria de observância obrigatória.

O item 4, por sua vez, assegura a cada unidade a definição de 31 ações estratégicas a serem executadas. Com isso, serão deixadas para os anos anteriores as que superem esse quantitativo. As escolhas realizadas no âmbito das 31 ações estratégicas serão observadas no âmbito do Radar Estratégico, garantindo a autonomia de cada unidade do Ministério Público para contribuir com o Planejamento Estratégico Nacional. Dessa maneira, almeja-se que o Plano Nacional seja cumprido de maneira escalonada e planejada, respeitadas as particularidades e necessidades de cada unidade do Ministério Público.

A partir dos termos desse Ofício Circular, entende esta Consultoria Jurídica, sub censura, considerando a expertise dos órgãos que acompanharam as discussões que culminaram na definição do Planejamento Nacional e de sua Revisão, que: (1) o Planejamento Nacional é de observância obrigatória; (2) a liberdade valorativa das distintas unidades do Ministério Público se situa na definição das 31 ações estratégicas. Essas conclusões, aliás, não se distanciam do que fora ressaltado pelo douto Secretário-Geral de Planejamento Institucional (index 3171883), no sentido de que "a interpretação que se extrai da presente demanda encaminhada pela CPE_CNMP é no sentido de que estariam as unidades do Ministério Público brasileiro vinculadas à execução das ações estratégicas contidas na proposta de revisão, consolidadas através do processo de construção que envolveu segmentos administrativos das unidades do Ministério Público. Embora a CPE_CNMP tenha consignado que o PEN-MO **"***Por sua transversalidade, possui caráter direcionador, não vinculativo e de adesão voluntária".*

Apesar da constatação anterior, ainda remanesce um questionamento: como o planejamento nacional irá coexistir com o planejamento local?

Ao nosso ver, a resposta ao questionamento anterior passa pela definição de uma premissa fundamental, qual seja, a de que o planejamento estratégico no âmbito do MPRJ tem natureza vinculante, caso seja observado o disposto no art. 11, parágrafo único, da Lei Complementar n. 106/2011 e na Resolução GPGJ n. 2.358/2020, que prevê a participação dos membros da Instituição. A vinculatividade, portanto, encontra origem na lei, o que significa dizer que a lei estadual não pode ter a sua força normativa afastada por ato administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público. Com os olhos voltados a essa constatação, deve-se buscar uma forma de compatibilizar o planejamento local com o planejamento nacional.

Mais uma vez emitindo um juízo de valor passível de censura, considerando a existência de órgãos especializados nessa temática no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça, entende esta Consultoria Jurídica que a melhor forma de harmonização seria buscar o enquadramento do planejamento local no espaço de conformação oferecido pelo planejamento nacional, e, quando isto não se mostrasse possível, ambos teriam que coexistir. Esta interpretação, é importante frisar, parece destoar, como vimos, do que consta do tópico 4 do Ofício Circular, que posterga para os exercícios seguintes a execução das iniciativas que ultrapassem o espaço de conformação deixado às unidades do Ministério Público em cada ano. Por outro lado, é possível que o Conselho Nacional do Ministério Público não tenha considerado a previsão legal de vinculatividade do planejamento estratégico de âmbito local.

III

É o que esta Consultoria Jurídica tem a dizer em relação à 1ª Revisão do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tribunal de Justiça
5ª Câmara de Direito Público
Proc. Nº 0806270-96.2023.8.19.0001
Apelação Cível
Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Apelado: WAGNER GOMES ROSA

Pretensão de Segurança. Concurso Público para o Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro. Ato de eliminação do Impetrante para o cargo de (Artífice) – Lanterneiro do Corpo de Bombeiros, em razão do limite etário definido no edital. Ausência de lei restringindo a efetividade do direito fundamental (acesso ao trabalho). Lei inconstitucional por vício de iniciativa. Limitação do direito fundamental por ato normativo (edital) sem base legal. Uso da equidade para efetividade do Direito. Norma que confere direitos relacionados aos objetivos da República. Status de direito fundamental. Impossibilidade de interpretação restritiva, posto que conduz a negação de vigência da própria Constituição. A Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal dispõe que o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. Candidato que irá desempenhar a função de Lanterneiro, distinta das outras atividades militares. Limite de idade que não se justifica pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Juízo de equidade individual (epiqueia). Espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada, a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes. Presunção de legitimidade dos atos administrativos ilidida. Direito líquido e certo assegurado na Constituição da República. Substituição da sentença por acórdão de igual teor.

Egrégia Câmara,

O Estado do Rio de Janeiro insurge-se contra a r. sentença (doc. 105968742) que concedeu a segurança e confirmou a liminar, extinguindo o processo, com resolução de mérito, para fins de declarar a nulidade do ato administrativo que, com base no critério exclusivamente etário, considerou o Impetrante inapto e, via

de consequência, determinar a inclusão definitiva do candidato impetrante na lista dos candidatos habilitados ao provimento do cargo de Soldado Bombeiro Militar do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de [Edital 001/2023], no cargo QBMP 3 (Artífice) – Lanterneiro, bem como em todas as etapas posteriores ao exame documental, adotando todas as medidas necessárias para que o Impetrante não seja excluído do certame, inclusive do curso de formação, pelo exclusivo critério etário, tudo sob pena de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (mil reais) e limitada a R$ 30.0000,00 (trinta mil reais).

Em suas razões (doc. 113684231), alega que: i) a legalidade da eliminação da parte autora, em razão da previsão do critério etário em edital; ii) a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que qualquer restrição etária, limitando os candidatos que poderão participar do concurso e eventualmente serem nomeados e empossados, deve-se justificar pela natureza das atribuições do cargo; iii) não há dúvidas acerca da adequação e da necessidade na hipótese dos autos, bem como dos benefícios da restrição editalícia, na medida em que o concurso está sendo realizado para prover cargos do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, que estarão sujeitos às mais imprevisíveis adversidades; iv) ao Poder Judiciário é vedado adentrar no mérito do ato administrativo, cuja manifestação é expressa pelo juízo discricionário do Administrador Público, conforme a lição da melhor doutrina e, também, da jurisprudência dominante.

Contrarrazões (doc. 114804389)

Vejamos a quem assiste razão.

Pretende o apelado a concessão da segurança para que possa prosseguir no concurso público para ingresso ao quadro de Soldado Bombeiro Militar – Especialidade Lanterneiro, do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, anulando a sua eliminação do certame, em razão do limite máximo de idade fixado exclusivamente no edital, e garantindo em definitivo sua convocação e participação nas demais etapas do certame de acordo com a classificação e com as convocações para a respectiva turma do Curso de Formação da CBMERJ.

Aduz que a Lei Estadual nº 9546/2022, que estabelece o limite de *idade em 32 anos, é inconstitucional, pois tem vício de iniciativa*, uma vez que foi proposta por Deputados. Relata que, em 2019, foi aprovada a Lei nº 8.658/2019, de autoria da Deputada Martha Rocha, a qual fixava a idade limite para o ingresso na PMERJ e CBMERJ em 35 anos de idade, tanto para o Oficial quanto para Praças. Contudo, a referida lei foi suspensa, diante de sua inconstitucionalidade por vício de iniciativa, que deveria ter sido proposta pelo Governador do Estado, ou seja, não existe lei formal e específica quanto a este tema, posto que existe apenas o edital como norma.

Portanto, cinge-se a controvérsia em saber se a imposição de faixa etária no edital do certame em questão, padece ou não de vício de legalidade.

Inicialmente, é de se observar que a limitação de idade encontra esteio na Constituição Republicana de 1988, bem como na Constituição Estadual, senão vejamos:

> CRFB/88:
>
> Art. 142 (...) X - *a lei disporá* sobre o ingresso nas Forças Armadas, *os limites de idade*, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, *consideradas as peculiaridades de suas atividades*, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.
>
> CERJ:
>
> Art. 91 - São servidores militares estaduais os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.
>
> §9º - A *lei disporá sobre os limites de idade*, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.

No caso em tela, porém, o direito líquido e certo do autor decorre da inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.546/2022, sem limitação legal para o direito, uma vez que, em hipótese semelhante, o E. TJRJ declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.658/2019, que fixou idades mínima e máxima para ingresso na carreira militar em razão de vício de iniciativa (Representação de Inconstitucionalidade nº 0003627-12.2020.8.19.0000, com trânsito em julgado em março de 2022). Vejamos:

> REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 8.658/2019. DEFINIÇÃO DAS IDADES MÍNIMA E MÁXIMA PARA INGRESSO NAS CARREIRAS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUTORIA PARLAMENTAR.
>
> 1) Lei estadual questionada que se reveste de densidade normativa suficiente para que não seja caracterizada como ato de efeito concreto, sendo, pois, admissível a sua análise em sede de controle concentrado. Conhecimento da representação formulada.
>
> 2) Consoante o disposto nos artigos 91, caput, e 184, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, na qualidade de servidores militares estaduais, encontram-se subordinados ao Governador do Estado.

> 2.1) Por sua vez, o artigo 112, §1º, II, "b", da mesma Carta, estabelece que são de iniciativa privativa do Governador as leis que disponham sobre servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.
>
> 2.2) A definição da idade máxima para ingresso nas carreiras das Corporações Militares do Estado do Rio de Janeiro guarda relação direta com o regime jurídico de servidores públicos, bem assim com o provimento de cargos, sendo, portanto, matéria inserta no campo da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo.
>
> 2.3) Sendo a legislação impugnada de autoria parlamentar, forçoso reconhecer o manifesto vício de iniciativa, o que implica em sua inconstitucionalidade formal.
>
> 3) A inobservância da iniciativa privativa de lei importa ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 7º da Constituição Estadual, motivo pelo qual resta, também, configurada a hipótese de inconstitucionalidade material.
>
> 4) Concessão da liminar que se impõe, vez que satisfeitos os pressupostos legais, a fim de suspender os efeitos da Lei Estadual nº 8.658/2019.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no verbete de Súmula nº 683, estabelece que:

> O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, *quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido*.

Note-se que estamos falando de um direito previsto na Constituição da República e que tem aplicabilidade imediata, onde nem a ausência de Lei impede a sua efetividade, pois a natureza do direito é de eficácia imediata, como determina o art. 6º da Constituição da República:

> Art. 6º - São direitos sociais, a educação, a saúde, *o trabalho*, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os Direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à existência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os Direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui o Direito ao trabalho (art.6º).

> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora *torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (arts.5º a 11*) e das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art.12), à soberania (arts.14 a 16), e à cidadania (art. 1º, inciso II; art.22, inciso XIII).

Sendo que, o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição da República afasta qualquer dúvida quanto a essa efetividade imediata ao determinar:

> §1º - As normas *definidoras de direitos e garantias fundamentais* têm aplicação imediata.

Os Direitos fundamentais de aplicabilidade imediata estão relacionados aos objetivos da República Federativa do Brasil:

> Art.3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Por esta razão, a Constituição da República, quando trata no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, confere aplicabilidade imediata no artigo 6º, como referido e no art. 7º determina:

> Art.7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social:
>
> *A garantia no seu inciso XXIX, de que apenas prescrevem*:
>
> XXIX- *a ação*, quanto a *créditos* resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de...

Nesse contexto, nos termos do art. 20 da LINDB, considerando as consequências práticas da decisão e a partir de uma análise econômica do Direito, parece-nos razoável exigir a limitação etária para o cargo de Bombeiro Militar, em razão do vigor físico exercido no desempenho da profissão, *desde que tal limitação esteja prevista em legislação específica*. Todavia, no caso em análise, o cargo a ser desempenhado pelo autor, lanterneiro (QBMP 3 – artífice), não exige maiores esforços físicos, que são exigíveis para outras atividades militares:

> Art. 20. *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
>
> Parágrafo único. *A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato*, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Em outras palavras, se o candidato irá desempenhar tão somente a função de lanterneiro, distinta das atividades exercidas pelos demais bombeiros, não é razoável que se exija limitação etária tão extrema, diante da ausência de correlação da idade com a função técnica a ser exercida.

Ao fazer essa interpretação conforme a Constituição e a natureza do Direito, a Administração Pública aumenta o leque de candidatos postulantes ao cargo, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame, e aperfeiçoa a prestação do serviço público com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública.

Como norma que confere direitos relacionados aos objetos da República, devemos ter em conta que a Constituição ao conferir-lhe status de direito fundamental, impede a interpretação restritiva, posto que conduz a negação de vigência da própria Constituição.

Se o Direito não está regulado em lei, devemos recorrer à equidade para conferir-lhe eficácia, como impõe a Constituição da República através do mandado de injunção em face da ilegalidade ou abuso de poder pela limitação em contraste com os comandos Constitucionais.

Tal postura se coaduna com a previsão do art. 37 da CRFB/1988, que, com a redação dada pela Emenda 19/1988, instituiu o princípio da eficiência dentre os vetores da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Desta forma, a não ser que a instituição que realiza o certame traga aos autos, excepcionalmente, documentação específica, estabelecida em alguma resolução,

referente ao cargo a ser desempenhado, não se vislumbra óbice que o candidato continue a participar das demais etapas do certame, sobretudo porque o Impetrante foi submetido ao teste de aptidão física e exames médicos, tendo sido considerado apto pela própria Administração Pública.

Por fim, como muito bem pontuado pelo MM. Juiz:

> "Do art. 2º, da Lei 9.546/22 percebe-se que o limite etário foi estabelecido de maneira genérica, a todo e qualquer cargo dentro da carreira de policial ou bombeiro militar. Tal técnica legislativa acabou por ser incapaz de observar casos em que, diante das atribuições do cargo, tal limitação seria injustificável diante do princípio constitucional do acesso aos cargos públicos via concurso público que, em última análise, concretiza o princípio republicano e os que dele decorrem, como a impessoalidade e a isonomia.
>
> Sendo assim, compreende-se pela ilegalidade da limitação etária, no caso, haja vista que as atribuições para o cargo de lanterneiro não justificam tal restrição".

Aristóteles foi o primeiro grego a constatar que a *recta ratio*, a lei, era como uma régua de madeira que se aplicava perfeitamente para medir superfícies planas, mas quando havia a necessidade de dimensionar superfícies sinuosas, deixava espaços em branco entre a norma e a realidade posta em julgamento. *A imaginada razão suprema representada pela lei, a ratio summa, necessitava de uma flexibilidade que pudesse medir essas circunstâncias individuais e criar a regra nas hipóteses em que a lei era insuficiente, como frequentemente ocorria com o ius civilis, a lei em Roma* e como ocorre agora nesses autos.

A *regulae* da "arte da medida" necessitava de mais flexibilidade para revelar o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão. A lei deveria não ser uma régua rígida sem flexibilidade[1], mas uma régua como a da ilha de Lesbos, que por ser flexível, podia medir as superfícies sinuosas, não deixando espaços sem definição[2]. *É na Ética a Nicômaco, que Aristóteles revela o valor e a distinção entre a equidade individual (epiquéia) que considera o contraste entre as circunstancias individuais e o comando legal e a equidade social, quando pela ausência de lei, não há regra para a situação posta em análise*[3].

---

[1] "Pois o direito deve adaptar-se a aquelas coisas que acontecem frequentemente e facilmente, e não as que muito raramente acontecem". *Cfr.* D.1,3,5. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19,* p. 56, Version castellana por A. D`Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

[2] "*O que se estabeleceu contra a razão do direito não podemos seguir a regra do direito*". (Iul.27dig.). *Cfr.* D.1,3,15. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19,* p. 56, Version castellana por A. D`Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

[3] ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, p. 121, São Paulo, Editora Martin Claret, 2008.

A primeira é a hipótese do cego que entra com o seu cão guia em um local público, onde é proibida a entrada de animais. A norma de higiene, se aplicada sem a consideração das suas necessidades especiais , impede o seu livre exercício de ir e vir, direito fundamental que só vai ser reconhecido se considerada a sua individualidade , reveladora do seu valor igualitário como cidadão.

A equidade social é buscada nas redes intersubjetivas que se formam no tecido social, ligando um número significativo de pessoas, que expressam valores contemporâneos da sociedade, quando a situação em conflito não encontra previsão legal. É o caso, por exemplo, das relações homoafetivas, que negam os direitos sociais a casais homossexuais, não lhes reconhecendo o mesmo valor que casais heterossexuais, no que respeita a direitos hereditários e sociais, como pensão, etc.

Em ambos os casos, a desconsideração desta desigualdade afasta a efetividade de direitos fundamentais como a hipótese de acesso ao trabalho como causa de pedir da segurança.

Os romanos descobrem que a lei, nessas circunstâncias, não é a recta ratio, mas o princípio referencial , que aliada à doutrina e a jurisprudência, possibilita ao aplicador da lei, revelar a lei natural dos humanos, o costume em relação a esse valor, no momento da realização da justiça[4].

Dentro deste espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada[5], a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes, *motivadamente*, vai construir uma ordem que expresse a harmonia e o equilíbrio entre a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, posto que recorriam a jurisconsultos para melhor alcançar o justo e verdadeiro[6].

---

[4] A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço. O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção. TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção, *Revista de Processo* nº 56, p.43, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

[5] Código Suíço de 10 de dezembro de 1907(como em 23 de janeiro de 2023): ao se referir a aplicação da lei estabelece no seu Art. 1-1.A lei se aplica de acordo com a sua redação ou interpretação a todas as questões jurídicas para as quais ela contém uma disposição. 2. Na falta de disposição, o tribunal decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na falta de direito consuetudinário, de acordo com a regra que faria enquanto legislador. 3.Ao fazê-lo, o tribunal seguirá a doutrina e a jurisprudência estabelecidas. E a discrição judicial no seu Art. 4. Quando a lei confere discricionariedade ao tribunal ou faz referência a uma avaliação das circunstâncias ou a uma boa causa, o tribunal deve proferir a sua decisão de acordo com os princípios da justiça e da equidade.

[6] O parecer do jurisconsulto não se beneficia de qualquer poder coativo, que só o tem o magistrado. Desta forma, o sentido das *responsa prudentium* é o de exprimir o conteúdo de uma regra individual (por dirigida ao caso concreto) que a decisão dos magistrados tornará obrigatória. O seu valor como fonte de conhecimento do Direito estará, assim, ligado ao modo de produção de Direito em que a responsa se inspire: lei, costume, edito, *senatus consulto*... E foi através do seu labor sobre estes diversos fatos de produção normativa que a jurisprudência deu um caráter substancialmente unitário à ordem jurídica romana elaborando conceitos, figuras, regras, princípios comuns a tais fatos. Por isso, a *interpretatio prudentium* não é só método, mas também substância jurídica, ela é essencial para a conservação do edifício social romano. BARBAS HOMEM, Pedro. *Jus e Lex, Estudos de Direito Romano*, p.227, Editora AAFDL, 1989.

Portanto, *para os Romanos a lei não é a expressão absoluta da razão, mas o referencial que dentro do discricionário, constitui uma ordem justa e verdadeira como expressão da consciência jurídica geral da maioria da comunidade.*[7]

O Direito para os romanos, no que respeita a lei, era a referência para o metodológico no caminho do justo, constituído através da sua praeceptio iuris: honesto vivere (não abusar do seu direito); alterum non laedere (não prejudicar ninguém); cui cuique tribuere (dar a cada um o que é seu).

Revelam que uma pergunta, mesmo com uma resposta incompleta, é mais valiosa do que uma resposta trivial, posto que impulsiona o pensamento na busca da razão, revelando o sistema da dúvida sistemática. Também se utilizavam do reducionismo científico de Descartes, descoberto no século XVII, ao estabelecerem os limites da discussão do justo pela "litis contestatio"[8], estabelecida pelo colegiado dos pretores, que definia o objeto do processo.

Consequentemente, pelos elementos dos autos, há direito líquido e certo ao prosseguimento do Impetrante no certame, devendo ser mantida a sentença concessiva da segurança que impediu o abuso de poder.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão de igual teor.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2024.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

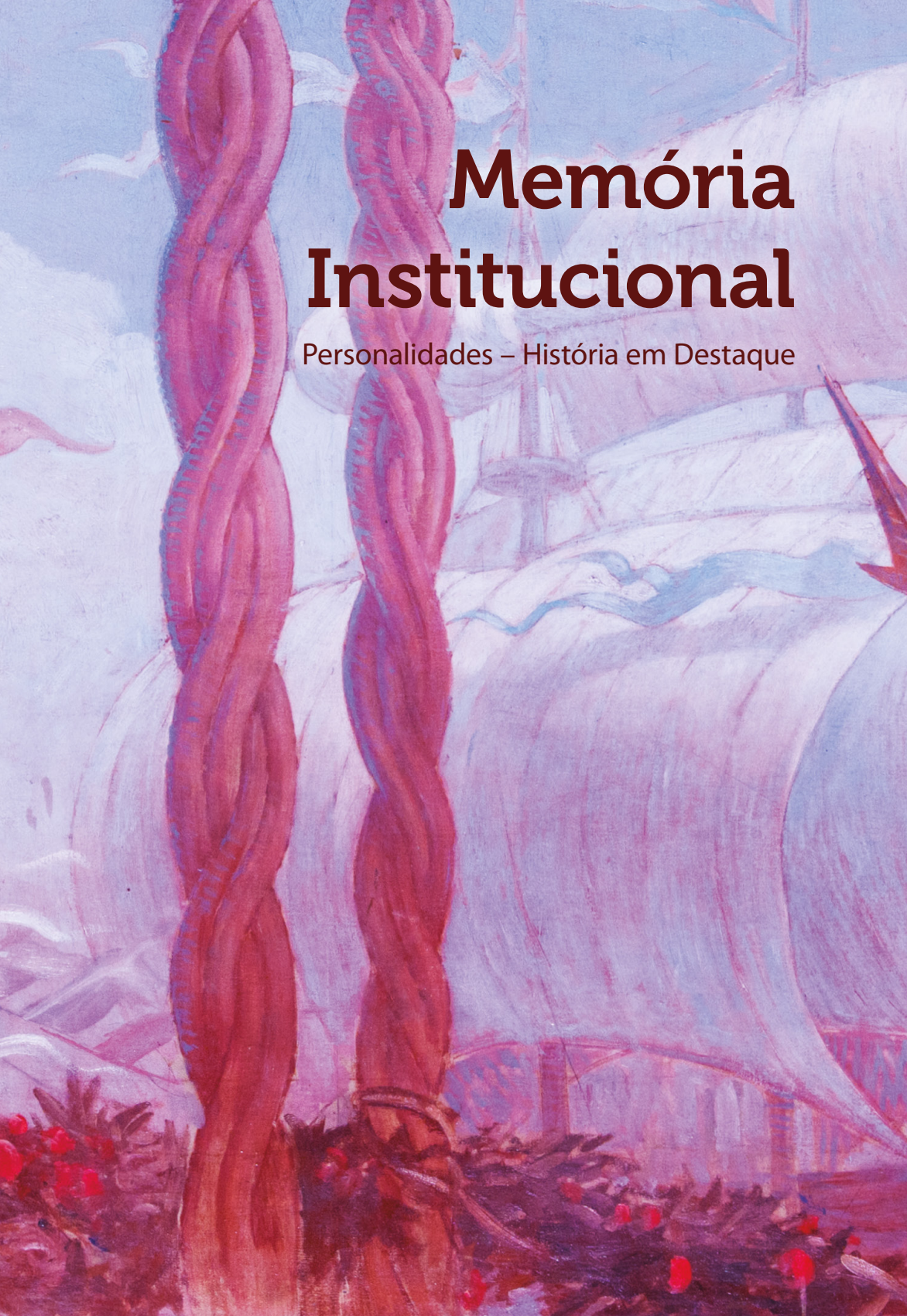
Procurador de Justiça

[7] "Compreender as leis não consiste em reter suas palavras, mas em compreender seu fim e seus efeitos." (Cels.26 dig). Cfr. D.1,3,17. "As leis, para respeitar sua vontade, devem ser benignamente interpretadas." (Cels.29 dig.). *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19,* p. 56, Version castellana por A. D`Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

[8] A *litis contestatio* da época clássica era aquele momento do processo, *em que definitivamente se fixava na fórmula o objeto da controvérsia*. Nesse momento a posição jurídica dos litigantes ficava perpetuada; o juiz tinha de julgar de harmonia com ela. O efeito principal e característico da *litis contestatio* clássica era o da consumação da ação. Quer dizer, uma ação que, por uma determinada *causa iuridica*, tivesse sido objeto de uma *litis contestatio*, já não podia voltar a propor-se, outra vez, com base na mesma causa -o que se exprimia pelos adágios "*non bis in idem*" ou "*bis de eadem re ne sit action*". CRUZ, Sebastião. *Direito Romano, I Introdução.* Fontes, 4ª edição, Coimbra 1984, nota 296, p. 246, com referência a A. D`ORS, *Elementos,* p. 73.



Detalhe da imagem da capa



Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades,* diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

• • •

A gênese e a história



Foto com as assinaturas dos aprovados no primeiro concurso de provas e títulos (1950) para ingresso no Ministério Público do Distrito Federal à época do Procurador-Geral de Justiça Theodoro Arthou, 15/02/1951. | *Acervo Everardo Moreira Lima.*

Na 9ª edição do projeto História em Destaque, apresentamos uma homenagem aos aprovados no primeiro concurso de provas e títulos do Ministério Público do Distrito Federal, à época do Procurador-Geral de Justiça Theodoro Arthou (1950-195). Trata-se de uma foto de 15 de fevereiro de 1951, pertencente ao Procurador de Justiça Everardo Moreira Lima (1924-2024), com 18 dos aprovados no certame.

Mesmo uma pessoa que diz não gostar de história, comumente em seu discurso sucumbirá às lógicas narrativas que valorizam "o início primordial", a primazia de uma trajetória. Nós historiadores, temos um olhar crítico e científico sobre o passado. Sabemos que o "começo verdadeiro", o mito primordial dos tempos fundadores é matéria de análise não como um simples fato relatado, mas como processos

recheados de versões, rupturas, continuidades, questões ditas, silenciadas etc. Porém, entendemos que toda história narrada se inicia numa espécie de gênese grandiosa.

O mito da gênese fundamenta a construção de um tempo primordial "verdadeiro" que só existe com um início e, sem o qual, não se pode começar nenhuma história. A memória institucional não foge à regra, e se tem um início épico, este é o ingresso, seja por concurso e posse, seja por contratação, de cada indivíduo que construiu e constrói a força do Ministério Público do Rio de Janeiro.

No Brasil, o ingresso na carreira pública por meio de concurso público foi regulamentado pela primeira vez na Constituição Federal de 1934. Até então, a legislação era omissa, apenas indicando os critérios para o exercício de algumas profissões em caráter permanente da administração estatal. Sem sistematização, o ingresso na função pública ficava à mercê das indicações políticas. Somente com a Carta Constitucional de 1946, o ingresso no funcionalismo público nas carreiras iniciais da Justiça, Ministério Público, Educação e Cultura passou a exigir o concurso público de provas e títulos, com estabilidade após dois anos para fins de aposentadoria, licença, disponibilidade e férias.

Dr. Everardo não assinou o registro fotográfico, mas recolheu as assinaturas dos presentes e de três colegas aprovados, porém não empossados na ocasião: Maurílio Bruno, José Ribeiro de Castro Filho e Hélio César Pena e Costa. Estão na imagem da esquerda para a direita: Álvaro Duncan Ferreira Pinto; José Júlio Guimarães Lima; Carlos Dodsworth Machado; Joel Ferreira Dias; Basileu Ribeiro Filho; Mozart Mattos; Marcelo Maria Domingues de Oliveira; Newton Marques Cruz; Everardo Moreira Lima; Alberto de Almeida e Albuquerque; Hortêncio Catunda de Medeiros; Procurador-Geral da Justiça, Theodoro Arthou; Jorge Alberto Romeiro; Rafael Cirigliano Filho; Geraldo de Almeida Pinto; Eugênio de Vasconcelos Sigaud; Pedro Henrique de Miranda Rosa e Celso Agrícola Barbi.

Publicado em 29/10/2021.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA

11/11/2020
PRIMEIRA TURMA
RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S): MÁRIO CESAR SANDRI
ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: *"o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixar a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Brasília, 30 de outubro a 10 de novembro de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR

11/11/2020
PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA
RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S): MÁRIO CESAR SANDRI
ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra que, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, negou seguimento ao *habeas corpus*. A decisão foi assim ementada:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

3. Neste recurso, a parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que *"a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado"*. Sustenta que o HC 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna *"justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso"*.

4. Com essas considerações, a defesa requer a nulidade da decisão proferida pelo STJ e a *"suspensão do processamento da Ação Penal n. 0008918-31.2012.8.24.0033 até o julgamento final do HC 185.913/DF pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal"*.

5. É o relatório.

11/11/2020
PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464 / SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. O recurso não deve ser provido.

2. Inicialmente, indefiro o pedido de suspensão do *habeas corpus* até que haja o julgamento do HC 185.913, Rel. Min. Gilmar Mendes. Não obstante a relevância dos argumentos para que Sua Excelência afete o julgamento daquele caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática de 23.09.2020), não há previsão legal que impeça o andamento de outros processos. Atenho-me à celeridade com que devem ser julgados os *habeas corpus*, como é o presente.

3. Quanto à pretensão recursal, a parte recorrente não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

4. Em essência, a decisão monocrática negou seguimento ao *habeas corpus* porque: (i) o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, em princípio, *"é incabível recurso contra decisão que não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade"*; e (ii) as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva.

5. Discute-se a possibilidade de iniciar tratativas sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), a pedido da defesa, em processo em curso. No caso, já havia sentença penal condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio STJ, à época em que entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Ao assentar a inadmissibilidade da pretensão defensiva, apoiei-me em entendimento exposto pelos eminentes Min. Marco Aurélio no ARE 1171894 e Min. Cármen Lúcia no HC 186.289.

6. Considerando que a questão ainda não está madura, uma vez que as decisões referidas são monocráticas, aprofundo o enfrentamento.

7. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP[1]).

[1] 1 Art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal: *"Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade"*.

8. Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"* (art. 5º, XL). A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal**2**. Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (*tempus regit actum*)**3**.

9. Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.

10. A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

11. Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

12. A leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere *investigado* (e não réu) ou porque aciona o *juiz das garantias* (que não atua na instrução processual)**4**, mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10**5**).

13. Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

14. O instrumento, embora inovador e pioneiro em certa medida, não é o primeiro incluído na legislação processual com o objetivo de revisitar a *obrigatoriedade*

---

[2] Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*.

[3] 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"*.

[4] Art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal: *"O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;"*

[5] Art. 28-A do Código de Processo Penal: *"§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia."* e *"§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia."*

da ação penal. Podem ser citadas a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada nesse caminho.

15. O STF teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/1995. Em precedente paradigmático, de relatoria do Min. Moreira Alves, ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal:

> "*HABEAS CORPUS*. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). *Lex mitior.* Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. – Se já foi protalada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. *Habeas corpus* indeferido." (HC nº 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996**6**)

16. Nesse sentido, para o caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o STF consolidou o entendimento de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal (seja condenatória ou absolutória, como se vê do HC nº 77.877, Rel. Min. Sydney Sanches). A *ratio decidendi* do precedente acima reproduzido deve ser aplicada ao ANPP, observadas suas peculiaridades em relação à suspensão condicional do processo. É que o ANPP, como dito, se esgota antes do oferecimento e do recebimento da denúncia e, diferentemente, a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

17. Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação

[6] O precedente foi referenciado no HC nº 115247, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.11.2013.

do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

18. De fato, o ANPP tem maior semelhança com a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) e, quanto a esse instrumento, há precedentes do STF no sentido de que, inaugurada a fase processual, há preclusão da oferta de transação:

> I. Transação penal (L. 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. II. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (L. 4.898/65)." (HC 77.216, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.06.1998[7])

> SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. ARTS. 89 E 76 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICAÇÃO NO TEMPO. RETROATIVIDADE.
>
> A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5º, LV).
>
> Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma.
>
> Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo.
>
> Precedentes da Corte.
>
> Recurso extraordinário não conhecido." (RE 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.04.1998)

[7] O precedente foi referenciado no HC nº 125626, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.06.2017.

19. Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

20. A Primeira Turma do STF se pronunciou, na sessão de 13.10.2020, sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da regra prevista no art. 171, § 5º, do Código Penal. Pela inovação legislativa, a ação penal que versa sobre estelionato, ressalvadas algumas hipóteses, tornou-se condicionada à representação do ofendido. Questionava-se se a alteração atingia ações penais em curso, definindo-se que a regra se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei:

> *"HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI Nº 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME"). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNICA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO.
>
> 1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de *habeas corpus* sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.
>
> 2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira *"condição de procedibilidade da ação penal"*.
>
> 3. Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele

> momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como *pública incondicionada*, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.
>
> 4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como *condição de prosseguibilidade* quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.
>
> 5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de *Habeas Corpus*. INDEFERIMENTO da ordem." (HC 187.341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13.10.2020 – pendente de publicação)

21. A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28-A do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em *obter dictum*, argumento de ordem consequencialista. Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

22. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental e proponho a seguinte fixação de tese: *"o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*.

23. É como voto.

PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 191.464
PROCED.: SANTA CATARINA
RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S): MÁRIO CESAR SANDRI
ADV.(A/S): NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma

• • •

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS

13/03/2023

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO PRAZERES LOPES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S): ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ADV.(A/S): ISABELA MARRAFON

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS - ADEP

ADV.(A/S): LUIS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(A/S)

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 65/2003, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUTONOMIA FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. PREVISÃO LEGAL DO PODER DE REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E DILIGÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUÇÕES CONSTITUCIONAIS. DESPROPORCIONALIDADE E AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO NA PREVISÃO DE REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O poder de requisição constitui mecanismo fundamental para o desempenho da função constitucional da Defensoria Pública, que prestigia o aperfeiçoamento do sistema democrático, a

concretização dos direitos fundamentais de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (CF, art. 5º, LXXIV). Precedentes.

2. Desproporcionalidade e ausência de adequação as atribuições constitucionais da Defensoria Pública na previsão do art. 45, XXI, da lei questionada que instituiu o poder de requisição à instauração de inquérito policial.

3. A previsão de requisição de instauração de inquérito policial – que é ordem à autoridade policial e não pedido – é tema de direito processual, matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), sendo disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal. Inconstitucionalidade formal reconhecida.

4. Ação Direta conhecida em parte e julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da previsão da possibilidade de requisição de inquérito policial pela Defensoria Pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência da Senhora Ministra ROSA WEBER, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, conheceu em parte da ação direta. No mérito, por maioria, julgou-a parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão "a instauração de inquérito policial", constante do art. 45, XXI, da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Cármen Lúcia, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 3.3.2023 a 10.3.2023.

Brasília, 13 de março de 2023.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Redator para o acórdão
Documento assinado digitalmente.

24/10/2022
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO PRAZERES LOPES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S): ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ADV.(A/S): ISABELA MARRAFON

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS - ADEP

ADV.(A/S): LUIS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, contra os arts. 5º, §3º e 45, XXI, da Lei Complementar nº 65/2003, do Estado de Minas Gerais, que organiza a Defensoria Pública do Estado. Eis o inteiro teor dos dispositivos questionados:

> Art. 5º – Compete à Defensoria Pública:
>
> [...]
>
> §3º – O exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensoria Pública.
>
> Art. 45 – Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:
>
> [...]
>
> XXI – requisitar a instauração de inquérito policial e
>
> diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública;

2. Em síntese, o requerente defende que o art. 5º, §3º da Lei Complementar n.º 65/2003 viola os arts. 5º, incisos LV e LXXIV; 22, inciso I; 127, *caput*, e os incisos I, III e VII do art. 129, todos da Constituição Federal. Sustenta que o art. 5º, §3º, da lei impugnada é materialmente inconstitucional, pois teria limitado o acesso do cidadão hipossuficiente à justiça, acarretando, também, dificuldade ao pleno exercício de defesa no âmbito da justiça penal. Entende que esse dispositivo, ao disciplinar que o atendimento dos necessitados é atividade privativa da Defensoria Pública, conferiu indesejável monopólio da Defensoria Pública com relação aos hipossuficientes, violando, dessa forma, o art. 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição.

3. Em relação ao art. 45, XXI, da lei impugnada, alega afronta ao art. 22, I, da Constituição de 1988, por violar a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, uma vez que atribui competência a defensores públicos para requisição de diligências voltadas a apurar crimes de ação penal pública. Sustenta que, *"por ser o Ministério Público o órgão titular da ação penal, é desse a atribuição de requisitar a instauração de inquérito policial para averiguação de crimes de ação penal pública*". Entende que os membros da Defensoria Pública poderiam dar notícia do delito (*notitia criminis*), mas não requerer instauração de inquérito policial, o que contrariaria o art. 129, incisos I e VII, da Constituição Federal.

4. O Ministro Eros Grau, relator originário do feito, adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

5. A Assembleia Legislativa, em informações, manifestou-se pela improcedência do pedido. Defende que cabe à Defensoria Pública concretizar o direito expresso no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Segundo entende, "*isto acarreta a constatação de ser atribuição do órgão, e somente dele, a prestação de assistência jurídica aos necessitados que assim se apresentarem ao Poder Público, reivindicando o aludido serviço*". Alega que essa atribuição específica jamais poderá ser entendida como exclusiva. Nesse sentido, considera que "a *interpretação razoável é que assim será, sempre que houver a correspondente reivindicação, e o Estado for capaz de atendê-la diretamente, pela Defensoria Pública, ou indiretamente, custeando a assistência jurídica ao necessitado*". Aduz que as normas impugnadas não criaram nenhum obstáculo para que o Ministério Público promova a assistência jurídica gratuita aos necessitados. Por fim, afirma que o legislador estadual não adentrou seara própria do direito processual.

6. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade formal tão somente do inciso XXI do art. 45 da Lei Complementar nº 65/2003 do Estado de Minas Gerais. Afirma que a requisição para instauração de inquérito policial, nos crimes de ação penal pública, está disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal – CPP. Desse modo, teria o legislador federal atribuído tratamento processual ao inquérito policial, de modo que o inciso XXI do art. 45 teria violado o art. 22, I, da Constituição Federal.

7. Salienta que a Lei Complementar Federal nº 80, de 12.01.1994, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009, não incluiu no rol das funções institucionais da Defensoria Pública a atribuição de requisitar a instauração

de inquérito policial (art. 4º). Dessa forma, ao Estado-membro não caberia legislar em inobservância das normas gerais estabelecidas pela União na Lei Complementar nº 80/1994, incorrendo, portanto, em ofensa aos arts. 22, I, e 24, XIII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

8. Em relação ao §3º do art. 5º da lei impugnada, a AGU sustenta a ausência de violação ao art. 5º, incisos LV e LXXIV, da CF, pois trata de assistência jurídica, e não assistência judicial, havendo perfeita harmonia com os arts. 4º, §5º e 14, §2º da LC nº 80/1994. Por fim, no que se refere à alegação de inconstitucionalidade material do inciso XXI do art. 45, por violação ao art. 129, incisos I e VIII, da Constituição de 1988, pronunciou-se pela improcedência.

9. O Ministro Eros Grau admitiu a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP e a Associação dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP na qualidade de *amicus curiae*. A ANADEP e a ADEP opinaram pela improcedência dos pedidos.

10. A Procuradoria-Geral da República, em parecer, opinou pela procedência dos pedidos. No que diz respeito ao §3º do art. 5º da Lei Complementar nº 65/2003, defende que o dispositivo está em desarmonia com o art. 134, *caput*, da Constituição Federal. No entender da PGR, na falta de previsão constitucional nesse sentido, o legislador estadual não poderia ter atribuído a assistência jurídica à Defensoria Pública de forma privativa. Afirma que a palavra "privativo" atenta contra o princípio da unidade da Constituição, pois o art. 127, *caput*, CF, atribui ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, "*de modo que não há como se considerar que o art. 134 pudesse implicitamente sugerir que a atribuição conferida à Defensoria Pública o fosse em caráter de exclusividade*".

11. Assevera que a inconstitucionalidade da expressão "privativo" decore de três razões: (i) está em desconformidade com a literalidade do art. 134, *caput*, da Constituição, que não atribui à Defensoria Pública a exclusividade da assistência judicial aos necessitados; (ii) referido art. 134, por ser instrumento de realização de direito fundamental, não pode ser restringido, pois fragilizaria o próprio direito fundamental que instrumentaliza; e, por fim, (iii) a Constituição confere ao Ministério Público a possibilidade de prestar assistência judicial aos necessitados. Por fim, entende que o inciso XXI do art. 45 é formalmente inconstitucional, por tratar de matéria processual penal, em desrespeito à reserva legislativa exclusiva da União (art. 22, I, CF); e também materialmente inconstitucional, por afronta ao art. 129, VII, da Constituição Federal.

12. É o relatório.

24/10/2022
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Discute-se na presente ação direta (i) se art. 5º, §3º, da Lei Complementar n.º 65/2003, do Estado de Minas Gerais, violou a Constituição Federal ao dispor que o exercício da assistência jurídica aos necessitados é competência privativa da Defensoria Pública; (ii) se o art. 45, XXI, da referida lei, teria invadido a competência da União para legislar sobre matéria processual e, por fim; (iii) se o inciso XXI do art. 45 teria violado dispositivos da Constituição que atribuem ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF), bem como a de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII, CF). Eis o teor dos dispositivos impugnados:

> Art. 5º – Compete à Defensoria Pública:
>
> [...]
>
> §3º – O exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensoria Pública.
>
> Art. 45 – Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:
>
> [...]
>
> XXI – requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública;

2. De início, importa assentar que a presente ação direta de inconstitucionalidade encontra-se parcialmente prejudicada. É que o §3º do art. 5º da Lei Complementar nº 65, de 16.01.2003, do Estado de Minas Gerais, teve sua redação substancialmente alterada pelo art. 4º da Lei Complementar nº 141, de 13.12.2016. A jurisprudência desta Corte é firme e dominante no sentido de que é inadmissível a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo já revogado, substancialmente alterado ou cuja eficácia tenha se exaurido. Nesse sentido, destaco precedentes representativos desse entendimento:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.149, de 07.05.92 (artigo 7º). *Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 709, decidiu que a revogação do ato normativo impugnado ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no do controle abstrato das normas.*

Ação direta não conhecida, por estar prejudicada pela perda de seu objeto.

(ADI 737, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 16.9.1993, DJ 22.10.1993, grifou-se)

A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos.

(ADI 1.442, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 3.11.2004, DJ 29.04.2005, grifou-se).

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 2º da Lei estadual nº 1.654/57 (com a redação atual, dada pela Lei estadual nº 12.053/96, e coma redação originária), bem como, por arrastamento, excepcionalmente, do art. 1º da Lei estadual nº 1.654/57 (com a redação dada pela Lei Estadual nº 6.806/76), todas do Estado de Minas Gerais. Concessão de pensão vitalícia a ex- Governadores do Estado e a seus dependentes. Revogação expressa dos dispositivos questionados. Prejudicialidade da ação. Efeitos concretos remanescentes. *Conforme entendimento pacificado no âmbito desta Corte, a remanescência de efeitos concretos pretéritos à revogação do ato normativo não autoriza, por si só, a continuidade de processamento da ação direta de inconstitucionalidade.* A solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Precedentes. Agravo a que se nega provimento.

(ADI 4.620-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 20.06.2012, DJ 01.08.2012, grifou-se).

3. Como já afirmado, a Lei Complementar nº 141, de 13.12.2016, em seu art. 4º, conferiu nova redação ao §3º do art. 5º da Lei Complementar nº 65, de 16.01.2003, do Estado de Minas Gerais, promovendo alteração substancial da norma, e acarretando, assim, a prejudicialidade da análise de constitucionalidade do §3º do art. 5º, por perda superveniente de objeto. Eis o teor do art. 4º da Lei Complementar nº 141, de 13.12.2016, do Estado de Minas Gerais:

> Art. 4º – O *caput*, os incisos I, VII a XI e XV do *caput* e o §3º do art. 5º da Lei Complementar nº 65, de 2003, passam a vigorar com a redação que segue, ficando o *caput* do artigo acrescido dos seguintes incisos XVI a XXIV e o artigo acrescido dos §§ 4º a 10 a seguir:
>
> […]
>
> §3º – A assistência jurídica integral e gratuita fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.

4. Diante do exposto, *não conheço da ação no que se refere ao §3º do art. 5º da Lei Complementar nº 65, de 16.01.2003, do Estado de Minas Gerais*.

5. No mais, importa analisar se o inciso XXI do art. 45 da Lei Complementar nº 65, de 16.01.2003, do Estado de Minas Gerais, teria invadido a competência da União para legislar sobre matéria processual (inconstitucionalidade formal). Eis, novamente, o teor do dispositivo impugnado:

> Art. 45 – Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:
>
> […]
>
> XXI – requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública;

6. O requerente, na inicial, defendeu que o dispositivo teria usurpado a competência da União para legislar sobre matéria processual penal (art. 22, I, CF). A discussão sobre a titularidade da competência para legislar sobre inquérito policial não é nova nesta Corte. Com efeito, ao julgar a ADI 2.866, Red. para acórdão Min. Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que o inquérito policial tem natureza de procedimento administrativo, sendo, por conseguinte, de competência legislativa concorrente (art. 24, XI, CF):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS IV E V DO ART. 35 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 106/2003, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PREVISTA NO ART. 24 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ART. 35 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL.

A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público.

No entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação.

Assim, o art. 35, IV , da Lei Complementar estadual nº 106/2003, é inconstitucional ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delineada no art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Já em relação ao inciso V, do art. 35, da Lei complementar estadual nº 106/2003, inexiste infração à competência para que o estado-membro legisle, de forma suplementar à União, pois o texto apenas reproduz norma sobre o trâmite do inquérito policial já extraída da interpretação do art. 16 do Código de Processo Penal.

Ademais, não há desrespeito ao art. 128, §5º, da Constituição Federal de 1988, porque, além de o dispositivo impugnado ter sido incluído em lei complementar estadual, o seu conteúdo não destoou do art. 129, VIII, da Constituição Federal de 1988, e do art. 26, IV, da Lei nº 8.625/93, que já haviam previsto que o Ministério Público pode

> requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.
>
> Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade somente do inciso IV do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro.
>
> (ADI 2.886, Rel. Min. Eros Grau, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. em 03.04.2014, DJe 05.08.2014, grifou-se).

7. Em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa fez a seguinte observação, relevante para a solução do presente caso:

> "a legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento da ADI 1615/DF (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 05.11.1999) e da ADI-MC 1285/SP (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23.03.2001), da qual destaco a seguinte passagem do voto proferido pelo meu ilustre antecessor, o Ministro Moreira Alves:
>
> "[...] Com efeito, quanto à alegação de que a disciplina do inquérito civil se situa no âmbito do direito processual civil, tendo a União competência exclusiva para legislar sobre ele (artigo 22, I, da Constituição Federal), é de considerar-se que o inquérito civil que precede à propositura da ação civil pública é como acentua o ministro CELSO DE MELLO (...), 'procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente e que desempenha relevante função instrumental', uma vez que se destina a colher os elementos necessários à propositura responsável da ação civil pública. Assim, à semelhança do inquérito policial, que se insere no campo do direito processual penal como procedimento – TORNAGHI ('Processo Penal', p. 47, A. Coelho Branco F° – Editor, Rio de Janeiro, 1953) observa que 'o processo, como procedimento, inclui também o inquérito' e que, 'portanto, não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito' -, o mesmo pode dizer-se com relação ao inquérito civil em face do direito processual civil. Mas, como se trata de procedimento, não é infundado sustentar-se que com relação a ele há competência concorrente a que alude o artigo 24, XI, da Carta Magna, o que implica dizer que à União compete estabelecer as normas gerais sobre procedimento em matéria processual, cabendo aos Estados-membros a competência

> suplementar nos limites estabelecidos nos §§ 2º, 3º e 4º desse mesmo artigo 24." (…) Na hipótese, inexiste infração à competência para que o estado membro legisle, de forma suplementar à União, pois o texto apenas reproduz norma sobre o trâmite do inquérito policial já extraída da interpretação do art. 16, do Código de Processo Penal. O desrespeito ao art. 128, §5º, da Constituição Federal de 1988, tampouco se verifica, porque, além de o dispositivo impugnado ter sido incluído em lei complementar estadual, o seu conteúdo não destoou do art. 129, VIII, da Constituição Federal de 1988, e do art. 26, IV, da Lei n. 8.625/93, que já haviam previsto que o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de
>
> inquérito policial. Em acréscimo, sublinho que a regra não visa a uma ingerência indevida sobre a atividade policial, pois apenas evidencia que a investigação levada a cabo na fase pré-processual tem como propósito municiar o titular da ação penal com o material necessário para avaliar a correção de sua eventual propositura" (DJ 4.8.2014).

8. No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Expressões e disposições constantes dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Portaria nº 340, de 09 de maio de 1997, do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3. Sustenta-se a incompatibilidade das expressões e dos dispositivos impugnados com o disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal. 4. Inexistência de relevância jurídica na fundamentação da inicial, no que se refere às expressões "inquérito policial", no âmbito dos dispositivos constantes dos arts. 1º a 3º, da Portaria nº 340, de 9.5.1997, posto que se cuida de ato administrativo que colima estabelecer disciplina interna na tramitação de inquérito policial. 5. No que concerne ao disposto no art. 4º, da Portaria impugnada, relevante se mostra a fundamentação da inicial, pois, nesse dispositivo, se institui norma que afasta, em sua essência, a regra do art. 16 do CPP. 6. Suspensas as expressões "inquérito policial", no art. 5º, da Portaria impugnada, porque, em se cuidando de inquérito policial, o procedimento somente vai ao MP, com vista, após ingressar na esfera judicial, de acordo com o disposto no art. 10, §1º, do CPP. 8. Incompetência do Procurador-Geral da Justiça para editar as disposições normativas em foco. 9. Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final da ação, o art. 4º e, no art. 5º, as expressões: "o inquérito policial". 10. Indeferida a medida liminar relativamente aos arts. 1º, 2º e 3º, todos da Portaria nº 340, de 9.5.1997.

(ADI 1.615-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, j. em 12.06.1997, DJ 05.11.1999).

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, *caput* e §1º, 111, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V do mesmo artigo), 299, §2º, todos da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

- O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal.

- A independência funcional a que alude o artigo 127, §1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação.

Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, *ex nunc* e até o julgamento final desta ação, das expressões "e a ação civil pública" contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões "de promoção ou" contidas no §2º do artigo 299, ambos da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

(ADI 1.285-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, j. em 25.10.1995, DJ 23.03.2001, grifou-se).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO COM EXCLUSIVIDADE DO ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR CATARINENSE Nº 453/2009. ATRIBUIÇÕES DE DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Inocorrência de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar catarinense n. 453/2009. As normas relativas ao reconhecimento de atribuições do cargo de delegado de polícia, de polícia judiciária e de apuração de infrações penais não versam sobre matéria processual penal. A circunstância de as atividades, em tese, conduzirem a futura instauração de inquérito penal não altera a natureza administrativa da matéria tratada na norma impugnada.

> 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: não exclusividade do desempenho das atividades investigativas pela polícia civil. Recurso Extraordinário n. 593.727-RG/MG.
>
> 3. Ação julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei Complementar n. 453/2009 de Santa Catarina, assentando-se haver exclusividade da atuação dos delegados de polícia civil apenas quanto às atribuições de polícia judiciária. As infrações penais, todavia, podem ser apuradas pelas demais instituições constitucionalmente responsáveis pela garantia da segurança pública, da ordem jurídica e do regime democrático.
>
> (ADI 4.618, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 1º.08.2018).

9. No mais, a última questão que se coloca é a de saber se os poderes de requisitar documentos e providências, atribuídos à Defensoria Pública mineira por lei complementar, são capazes de gerar um desequilíbrio na relação processual. Em caso de resposta positiva, os dispositivos impugnados estariam em contrariedade com os princípios constitucionais da isonomia, do contraditório, do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

10. Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a previsão legal que confere às Defensorias Públicas o poder de requisitar informações e documentos de órgãos públicos e privados não interfere no equilíbrio da relação processual. Na discussão do caso, prevaleceu o entendimento de que tais prerrogativas são ferramentas importantes para a execução das funções atribuídas constitucionalmente à Defensoria. Isso porque viabilizam o acesso facilitado e célere da coletividade e dos hipossuficientes a documentos, informações e esclarecimentos. Nesse sentido: ADIs 6852 e 6862, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin; e ADIs 6865, 6870, 6872 e 6873, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta última assim ementada:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Arts. 9º, parágrafo único, I e III; e 34, XI e XV, da Lei Complementar 1, de 30.3.1990, do Estado do Amazonas. 3. Impossibilidade da Defensoria Pública de requisitar a qualquer autoridade pública certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, documentos e outras providências necessárias ao desempenho de suas funções. 4. Possibilidade. 5. Defensoria Pública como instituição com contornos próprios. Defesa dos hipossuficientes e tutela de direitos coletivos a justificar tais prerrogativas. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente".

11. Esta Corte também já reconheceu que as garantias institucionais da Defensoria Pública são instrumentos para a concretização dos direitos e liberdades de pessoas em situação de vulnerabilidade. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

> "[a] Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo poder público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.
>
> De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam (...) também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública" (ADI nº 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 01.12.2005, voto do relator).

12. É importante registrar, portanto, que o fortalecimento da Defensoria Pública contribui para a defesa de direitos fundamentais daqueles que mais precisam e que merecem especial atenção pelo Estado.

13. Por fim, esta Corte já teve a oportunidade de se debruçar acerca da constitucionalidade do art. 45, inciso XXI, da Lei Complementar nº 65/2003 do Estado de Minas Gerais ao apreciar a ADI nº 6866, de minha relatoria. Na oportunidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, julgou improcedente o pedido, em decisão assim ementada:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER DE REQUISIÇÃO ATRIBUÍDO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.
>
> 1. As garantias institucionais da Defensoria Pública são instrumentos para a concretização dos direitos e liberdades de pessoas em situação de vulnerabilidade, e o seu fortalecimento contribui para a defesa de direitos fundamentais daqueles que mais precisam e que merecem especial atenção pelo Estado.
>
> 2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o poder concedido à Defensoria Pública de requisitar, de qualquer autoridade e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições não gera desequilíbrio nas relações processuais. Trata-se, em verdade,

de importante ferramenta para o exercício de suas atribuições constitucionais. Precedentes.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

14. Diante do exposto, conheço parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgo improcedente o pedido nela formulado.

15. É como voto.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO PRAZERES LOPES (41734/MG) E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S): ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR, 48138- A/SC)

ADV.(A/S): ISABELA MARRAFON (0008565/MT)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS - ADEP

ADV.(A/S): LUIS CARLOS PARREIRAS ABRITTA (58400/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator) e Cármen Lúcia, que conheciam parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgavam improcedente o pedido nela formulado, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Falou, pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, o Dr. Ilton Norberto Robl Filho. Plenário, Sessão Virtual de 14.10.2022 a 21.10.2022.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

13/03/2023
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO PRAZERES LOPES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S): ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ADV.(A/S): ISABELA MARRAFON

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS - ADEP

ADV.(A/S): LUIS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(A/S)

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que a parte autora busca ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 5º, §3º, e 45, XXI, da Lei Complementar n. 65/2003 do Estado de Minas Gerais, que versa sobre as prerrogativas da Defensoria Pública de defesa dos necessitados e de requisição de instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crimes de ação penal pública.

É o relato do essencial. Adoto, no mais, o do ministro Roberto Barroso.

De início, ressalto a relevante atuação da Defensoria Pública na proteção dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito à assistência das necessidades mais básicas da população carente.

A criação do órgão veio atender a um dos pressupostos de aperfeiçoamento do acesso à Justiça, inserindo-se nas suas respectivas ondas renovatórias, conforme lição de Mauro Cappelletti**1**.

Nesse contexto, cumpre mencionar o papel da instituição definido no art. 134 da Carta da República:

[1] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.
>
> §1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.
>
> §2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, §2º.
>
> §3º Aplica-se o disposto no §2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. §4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Pois bem. Observo que os diplomas normativos impugnados, cuja menção está contida no §1º do dispositivo transcrito, foram promulgados há vários anos. Tal lapso de tempo permitiu sua acomodação constitucional ao ordenamento jurídico.

Dito isso, com as mais respeitosas vênias ao eminente Relator, acompanho o ministro Alexandre de Moraes na divergência, reputando pertinentes os fundamentos do voto proferido por Sua Excelência na ADI 6.852, a saber:

> O poder de requisição da Defensoria Pública não tem expressa previsão constitucional, pois não consta do rol de faculdades e competências atribuídas diretamente à Instituição no texto da Carta Política.
>
> Ocorre, porém, que essa possibilidade não está constitucionalmente vedada à eventual previsão legal, desde que atenda a parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade e adequação, em absoluto respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas de terceiros, eventualmente afetados pelo uso dessa prerrogativa.

Esses fundamentos são por mim adotados. Reconhecendo prerrogativa que atribui poder instrumental à Defensoria, tenho que seu exercício deve ser pautado por parcimônia e prudência, a fim de evitar sempre qualquer excesso ou abuso, os quais, se vierem a ocorrer, deverão ser apurados e punidos na forma da lei.

Nesse sentido, recentemente foi promulgada a Emenda Constitucional n. 115, de 15 de fevereiro de 2022, que, ao acrescer ao rol do art. 5º o inciso LXXIX, passou a considerar a proteção de dados direito fundamental. Confira-se:

> Art. 5º […]
>
> […]
>
> LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Essa ponderação é necessária na medida em que a requisição de informações precisa harmonizar-se à proteção da garantia constitucional mencionada.

No caso, os dispositivos impugnados são os seguintes:

> Art. 45 - Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:
>
> […]
>
> §3º - A assistência jurídica integral e gratuita fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.
>
> […]
>
> XXI - requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública;
>
> […]

Quanto ao §3º, acompanho o eminente Relator no entendimento de que houve prejudicialidade em função de mudança legislativa posterior, a atribuir ao dispositivo originalmente impugnado nova redação (acima exposta), que está adequada ao desenho constitucional da Defensoria Pública.

Porém, em relação ao inciso XXI não se aplica o mesmo raciocínio. Neste tópico, ao contrário dos dispositivos legais abordados nas ADIs 6.852, 6.862, 6.865, 6.870, 6.872 e 6.873, a norma aqui analisada vai além de conferir prerrogativa para requisitar dados e informações públicas. Com efeito, a prerrogativa de requisição de dados e informações públicas distancia-se muito da possibilidade de requisitar a

instauração de inquérito policial, bem como de determinar diligências necessárias à apuração de crimes de ação penal pública.

Tal matéria legislativa envolve direito processual penal e é, pois, de competência privativa da União. Daí por que, sob o aspecto formal, reconheço a inconstitucionalidade do dispositivo.

Superado tal óbice, pelo ângulo material, compreendo que tais atribuições transcendem aquelas constitucionalmente desenhadas, pois invadem a esfera de atuação própria às Polícias Federal, Civis e aos Ministérios Públicos Federal e estaduais.

Ante o exposto, *acompanho* o Ministro Relator quanto ao não conhecimento da ação relativamente ao art. 5º, §3º, da lei complementar em comento, por perda de objeto, e, no mérito, com as mais respeitosas vênias a Sua Excelência, *filio-me à divergência* inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, para julgar parcialmente procedente o pedido e declarar a inconstitucionalidade da expressão "a instauração de inquérito policial", constante do art. 45, XXI, da Lei Complementar n. 65/2003 do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

13/03/2023
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contra os arts. 5º, §3º; e 45, XXI, da Lei Complementar nº 65/2003, do Estado de Minas Gerais, que organiza a Defensoria Pública do Estado e estabelece a competência para a assistência jurídica aos necessitados privativamente à Defensoria Pública, além de atribuir ao órgão a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública.

Eis o teor das normas impugnadas:

> "Art. 5º – Compete à Defensoria Pública:
>
> (...) §3º – O exercício da assistência jurídica aos necessitados é privativo da Defensoria Pública.
>
> (...)
>
> Art. 45 – Aos Defensores Públicos do Estado incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes especialmente:
>
> (...)
>
> XXI – requisitar a instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crime de ação penal pública".

Na inicial, o requerente defende que o art. 5º, §3º, da lei impugnada é materialmente inconstitucional, pois teria limitado o acesso do cidadão hipossuficiente à Justiça, acarretando, também, dificuldade ao pleno exercício de defesa no âmbito da Justiça penal. Pondera que esse dispositivo, ao disciplinar que o atendimento dos necessitados é atividade privativa da Defensoria Pública, conferiu indesejável monopólio da Defensoria Pública com relação aos hipossuficientes, violando, dessa forma, o art. 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição.

Em relação ao art. 45, XXI, da lei impugnada, alega afronta ao art. 22, I, da Constituição de 1988, por violar a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, uma vez que atribui competência a defensores públicos para requisição de diligências voltadas a apurar crimes de ação penal pública.

Registro que a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência parcial do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade formal tão somente do inciso XXI do art. 45 da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais. O órgão afirma que a requisição para instauração de inquérito policial, nos crimes de ação penal pública, está disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal, motivo pelo qual teria o legislador federal atribuído tratamento processual ao inquérito policial, de modo que o inciso XXI do art. 45 teria violado o art. 22, I, da Constituição Federal.

Na Sessão Virtual de 14 a 21 de outubro de 2022, o RELATOR, Ministro ROBERTO BARROSO, observou que houve alteração substancial da lei, com supressão do trecho "*privativo*", que foi impugnado. Assim, Sua Excelência conhece da ação apenas quanto ao art. 45, XXI, e, nesse ponto, julga a demanda improcedente, propondo a seguinte ementa ao julgado:

EMENTA

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR Nº 65, DE 16.01.2003, DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

1. Ação direta de inconstitucionalidade proposta contra dispositivos da Lei Complementar nº 65, de 16.01.2003, do Estado de Minas Gerais, que preveem (i) a competência privativa da Defensoria Pública Estadual para a defesa dos necessitados (art. 5º, §3º) e (ii) a prerrogativa de requisição de instauração de inquérito policial e diligências necessárias à apuração de crimes de ação penal pública (art. 45, XXI).

2. Alteração substancial do art. 5º, §3º, da referida Lei Complementar. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo já revogado, substancialmente alterado ou cuja eficácia tenha se exaurido. Precedentes.

3. As garantias institucionais da Defensoria Pública são instrumentos para a concretização dos direitos e liberdades de pessoas em situação de vulnerabilidade, e o seu fortalecimento contribui para a defesa de direitos fundamentais daqueles que mais precisam e que merecem especial atenção pelo Estado.

4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o poder concedido à Defensoria Pública de requisitar, de qualquer autoridade e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições não gera desequilíbrio nas relações processuais.

> Trata-se, em verdade, de importante ferramenta para o exercício de suas atribuições constitucionais. Precedentes.
>
> 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente".

Após, pedi vista do feito, para melhor analisar a questão constitucional controvertida.

É breve relatório.

De fato, como observado pelo Ministro RELATOR, houve perda de objeto da ação com relação ao artigo 5º, §3º, da norma impugnada. Isso porque a Lei Complementar 141/2016 deu nova redação ao referido dispositivo para suprimir o termo "*privativo*", que era justamente o cerne da impugnação. Diante desse cenário, ACOMPANHO o voto do relator pela perda de objeto em relação a esse ponto.

Quanto ao art. 45, XXI, que institui o poder de requisição à Defensoria Pública, observo que o dispositivo impugnado confere atribuição não apenas para a requisição de documentos e/ou diligências, mas também para a *requisição de instauração de inquérito policial*.

Rememoro que há diversos julgados deste TRIBUNAL sobre a CONSTITUCIONALIDADE do poder concedido à Defensoria Pública de requisitar, de qualquer autoridade e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições. Nesse sentido cito, ilustrativamente, os seguintes precedentes: ADI nº 6.852, Rel. Min., Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022; e ADI nº 6.875, de minha relatoria, Tribunal Pleno. Nesse último precedente, afirmei que o poder de requisição constitui um mecanismo fundamental para o desempenho da função constitucional da Defensoria Pública, que prestigia o aperfeiçoamento do sistema democrático, a concretização dos direitos fundamentais de amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) e de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (CF, art. 5º, LXXIV).

Não obstante, entendo que esse raciocínio não se estende à requisição de instauração de inquérito policial prevista na norma impugnada. Isso porque a instauração de inquérito policial já se encontra disciplinada no art. 5º do Código de Processo Penal, segundo o qual:

> "Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
>
> I - de ofício;
>
> II - *mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público*, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo".

Referida norma, editada no exercício de competência normativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CRFB) já delimitou o poder de requisição de instauração de inquérito policial, direcionando-o apenas à autoridade judiciária ou ao Ministério Público.

O poder de requisição de instauração de inquérito policial está intrinsecamente ligado à persecução penal no país e, justamente por isso, requer disciplina uniforme no território brasileiro, por expressa previsão constitucional:

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

Nesse cenário, viola o art. 22, I, da Constituição, norma estadual que, indo de encontro à disciplina processual editada pela União, amplia o poder de requisição para instauração de inquérito policial para conferir tal atribuição à Defensoria Pública.

Registro que não desconheço os precedentes desta CORTE que reconhecem a natureza procedimental do inquérito policial (ADI nº 2.886, Relator: EROS GRAU, Relator p/ Acórdão: JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014; ADI nº 4337, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019). Entretanto, esses casos referem-se a normas que disciplinavam meramente aspectos procedimentais do inquérito policial – como o sigilo e o trâmite – e em conformidade com a legislação federal, notadamente o Código de Processo Penal.

Não é o que ocorre no caso sob exame, em que o dispositivo impugnado colide com o Código de Processo Penal. Nessa conjuntura, compreendo que a CORTE deve estabelecer um *distinguishing* entre este caso e os precedentes em que o assunto já foi deliberado.

Finalmente, pondero que, ainda que se considerasse que a norma impugnada no caso sob exame foi editada no exercício de competência concorrente pra dispor sobre procedimento em matéria processual (art. 24, XI, CFRB) ou sobre assistência jurídica e defensoria pública (art. 24, XIII, CRFB), o art. 45, XXI, da Lei Complementar nº 65/2003, do Estado de Minas Gerais, seria inconstitucional, por colidir com o previsto no artigo 5º do Código de Processo Penal, que já regulou a titularidade do poder de requisição de instauração de inquérito policial.

Ante o exposto, ACOMPANHO o relator quanto ao não conhecimento da demanda em relação ao art. 5º, §3º, em razão da perda de objeto; e, NO MÉRITO, DIVIRJO PARCIALMENTE, apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão "*a instauração de inquérito policial*", constante do art. 45, XXI, da Lei Complementar 65/2003, do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.346

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): LUIS ANTONIO PRAZERES LOPES (41734/MG) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP

ADV.(A/S): ILTON NORBERTO ROBL FILHO (38677/DF, 43824/PR, 48138- A/SC)

ADV.(A/S): ISABELA MARRAFON (0008565/MT)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DE MINAS GERAIS ADEP

ADV.(A/S): LUIS CARLOS PARREIRAS ABRITTA (58400/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator) e Cármen Lúcia, que conheciam parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade e, nessa parte, julgavam improcedente o pedido nela formulado, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Falou, pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, o Dr. Ilton Norberto Robl Filho. Plenário, Sessão Virtual de 14.10.2022 a 21.10.2022.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu em parte da ação direta. No mérito, por maioria, julgou-a parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão "a instauração de inquérito policial", constante do art. 45, XXI, da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Cármen Lúcia, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 3.3.2023 a 10.3.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.197 / DISTRITO FEDERAL

27/11/2023
PENÁRIO
RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S): CARLOS ENRIQUE ARRAIS BASTOS
ADV.(A/S): CAPUTO BASTOS E FRUET ADVOGADOS (10588 OAB/DF)
INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S): ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO
ADV.(A/S): GABRIELLE TATITH PEREIRA
ADV.(A/S): FERNANDO CÉSAR DE SOUZA CUNHA
INTDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.: AVANTE - DIRETÓRIO NACIONAL
ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
ADV.(A/S): BRUNO RANGEL AVELINO DA SILVA

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ELEITORAL. §10 DO ART. 11 DA LEI Nº 9.504/1997. §3º DO ART. 174 DA LEI Nº 4.737/1965. SÚMULA Nº 70 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. MARCO TEMPORAL PARA AFERIÇÃO DAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE. ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES AO REGISTRO DA CANDIDATURA. DIA DA ELEIÇÃO COMO DATA LIMITE. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

1. O processo está instruído nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868/1999. Proposta de conversão da apreciação da medida

cautelar em julgamento de mérito, sem necessidade de novas providências. Precedentes.

2. É constitucional a aferição das condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade, e que ocorram até as eleições.

3. O respeito ao prazo integral de inelegibilidade não importa em indevida ampliação da restrição ao *ius honurum*, na medida em que o cidadão poderá lançar sua candidatura e participar do pleito eleitoral a se realizar após superado o óbice da sua inelegibilidade.

4. Ação direta de inconstitucionalidade na qual convertida a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, *converter a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e julgar improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade*, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 17.11.2023 a 24.11.2023.

Brasília, 27 de novembro de 2023.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

27/11/2023
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.197 / DISTRITO FEDERAL
RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S): CARLOS ENRIQUE ARRAIS BASTOS
ADV.(A/S): CAPUTO BASTOS E FRUET ADVOGADOS (10588 OAB/DF)
INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S): ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO
ADV.(A/S): GABRIELLE TATITH PEREIRA
ADV.(A/S): FERNANDO CÉSAR DE SOUZA CUNHA
INTDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.: AVANTE - DIRETÓRIO NACIONAL
ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
ADV.(A/S): BRUNO RANGEL AVELINO DA SILVA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 30.6.2022 pelo partido político Solidariedade. Objetiva-se a *"interpretação conforme à Constituição ao art. 11, §10, da Lei 9.504/1997, ao art. 175, §3º da Lei nº 4.737/1965, bem como declarar, por arrastamento, a inaplicabilidade da Súmula-TSE nº 70, a fim de se assegurar a máxima efetividade do texto constitucional no que diz respeito à proteção à igualdade de oportunidades nos pleitos eleitorais (art. 14 da Constituição Federal), garantindo-se o direito fundamental à elegibilidade (direito de sufrágio passivo) nas hipóteses de exaurimento do prazo de inelegibilidade antes da data da diplomação dos eleitos, pelo seu reconhecimento como termo* ad quem *das alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro de candidatura"*.

Alega-se que interpretação das normas impugnadas de forma diversa à pretendida contrariaria o *caput* e o inc. XXXVI do art. 5º e o §9º do art. 14 da Constituição da República.

2. Nas normas impugnadas se estabelecem:

> "Lei nº 9.504, de 30.9.1997
>
> Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.
>
> §10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).
>
> Lei nº 4.737, de 15.7.1965
>
> Art. 175. Serão nulas as cédulas:
>
> §3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados".

3. O autor sustenta que *"a única interpretação do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997 c/c art. 175, §3º, da Lei nº 4.737/65, que se mostra compatível com o texto constitucional, para fins de aplicação isonômica do regime de inelegibilidades, é aquela que não exclui do certame eleitoral os que tiverem o prazo da inelegibilidade cumprido ou exaurido até a data da diplomação"*.

Alega que *"a Súmula-TSE nº 70 há de ter seu alcance modulado, haja vista a necessidade de se garantir igualdade de oportunidades nas disputas eleitorais a todos aqueles que cumprirem com as condições de elegibilidade e não incorram em causas de inelegibilidade até a data da diplomação"*.

Argumenta que *"as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são pressupostos necessários ao exercício do chamado* ius honorum*, o direito do cidadão a concorrer a cargos públicos representativos. Nos termos do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997, cabe à Justiça Eleitoral verificar as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade no momento da formalização do pedido de registro da candidatura. Tal preceito normativo, porém, não fixou prazo limite para a consideração do fato superveniente ao registro que afaste a inelegibilidade, deixando o marco temporal do termo final em aberto"*.

Afirma que, *"por construção jurisprudencial, o termo* ad quem *para que tais fatos supervenientes sejam apreciados em juízo é a data da diplomação, última fase do processo eleitoral. Essa interpretação, porém, não se aplica para os casos em que a inelegibilidade esgota seus efeitos após a data da eleição, mas antes da diplomação. Nessas hipóteses, o TSE*

tem restringido o alcance do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997. A situação gera perplexidade, [uma] *vez que, por questão de alguns poucos dias, o indivíduo retomará o direito de ser votado, podendo, inclusive, ser candidato ou candidata em pleito suplementar*".

Assevera que *"a presente ADI tem por finalidade a necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 c/c art. 175, §3º, da Lei nº 4.737/1965, a fim de que se reconheça o exaurimento do prazo de inelegibilidade – ocorrido antes da data da diplomação – como fato superveniente apto a garantir o exercício do direito de sufrágio passivo, principalmente nas hipóteses em que a contagem do prazo de inelegibilidade vincula-se à data da eleição (alíneas* d, h *e* j *do inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/1990)*".

Pondera que, *"aplicando-se de forma literal a compreensão de que as inelegibilidades previstas nas alíneas* d, h *e* j *do inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/1990 perduram do dia da eleição do ano em que houver a condenação até a data correspondente ao oitavo ano posterior, ter-se-ia que concluir que o tempo de inelegibilidade efetiva a que estaria sujeito o candidato ou a candidata dependeria – necessariamente – do ano em que verificada a condenação*".

Defende que "*a definição da data da diplomação como limite para a consideração do fato superveniente, para todos os fins, evitará disparidades constitucionalmente injustificáveis dentro do sistema de contagem de prazos de inelegibilidade da LC nº 64/1990, resguardando-se, com isso, o direito constitucional à elegibilidade*".

Exemplifica que, *"nas Eleições de 2022, no próximo dia 2 de outubro, estarão INELEGÍVEIS, inexoravelmente, TODOS aqueles que foram condenados nas condutas descritas nas alíneas* d, h *e* j *do inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/1990 na eleição ocorrida em 5 de outubro de 2014, em razão de apenas 3 dias que faltam para o cumprimento do prazo de inelegibilidade, mesmo sendo certa e conhecida a alteração fática e jurídica superveniente (restrição total de 4 eleições). Por outro lado, sendo a mesma condenação imposta em 2016, cuja eleição ocorreu no dia 2 de outubro, e estando o pleito marcado no oitavo ano seguinte para o dia 6 de outubro de 2024, TODOS os condenados em 2016, repita-se, pelas mesmas condutas e sob a égide do mesmo dispositivo dos condenados em 2014, estarão ELEGÍVEIS e se beneficiarão da redação atual da Súmula-TSE nº 70. Terão, por fim, seus registros deferidos em virtude de o impedimento ter findado 3 dias antes da data do pleito (com uma restrição total, na prática, de 3 eleições)*".

Para demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* da medida cautelar requerida, argumenta que *"a plausibilidade jurídica do pedido resta evidenciada por toda a argumentação exposta anteriormente, especialmente diante da circunstância de que, se houver o término do prazo da inelegibilidade antes da data da diplomação, não faz sentido mantê-la em função de critérios de calendário. Como foi exaustivamente exposto, a escolha da data da eleição como último marco para aferição do fato superveniente favorável à candidatura – nas hipóteses de exaurimento do prazo da inelegibilidade – é interpretação que restringe de maneira inconstitucional o direito à elegibilidade. Com todas as vênias, restou devidamente demonstrado que o atual modelo de contagem dos prazos de inelegibilidade feito pelo TSE causará indevida restrição ao direito de sufrágio no*

pleito de 2022, ante indevida e antijurídica real ampliação da restrição eleitoral, conforme demonstrado em tabela supra lançada. Já o periculum in mora *se evidencia na medida em que é possível afirmar que, para as Eleições de 2022, estarão inexoravelmente INELEGÍVEIS TODOS os que foram condenados nas condutas descritas nas alíneas* d, h *e* j *do inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/90, na eleição ocorrida em 5 de outubro de 2014, em razão dos 3 dias que faltam para o cumprimento de seu prazo de inelegibilidade, mesmo sendo certa e conhecida a alteração fática e jurídica superveniente (restrição total de 4 eleições)".*

4. Requer medida cautelar para *"suspender liminarmente a aplicabilidade da Súmula-TSE nº 70 para as Eleições de 2022, a partir do reconhecimento de que o exaurimento do prazo de inelegibilidade, verificado após a data da realização do pleito, mas antes da data de diplomação dos eleitos, consubstancia fato superveniente idôneo a afastar a causa restritiva ao direito de sufrágio passivo, nos termos do §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97"*.

5. No mérito, pede *"seja julgado procedente o pedido deduzido nesta ADI, garantindo-se, a partir da técnica da interpretação conforme, o direito fundamental à elegibilidade nas hipóteses de exaurimento do prazo de inelegibilidade antes da data da diplomação dos eleitos, pelo seu efetivo reconhecimento como termo* ad quem *das alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade, nos termos do §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97"*.

6. Adotei o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/1999 (e-doc. 11).

7. O Presidente da Câmara dos Deputados manifestou-se no sentido de que o processo legislativo do qual originada a norma impugnada respeitou as normas constitucionais vigentes. Informa que *"a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, deu novos contornos ao art. 11, criando o §10, ora guerreado, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Transitou na Câmara dos Deputados por intermédio do PL 5498/20092 com Regime de Urgência nos termos do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD. (…). Em 14 de julho de 2009 o texto aprovado foi encaminhado ao Senado Federal por intermédio do Ofício nº 775/09/PS-GSE tendo sido devolvido revisado e com alterações em 16 de setembro de 2009, Ofício nº 1.973 do Senado Federal. 15. As emendas da Casa Revisora restaram discutidas e votadas pela Casa Iniciadora em 16 de setembro de 2009. Em 22 de setembro de 2009 o Senado foi comunicado, Ofício nº 989/09/PS-GSE, sobre o envio do PL à sanção presidencial por intermédio da Mensagem nº 42/09. 16. Em 29 de setembro de 2009, após cumpridas todas as formalidades constitucionais, legais e regimentais, o PL 5498/2009 foi transformado na Lei Ordinária 12.034/2009 com vetos parciais"* (e-doc. 21).

8. O Presidente da República, adotando o parecer exarado pelo Consultor-Geral da União, manifestou-se nos termos seguintes:

> "I - Trata-se da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 7.197, impetrada pelo partido Solidariedade, para postular interpretação conforme a Constituição ao art. 11, §10, da Lei nº 9.504, de 1997,

> ao art. 175, §3º, da Lei nº 4.737, de 1965, bem como declarar, por arrastamento, a inaplicabilidade da Súmula-TSE nº 70.
>
> II – Considerando que as normas guerreadas não padecem de polissemia, entende-se que a presente ação direta de inconstitucionalidade não merece ser conhecida.
>
> III - Considerando, ainda, a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a inconstitucionalidade deve advir de cotejo direto entre o texto impugnado e as normas de parâmetro inscritas na Constituição Federal e considerando que o autor busca nesta ação direta de inconstitucionalidade que o STF analise a compatibilidade da interpretação judicial já realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre o conteúdo jurídico da norma inscrita no art. 11, §10, *in fine*, da Lei nº 9.504, de 1994, pugna-se pelo não conhecimento da presente ADI, em razão de haver, se for o caso, mera inconstitucionalidade reflexa. IV - No mérito, *pugna-se pela constitucionalidade dos preceitos normativos impugnados, uma vez que se entende que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade e que ocorram até as eleições"* (e-doc. 23 – grifos nossos).

9. O Presidente do Senado Federal assim se pronunciou:

> "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO OBJETIVO. DO NÃO CABIMENTO DE ADI CONTRA ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DA NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA DISCUSSÃO" (e-doc. 26).

Afirmou, ainda, aquela autoridade ter decorrido a legislação questionada de regular tramitação da Lei nº 12.034/2009, pela qual acrescentado o §10 ao art. 11 da Lei n nº 9.504/1997, ressaltando que a interpretação pretendida na presente ação direta foi vetada pelo Presidente da República no Projeto de Lei nº 5.029/2019, tendo sido o veto mantido pelo Congresso Nacional.

10. O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar:

> "Eleitoral. Pedido de interpretação conforme à Constituição ao artigo 11, §10, da Lei nº 9.504/1997 e ao artigo 175, §3º, da Lei nº 4.737/1965, a fim de que se reconheça o exaurimento do prazo de inelegibilidade ocorrido antes da data da diplomação como fato superveniente apto a garantir o exercício do direito de sufrágio passivo. Pretensão de suspender liminarmente a aplicabilidade da Súmula TSE nº 70 para as Eleições de 2022. Preliminares. Ausência de procuração com poderes específicos. Falta de juntada de cópia dos atos normativos impugnados. Impossibilidade jurídica do pedido de interpretação conforme a Constituição. Ofensa meramente reflexa à Carta da República. Mérito. Ausência de *fumus boni iuris*. O Tribunal Superior Eleitoral possui jurisprudência no sentido de que o artigo 11, §10, da Lei das Eleições não alberga a hipótese de decurso do prazo de inelegibilidade ocorrido após a eleição e antes da diplomação como alteração fático jurídica que afaste a inelegibilidade. Afinal, segundo a doutrina, 'é no dia da eleição que o direito de sufrágio é exercido pelos cidadãos; a rigor, é nesse dia que o candidato deve ser elegível'. Entendimento sufragado pelo autor capaz de gerar insegurança jurídica à Justiça Eleitoral. Ausência de *periculum in mora*. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pelo indeferimento do pedido de medida cautelar formulado pelo requerente" (e-doc. 30).

11. O Procurador-Geral da República defendeu o não conhecimento da ação no ponto relativo ao §3º do art. 175 da Lei nº 4.737/1965 e à Súmula nº 70 do Tribunal Superior Eleitoral e, na parte conhecida, a improcedência da ação:

> "CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA PRÉ CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 70 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INVIABILIDADE. ART. 11, §10, DA LEI 9.504/1997. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E CAUSAS DE INELEGIBILIDADE. ALTERAÇÕES SUPERVENIENTES AO REGISTRO DA CANDIDATURA. DIA DA ELEIÇÃO COMO DATA LIMITE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ATENDIMENTO.
>
> 1. É incabível ação direta de inconstitucionalidade contra norma de direito pré-constitucional.
>
> 2. Os enunciados de súmula dos tribunais, por não terem caráter normativo, não se sujeitam a controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

> 3. A interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, relativamente ao §10 do art. 11 da Lei 9.504/1997, segundo a qual somente o encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, respeita o princípio constitucional da isonomia e não consiste em ampliação do tempo legal de inelegibilidade.
>
> - Parecer pelo não conhecimento da ação quanto ao §3º do art. 175 da Lei 4.737/1965 e quanto à Súmula 70 do TSE. Na parte conhecida, pela improcedência do pedido" (e-doc. 39).

12. O partido político Avante foi admitido na presente ação direta como *amicus curiae* (e-doc. 41).

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei nº 9.868/1999 c/c inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

27/11/2023
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.197 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 30.6.2022, pelo partido político Solidariedade. Busca o autor a *"interpretação conforme à Constituição ao art. 11, §10, da Lei 9.504/1997, ao art. 175, §3º da Lei nº 4.737/1965, bem como declarar, por arrastamento, a inaplicabilidade da Súmula-TSE nº 70, a fim de se assegurar a máxima efetividade do texto constitucional no que diz respeito à proteção à igualdade de oportunidades nos pleitos eleitorais (art. 14 da Constituição Federal), garantindo-se o direito fundamental à elegibilidade (direito de sufrágio passivo) nas hipóteses de exaurimento do prazo de inelegibilidade antes da data da diplomação dos eleitos, pelo seu reconhecimento como termo ad quem das alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro de candidatura"* (e-doc. 1).

Alega-se que a interpretação das normas impugnadas de forma diversa à pretendida contrariaria o *caput* e o inc. XXXVI do art. 5º e do §9º do art. 14 da Constituição da República.

Proposta de conversão do exame de cautelar em julgamento de mérito.

2. A ação está instruída com as informações dos órgãos dos quais provenientes as normas impugnadas e com manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, pelo que proponho a conversão do exame do requerimento de medida cautelar em julgamento de mérito, como vem sendo adotado por este Plenário, em respeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo. Assim, por exemplo:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA.
>
> 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade

da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. Instituição de feriado somente a bancários e economiários, sem discrímen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida.

3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal reconhecida.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente" (ADI nº 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018).

DO MÉRITO

3. No §9º do art. 14 da Constituição da República se estabelece:

"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§9ª Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

No §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 se dispõe:

"Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até às dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.

§10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade."

4. No Projeto de Lei nº 5.498/2009, no qual teve origem a *Lei* 12.034/2009, que acrescentou o mencionado §10 ao art. 11 da Lei nº 9.504/1997, consta a seguinte justificativa:

> "As propostas foram amplamente debatidas, em sucessivas reuniões com intensa participação de parlamentares de todos os partidos. É natural que, em matéria tão polêmica, tenham surgido sugestões as mais diversas – o projeto, contudo, priorizou os acordos e a construção do consenso entre os partidos, remetendo eventuais divergências para decisão da maioria, em Plenário. Os principais pontos que resultaram desse processo são os seguintes:
>
> (...) 3. Inelegibilidade: passa a ser permitido que o candidato considerado inelegível pela Justiça Eleitoral possa concorrer quando, no transcorrer do processo eleitoral, sobreviver decisão que restabeleça seus direitos, inclusive por força de competência de outro ramo do Judiciário."

Pelas informações prestadas pelo Senado Federal, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade foram objeto de análise no Congresso Nacional nas discussões sobre o Projeto de Lei nº 5.029/2019. Nele se busca a alteração do §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997 e o acréscimo do §15 àquele dispositivo.

Entretanto, a proposta legislativa teve veto aposto pelo Presidente da República, mantido pelo Congresso Nacional. Confiram-se nesse sentido a alteração que se pretendia conferir ao impugnado §10 do art. 11 da Lei n nº 9.504/1997 e as razões do veto:

> "§§ 10 e 15 do art. 11 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, alterados pelo art. 2º do projeto de lei
>
> '§10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, tomada como referência a data da posse, ressalvadas as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que atraiam restrição ou afastem a inelegibilidade ou que preencham condição de elegibilidade.'
>
> '§15. A fim de dar efetividade ao disposto no §10 deste artigo, são fixados os seguintes marcos temporais e condicionantes:
>
> I - o fato superveniente que atraia restrição à candidatura deverá ocorrer até o último dia fixado para que os partidos políticos e

> as coligações apresentem os seus requerimentos de registro de candidatos;
>
> II - o fato superveniente que afaste a inelegibilidade ou que preencha condição de elegibilidade deverá ocorrer até o último dia estabelecido para a diplomação, incluído o simples encerramento do prazo de inelegibilidade pelo decurso do tempo, que ocorra até esta data.'
>
> Razões dos vetos:
>
> "A propositura legislativa, ao alterar a avaliação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade pela Justiça Eleitoral apenas na data da posse, ainda que o período de aferição seja do registro da candidatura, gera insegurança jurídica para a atuação da Justiça Eleitoral. Além disto, o dispositivo invade matéria reservada à Lei Complementar, nos termos dos §§ 4º e 9º do art. 14 da Constituição da República (e-doc. 26)."

A fixação da data da posse como marco temporal para a aferição das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade foi, portanto, afastada pelo veto presidencial, mantido pelo Congresso Nacional.

5. A questão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade consiste em examinar o marco temporal a se adotar, a saber, se a data do dia da eleição ou até a data da diplomação, para se considerarem as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes à data do pedido de registro da candidatura que afastem a inelegibilidade.

6. Em 10.5.2016, o Tribunal Superior Eleitoral editou o enunciado de Súmula nº 70, no qual se estabelece:

> "Súmula n nº 70. O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997."

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral assentou-se no sentido de que o término do prazo de inelegibilidade, após o momento do registro de candidatura, mas antes da data da eleição, configura fato superveniente a afastar a inelegibilidade, nos termos do §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/1997. Entre os precedentes citados que embasaram a edição daquela súmula, têm-se, por exemplo, os seguintes:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE ALÍNEA J. CONTAGEM. PRAZO. ELEIÇÕES 2012. DESPROVIMENTO.

Voltou a prevalecer nesta Corte, a partir do julgamento do REspe nº 93-08, Manacapuru/AM, de 20.6.2013, o entendimento de que o prazo de inelegibilidade de 8 anos previsto na alínea j do inciso I do art. 10 da LC nº 64/90 deve ser contado da data da eleição, expirando no dia de igual número de início, nos termos do art. 132, §30, do Código Civil, como decidido no REspe nº 74-27, Fênix – PR, Rei. Mm. Laurita Vaz, Rei. designada Mm. Luciana Lóssio, PSESS de 9. 10.2012. O transcurso do prazo de inelegibilidade até a data do pleito é passível de reconhecimento no pedido de registro do candidato, como alteração jurídica superveniente prevista no art. 11, §10, da Lei nº 9.504/97, por se tratar de evento futuro e certo. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (AgR-Al nº 177-73/P13, Relatora a Ministra Luciana Lóssio, DJ 3.2.2014).

"Registro. Inelegibilidade. Art. I, inciso I, alínea j, da Lei Complementar nº 64/90. Prazo. Contagem. Término. Em relação à coligação agravante, constata-se a irregularidade da representação processual, a impedir o conhecimento do agravo regimental (Súmula 115 do STJ). O prazo de oito anos previsto na alínea j do inciso I do art. 10 da Lei Complementar nº 64/90, segundo o atual entendimento deste Tribunal, tem como termo final a data de igual número a partir da eleição na qual se deu a condenação. 3. A cessação da inelegibilidade é fato superveniente à data do registro de candidatura, a teor do §10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97 (REspe n 93-08, rel. Mm. Marco Aurélio, DJE de 30.9.2013). Agravo regimental da Coligação Unidos por Guia Lopes não conhecido e agravo regimental do Ministério Público Eleitoral não provido" (AgR-REspe nº 195- 571/MS, Relator o Ministro Henrique Neves da Silva, DJ 31.3.2014).

"INELEGIBILIDADE – CESSAÇÃO – ALCANCE DO ARTIGO 11, PARÁGRAFO 10, DA LEI Nº 9.504/97. Cessada a inelegibilidade antes das eleições, cumpre observar, a teor do disposto no artigo II, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/97, o fenômeno. INELEGIBILIDADE – CESSAÇÃO – PROCESSO DE REGISTRO – SOBRESTAMENTO – IMPROPRIEDADE. Descabe sobrestar o processo de registro para aguardar-se o termo final da inelegibilidade. INELEGIBILIDADE – CONSIDERAÇÃO – LIMITE. O termo final para considerar-se a cessação da inelegibilidade coincide com o encerramento da jurisdição ordinária, sendo imprópria a consideração de fato novo em sede extraordinária. INELEGIBILIDADE – CESSAÇÃO – MEDIDA ACAUTELADORA. Possível é ter-se, no campo da cautelar, providência visando à eficácia da cessação da inelegibilidade antes das eleições" (Cta nº 380-63/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio Mello, DJ 5.2.2014).

"ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A GOVERNADOR. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO. SUPOSTA INCIDÊNCIA NAS INELEGIBILIDADES PREVISTAS NO ART. 10 INCISO I, ALÍNEAS d, h e j, DA LC Nº 64/1990. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. SUPOSTA AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO ELEITORAL. NÃO OCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. Incidência nas causas de inelegibilidade do art. 10, inciso I, alíneas d e h, da LC nº 64/1990. Enquanto inelegibilidade por rejeição de contas (alínea g), à guisa de exemplificação, não é sanção imposta na decisão do Tribunal de Contas, mas possível efeito secundário do título administrativo, verificável se e quando o cidadão se apresentar candidato, a inelegibilidade declarada em ação de investigação judicial eleitoral é sanção imposta na sentença judicial, cujo aumento de prazo configura situação didática de violação da coisa julgada – candidato declarado inelegível, pelo prazo de três anos, em representações transitadas em julgado relativas à eleição de 2006. Assentar a possibilidade de aumentar o prazo de três para oito anos de inelegibilidade em casos de ação de investigação judicial eleitoral, além de configurar violação da coisa julgada (art. 50, inciso X)(XVI, da CF/1988), é um convite ao legislador para que possa transformar, por exemplo, condenações à multa por conduta vedada em cassações de diploma, com consequências jurídicas em pleitos futuros. Aumento de prazo que afronta a segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da Constituição Federal, pois altera as consequências jurídicas de um processo eleitoral findo, analisado pela Justiça Eleitoral em conformidade com as regras jurídicas do pleito, modificando a sanção imposta em eleição anterior (sentença judicial que fixou inelegibilidade pelo prazo de três anos a contar da eleição de 2006), para atingir pleitos futuros, mesmo exaurido o prazo fixado em decisão judicial. Questão constitucional não enfrentada nem decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da ADC nº 29, rei. Min. Luiz Fux. Contagem do prazo da inelegibilidade referida no art. 1, inciso I, alíneas d, h e j, da LC nº 64/1990. Cassação do diploma do candidato ocorrida na eleição de 2006. Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, como a eleição de 2006 ocorreu em 10 de outubro, exaurido estará o prazo de oito anos de inelegibilidade em 5.10.2014, constituindo fato superveniente que afasta a causa de inelegibilidade quanto ao pleito de 2014, nos termos do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997. Precedentes do TSE. Pretendida contagem do prazo de inelegibilidade tendo como marco inicial o segundo turno da eleição de 2006. A interpretação literal do art. 77, §30, da CF/1988 não é a que melhor reflete a finalidade do texto constitucional, sendo certo que o segundo turno de votação não configura nova

> eleição propriamente dita, entendida como nova verificação de preenchimento das condições de elegibilidade ou de eventual incidência em causa de inelegibilidade, mas critério constitucional para alcançar o princípio da maioria absoluta, estabelecido para a eleição de presidente da República, governador de estado e prefeito de municípios com mais de 200 mil eleitores (arts. 28, 29, inciso II, e 77, da CF/1988). O princípio da 'igualdade de chances' entre os competidores abrange todo o processo de concorrência, não estando, por isso, adstrito a uma fase específica. É fundamental, por isso, que não apenas a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, entre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances, sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar ficcional, mas também o próprio intérprete, ao evitar interpretações que possam promover tratamento diferenciando injustificado, com sugestão de casuísmo, de inconstitucional exclusão. A pretensão a que seja contado o prazo de inelegibilidade de forma diferenciada – eleitos em 2006 em primeiro turno elegíveis e eleitos em segundo turno inelegíveis – configura violação da indispensável isonomia entre competidores, pois os candidatos estão na mesma situação jurídica – diplomas cassados na eleição de 2006. Quitação eleitoral. Ausência de multa eleitoral, líquida e certa, não paga antes do registro de candidatura. Recursos desprovidos" (RO nº 566- 35/P13, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 16.9.2014).

7. Em precedente específico sobre o tema em exame, o Tribunal Superior Eleitoral assentou não se incluir o decurso do prazo de inelegibilidade ocorrido após a eleição e antes da diplomação como alteração fática ou jurídica a afastar a causa de inelegibilidade.

Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a possibilidade de haver fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade, desde que ocorrido até as eleições, pelo fundamento de que *"a análise sistêmica do processo eleitoral demonstra que a data do pleito é o marco em torno do qual orbitam os demais institutos eleitorais"*. Confira-se, por exemplo:

> "ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. IMPUGNAÇÃO. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE PREVISTAS NO ART. 1º, I, D E H, DA LC Nº 64/90. CONDENAÇÃO POR ABUSO DE PODER COMETIDO NA CONDIÇÃO DE DETENTOR DE CARGO ELETIVO. DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE

POR TRÊS ANOS. ELEIÇÃO DE 2008. APLICABILIDADE DOS PRAZOS PREVISTOS NA LC Nº 135/2010. ART. 22, XIV, QUE REPRODUZ NO RITO PROCEDIMENTAL DA AIJE A HIPÓTESE VERSADA NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA D, DA LC Nº 64/90. INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF NAS ADCS NS. 29 E 30. EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. EXAURIMENTO DO PRAZO DA INELEGIBILIDADE APÓS A ELEIÇÃO. RESSALVA CONTIDA NO ART. 11, §10, DA LEI DAS ELEIÇÕES. INAPLICABILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL.

(...) 9. O art. 11, §10, da Lei das Eleições, em sua exegese mais adequada, não alberga a hipótese de decurso do prazo de inelegibilidade ocorrido após a eleição e antes da diplomação como alteração fático-jurídica que afaste a inelegibilidade.

10. O art. 11, §10, da Lei nº 9.504/97, em sua primeira parte, estabelece que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, por serem requisitos imprescindíveis ao exercício do *ius honorum*, i.e., ao direito de concorrer a cargos eletivos e eleger-se, não se confundindo com os requisitos essenciais à diplomação ou à investidura no cargo eletivo (posse).

11. A análise sistêmica do processo eleitoral demonstra que a data do pleito é o marco em torno do qual orbitam os demais institutos eleitorais, e.g., o prazo de domicílio eleitoral para concorrer; o prazo de filiação partidária; o prazo para o partido registrado no TSE participar da eleição; os prazos de desincompatibilização; o prazo de substituição de candidatos; o prazo de preenchimento das vagas remanescentes; os prazos de publicação das relações dos candidatos/partidos; os prazos de impedimentos; os prazos de condutas vedadas; os prazos da propaganda eleitoral; os prazos de organização e administração do processo eleitoral; e os prazos de publicação de atos partidários, além do marco de incidência do princípio constitucional da anualidade.

12. O candidato deve preencher as condições de elegibilidade e não incidir nas causas de inelegibilidade no momento em que se realiza o ato para o qual tais pressupostos são exigidos, qual seja, no dia da própria eleição, raciocínio que vem orientando as decisões desta Corte Eleitoral há mais de uma década (Precedente: REspe nº 18847/MG, Rel. Min. Fernando Neves, PSESS de 24.10.2000).

> 13. A ressalva contida na parte final do art. 11, §10, da Lei das Eleições alberga essas hipóteses de suspensão ou anulação da causa constitutiva (substrato fático jurídico) da inelegibilidade, revelando-se inidônea a proteger o candidato que passa o dia da eleição inelegível com base em suporte íntegro e perfeito, cujo conteúdo eficacial encontra-se acobertado pela coisa julgada. O mero exaurimento do prazo após a eleição não desconstitui e nem suspende o obstáculo ao *ius honorum* que aquele substrato atraía no dia da eleição, ocorrendo, após essa data, apenas o exaurimento de seus efeitos (Súmula nº 70 TSE: 'O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/97').
>
> (...) 16. Recurso especial desprovido" (Recurso Especial eleitoral nº 28.341, Relatora a Ministra Luciana Lóssio, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJ 19.12.2016).

Como se tem no precedente acima, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade relacionam-se ao exercício da cidadania, ao direito de participar da eleição e ser escolhido para exercer cargo político eletivo, a aferir-se até o momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade e que ocorram até o dia das eleições.

8. A sistemática da contagem do prazo de inelegibilidade, com base no dia da eleição do ano em que houver a condenação, decorre da interpretação adotada e consolidada na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, como se tem nos Enunciados de Súmula nº 19, nº 69 e nº 70:

> "Súmula nº 19. O prazo de inelegibilidade decorrente da condenação por abuso do poder econômico ou político tem início no dia da eleição em que este se verificou e finda no dia de igual número no oitavo ano seguinte (art. 22, XIV, da LC nº 64/1990)."
>
> "Súmula nº 69. Os prazos de inelegibilidade previstos nas alíneas j e h do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 têm termo inicial no dia do primeiro turno da eleição e termo final no dia de igual número no oitavo ano seguinte."
>
> "Súmula nº 70. O encerramento do prazo de inelegibilidade antes do dia da eleição constitui fato superveniente que afasta a inelegibilidade, nos termos do art. 11, §10, da Lei nº 9.504/1997."

Sobre o ponto examinado na presente ação direta, José Jairo Gomes anota:

> "(...) até que momento do processo eleitoral terá eficácia eleitoral a extinção ou suspensão do ato gerador da inelegibilidade? *A esse respeito, sobretudo para que haja segurança jurídica no processo eleitoral, é necessário que um marco seja fixado. Pressupõe-se, aqui, tenha havido recurso contra a decisão de indeferimento do pedido de registro, estando ele pendente de julgamento; se não foi interposto recurso, haverá preclusão da decisão que indeferiu o registro.*
>
> *É razoável o entendimento que fixa tal marco no dia da eleição, de maneira que somente a suspensão ou extinção do ato ocorrida até esse dia tem o condão de afetar o pedido de registro de candidatura e ensejar seu ulterior deferimento. Isso porque é no dia da eleição que o direito de sufrágio é exercido pelos cidadãos; a rigor, é nesse dia que o candidato deve ser elegível"* (Direito eleitoral. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 350 – grifos nossos).

Como ressaltado no precedente do Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral nº 28.341, antes mencionado neste voto, "*a análise sistêmica do processo eleitoral demonstra que a data do pleito é o marco em torno do qual orbitam os demais institutos eleitorais*, e.g., *o prazo de domicílio eleitoral para concorrer; o prazo de filiação partidária; o prazo para o partido registrado no TSE participar da eleição; os prazos de desincompatibilização; o prazo de substituição de candidatos; o prazo de preenchimento das vagas remanescentes; os prazos de publicação das relações dos candidatos/partidos; os prazos de impedimentos; os prazos de condutas vedadas; os prazos da propaganda eleitoral; os prazos de organização e administração do processo eleitoral; e os prazos de publicação de atos partidários, além do marco de incidência do princípio constitucional da anualidade" (*Relatora a Ministra Luciana Lóssio, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, DJ 19.12.2016).

10. Quanto à alegada contrariedade ao princípio da isonomia, o respeito ao prazo integral de inelegibilidade não importa em indevida ampliação da restrição ao *ius honurum*, na medida em que o cidadão poderá lançar sua candidatura e participar do pleito eleitoral a se realizar após superado o óbice da sua inelegibilidade.

Nesse sentido, ponderou o Procurador-Geral da União na manifestação apresentada nos autos: *"é equivocado modificar o critério legal (de anos para número de eleições) e imputar a uma lacuna da lei circunstância completamente fora do controle do legislador: o calendário. Se, em determinado ano, as eleições são no dia 2 de outubro, mas o candidato está inelegível até o dia 3 (porque, oito anos antes, a eleição ocorreu em 3 de outubro), isso se deve, unicamente, à variação do calendário gregoriano, e não a uma incidência anti-isonômica da lei. É bastante comum, quando a lei fixa data futura para a constituição de determinada situação jurídica, que pessoas recebam tratamento*

jurídico diverso por causa de um, dois ou três dias. É compreensível que aquele que não se beneficiou de um direito, por exemplo, sinta-se injustamente preterido em relação a outro que, no dia anterior, fez jus ao direito. Trata-se, no entanto, de situação anti-isonômica apenas na aparência. O importante, para afastar qualquer alegação de desrespeito ao princípio da isonomia, é que a fixação do marco legal tenha uma razão de ser. Em outras palavras, se a data limite para consideração das 'alterações supervenientes' ao registro de candidatura foi fixada fundamentadamente (e não aleatoriamente), não há que se falar em violação da isonomia" (fl. 15, e-doc. 39).

De se anotar também extrato da manifestação do Advogado-Geral da União no sentido de afastar-se a alegação de contrastação ao princípio da isonomia: *"ainda que a aplicação das normas em exame possa, eventualmente, afastar candidatos por número maior ou menor de pleitos eleitorais, certo é que aqueles que tiveram a inelegibilidade decretada ficarão incapacitados por igual período de tempo, com base no mesmo marco temporal, de modo que não há violação ao princípio da isonomia"* (fl. 18, e-doc. 30).

11. Em estudo sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas, o Ministro Eros Grau leciona que o *"direito não se interpreta em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum"* (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

A interpretação proposta na presente ação criaria contradição interpretativa na forma de contagem do prazo de inelegibilidade e representaria ofensa à segurança jurídica, interferência indevida no processo eleitoral e no exercício dos direitos políticos, base do veto presidencial à proposta no sentido agora pretendido pelo autor.

A flexibilização circunstancial de procedimentos eleitorais configuraria também risco à estabilidade democrática e à manutenção da ordem constitucional.

12. Ademais, o acolhimento do pedido formulado na inicial configuraria atuação como legislador positivo deste Supremo Tribunal, alterando-se norma vigente há treze anos, em descompasso ao afirmado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – RESOLUÇÃO Nº 16.336/90 – INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO – MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – BANCADA PAULISTA NA CÂMARA FEDERAL – ELEVAÇÃO IMEDIATA PARA 70 DEPUTADOS FEDERAIS – FUNÇÃO DO S.T.F. NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – SUA ATUAÇÃO COMO LEGISLADOR NEGATIVO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 45, §1º) - REGRA QUE NÃO É AUTO-APLICÁVEL – MORA CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO AUTOMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR –

SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. – A norma consubstanciada no art. 45, §1º, da Constituição Federal de 1988, reclama e necessita, para efeito de sua plena aplicabilidade, de integração normativa, a ser operada, mediante adequada intervenção legislativa do Congresso Nacional *(interpositio legislatoris*), pela edição de lei complementar, que constitui o único e exclusivo instrumento juridicamente idôneo, apto a viabilizar e concretizar a fixação do número de Deputados Federais por Estado-membro. – A ausência dessa lei complementar (*vacum juris),* que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. – O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F., no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. – O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico normativo consubstanciado na Carta Política. – A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional" (ADI nº 267-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 19.5.1995).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 8.713/93 (ART. 8º, §1º, E ART. 9º) – PROCESSO ELEITORAL DE 1994 – SUSPENSÃO SELETIVA DE EXPRESSÕES CONSTANTES DA NORMA LEGAL – CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO – DEFINIÇÃO LEGAL DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO COMPETENTE PARA EFEITO DE RECUSA DA CANDIDATURA NATA (ART. 8º, §1º) – INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE AUTONOMIA PARTIDÁRIA – A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS – SIGNIFICADO – FILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DOMICÍLIO ELEITORAL (ART. 9º) – PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE – MATÉRIA A SER VEICULADA MEDIANTE LEI ORDINÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE

> PRESSUPOSTOS DE ELEGIBILIDADE E HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA: (…) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (…) *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW* E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive *due process of law*" (ADI nº 1.063-MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 27.4.2001).

Como assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.690, *"O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que,*

fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes" (Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 7.12.2006).

13. Conforme os fundamentos anotados neste voto, tem-se por não comprova inconstitucionalidade das normas impugnadas, inferindo-se que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade, e que ocorram até as eleições.

14. Pelo exposto, *converto a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e voto pela improcedência do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.*

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.197
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S): CARLOS ENRIQUE ARRAIS BASTOS (24618/DF)
ADV.(A/S): CAPUTO BASTOS E FRUET ADVOGADOS (10588 OAB/DF)
INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S): ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO (25920/PE)
ADV.(A/S): GABRIELLE TATITH PEREIRA (30252/DF)
ADV.(A/S): FERNANDO CÉSAR DE SOUZA CUNHA (40645/BA, 31546/DF)
INTDO.(A/S): TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
AM. CURIAE.: AVANTE - DIRETÓRIO NACIONAL
ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN (02977/DF)
ADV.(A/S): BRUNO RANGEL AVELINO DA SILVA (23067/DF)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, converteu a apreciação da medida cautelar em julgamento de mérito e julgou improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Plenário, Sessão Virtual de 17.11.2023 a 24.11.2023.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 2004998 / RIO DE JANEIRO (2022/0162714-9)

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO: CLEITON DA SILVA
ADVOGADO: LUIS FELIPE DE ARAÚJO SOARES ANDRADA - RJ172839

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E RESISTÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO EM REVALORAÇÃO SUBJETIVA DA PROVA DOS AUTOS. NÃO CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL COMO NOVA APELAÇÃO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A hipótese de insuficiência ou fragilidade do arcabouço probatório não encontra respaldo em nenhuma das hipóteses legais de cabimento da revisão criminal, previstas nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal – CPP.

2. *In casu*, quanto à condenação pelos crimes de tentativa de homicídio e resistência, a Corte local, ao apreciar o pedido revisional, optando pela versão dos fatos apresentada pela defesa, julgou procedente a ação para absolver o ora agravante com fundamento, tão somente, em revaloração subjetiva da prova dos autos, pois, ao revisitar os mesmos elementos probatórios já examinados em primeira e segunda instâncias, compreendeu-os como frágeis e insuficientes para amparar o édito condenatório.

3. Entretanto, ao contrário do exigido no texto normativo, não se vislumbra, no caso concreto, a existência de prova nova reveladora

da inocência do acusado, tampouco a manifesta contrariedade da decisão dos jurados à evidência dos autos, o que exigiria, de forma estreme de dúvidas, a verificação da condenação sem qualquer lastro probatório.

4. Ressalta-se que a hipótese se trata de condenação exarada pelo Tribunal do Júri, a qual, para ser revertida, deve estar manifestamente contrária às provas dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, o que não se verifica no caso.

5. Entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do veredicto popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional.

6. De rigor a manutenção da decisão agravada que concluiu pelo restabelecimento da condenação do agravante pelos crimes que lhe foram imputados nos autos da ação penal originária.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de agosto de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2004998 / RJ (2022/0162714-9)
RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO: CLEITON DA SILVA
ADVOGADO: LUIS FELIPE DE ARAÚJO SOARES ANDRADA - RJ172839

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E RESISTÊNCIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO EM REVALORAÇÃO SUBJETIVA DA PROVA DOS AUTOS. NÃO CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL COMO NOVA APELAÇÃO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A hipótese de insuficiência ou fragilidade do arcabouço probatório não encontra respaldo em nenhuma das hipóteses legais de cabimento da revisão criminal, previstas nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal – CPP.

2. *In casu*, quanto à condenação pelos crimes de tentativa de homicídio e resistência, a Corte local, ao apreciar o pedido revisional, optando pela versão dos fatos apresentada pela defesa, julgou procedente a ação para absolver o ora agravante com fundamento, tão somente, em revaloração subjetiva da prova dos autos, pois, ao revisitar os mesmos elementos probatórios já examinados em primeira e segunda instâncias, compreendeu-os como frágeis e insuficientes para amparar o édito condenatório.

3. Entretanto, ao contrário do exigido no texto normativo, não se vislumbra, no caso concreto, a existência de prova nova reveladora da inocência do acusado, tampouco a manifesta contrariedade da decisão dos jurados à evidência dos autos, o que exigiria, de forma estreme de dúvidas, a verificação da condenação sem qualquer lastro probatório.

4. Ressalta-se que a hipótese se trata de condenação exarada pelo Tribunal do Júri, a qual, para ser revertida, deve estar manifestamente contrária às provas dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, o que não se verifica no caso.

5. Entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do

veredicto popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional.

6. De rigor a manutenção da decisão agravada que concluiu pelo restabelecimento da condenação do agravante pelos crimes que lhe foram imputados nos autos da ação penal originária.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por CLEITON DA SILVA contra a decisão de fls. 412/421, em que conheci do recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - MP e, com fundamento na Súmula n. 568 do STJ, dei-lhe provimento para restabelecer a condenação do ora agravante.

Em suas razões recursais, a defesa alega que "*O Recurso Especial do Parquet não possui os requisitos específicos de admissibilidade, uma vez que se trata de recurso com nítida pretensão de reexame de fatos e provas já decidida na Revisão Criminal*" (fl. 428).

Afirma que "*A revisão criminal não tem como fulcro possibilitar ao réu o acesso a uma segunda instância e a consequente revaloração do mérito decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, atendendo o livre convencimento motivado do órgão julgador*" (fl. 429)

Sustenta, ademais, que a decisão do Tribunal do Júri teria sido contrária à evidência dos autos, pois não se fundou em nenhuma prova colhida durante a instrução do processo.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a sua reforma pela Turma Competente, a fim de que seja julgado improcedente o recurso especial interposto pelo *Parquet*.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Conforme exposto na decisão agravada, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO deu provimento à revisão criminal do agravante, absolvendo-o da prática dos delitos de homicídio tentado e resistência, nos termos do voto do relator:

> "Pugna o requerente por sua absolvição, ou que seja anulada a Decisão do Júri, submetendo-o a novo julgamento, alegando para tanto que a condenação foi flagrantemente contraria às evidências dos autos, salientando que várias testemunhas não reconheceram o revisando como um dos autores, e que algumas testemunhas apenas relataram que OUVIRAM DIZER que o mesmo estava envolvido nos crimes ao mesmo imputados, destacando que os Policiais Militares que trocaram tiros na comunidade de igual forma não o reconheceram dentre os autores.
>
> Como sabido, a ação de revisão criminal constitui-se em medida de exceção, cabível apenas nos casos taxativamente arrolados em lei (CPP, art. 621), para a quebra da coisa julgada. Mostra-se o decisum contrário à evidência dos autos quando não se funda em nenhuma prova colhida durante o processo, sendo exatamente esta a hipótese dos autos, explicitando a procedência da Revisão Criminal, senão vejamos:
>
> Em Juízo o PM Roberto Santos aduziu que estava de serviço de patrulhamento quando recebeu determinação no rádio para proceder ao local onde havia uma pessoa baleada, e que chegando ao local populares falaram que alguns homens envolvidos no ataque à vítima evadiram-se, e que outra parte foi para o mato, oportunidade em que tais homens começaram a trocar tiros com a guarnição, contudo não conseguiu reconhecer ninguém nessa troca de tiros.
>
> Também em Juízo o PM Thiago dos Santos afirmou que no dia dos fatos a viatura foi acionada porque estava tendo troca de tiros lá na comunidade e que quando chegou um carro já tinha se evadido e que vários homens empreenderam fuga, uns três ou quatro; que estavam correndo de costas e alguns dando tiros, podendo observar que entraram no mato, chegando a ver um moreno forte e alto, que estava de costas, podendo ver mais ou menos o rosto, sendo certo que populares depois disseram que um desses homens era o Uander, vulgo do ora requerente. Contudo não reconhece este como tal.

A seu turno o PM Marco Carino aduziu em Juízo que também participou da ocorrência de troca de tiros, contudo não conseguiu reconhecer ninguém que realizou os disparos.

A testemunha Wescley de Mendonça Lessa afirmou em Juízo que não sabe nada com relação aos fatos narrados na denúncia, deixando, portanto, de ratificar o seu relato na distrital em sentido contrário.

A testemunha Joel Campos Josuel aduziu em Juízo que não presenciou os fatos, não podendo acusar ninguém, e que apenas ouviu comentários sobre o nome do ora requerente na cena do crime.

O PC Luiz Gustavo em Juízo afirmou que a ação criminosa pelo o que ficou apurado foi um revide de um fato anterior acontecido dois dias antes de duas mulheres que foram mortas no alto do morro por três homens, que foi uma invasão com intuito de retaliar, de matar pessoas da facção rival que é o Terceiro Comando, consignando que houve reconhecimento de identificação por pessoas que tiveram conhecimento e alguns reconhecimentos, frisando que a comunidade é muito acuada, muito vigiada, e por isso as pessoas têm medo de testemunhar, sendo certo que seis destes homens foram reconhecidos, incluindo o ora requerente, contudo não lembra quantos foram ouvidos e nem os nomes destas pessoas, o que ajudou na identificação, inclusive na do ora requerente.

Muito embora a testemunha Leonardo de Souza Santos tenha em sede policial (fls. 169) declarado que viu quando veículo da marca Renault, modelo Duster, de cor prata, abriu as portas e do mesmo saiu o requerente, segurando um fuzil e efetuando disparos, tal ato não foi reprisado em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

De igual forma, não obstante a testemunha Luiz Fernando Ribeiro da Silva tenha declarado em sede policial que viu o requerido, junto de outros homens desembarcar de um veículo Renault Duster, de cor prata, efetuando disparos de arma de fogo contra as vítimas, inclusive posteriormente contra os agentes estatais (Auto de Reconhecimento de Pessoa às fls 188/190) tal ato não foi ratificado em Juízo, uma vez que veio a falecer assassinada no curso do processo.

O mesmo se diga em relação à vítima Romulo, que embora tenha declarado na distrital que vou o requerente na cena do crime, de igual forma não foi a Juízo ratificar tal relato, uma vez que também veio a falecer assassinada no curso do processo.

> Finalmente a vítima Karine aduziu em Juízo que não pode ver quem fez os disparos que a atingiram.
>
> O ora requerente por ocasião de seu interrogatório negou os fatos.
>
> Como se pode observar, em relação aos crimes de homicídio, nenhuma das testemunhas ouvidas nas duas fases do Júri presenciou os fatos, apenas ouvindo comentários sobre o nome do ora requerente na cena do crime, sendo certo que a testemunha Luiz Fernando e a vítima Romulo, não obstante tenham apontado em sede policial o ora requerente como sendo um dos executores, sendo inclusive lavrado auto de reconhecimento, não foram a Juízo ratificar tal ato, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, uma vez que vieram a falecer assassinadas no curso do processo.
>
> Como já dito alhures, não obstante a testemunha Leonardo de Souza Santos tenha em sede policial (fls. 169) declarado que viu quando veículo da marca Renault, modelo Duster, de cor prata, abriu as portas e do mesmo saiu o requerente, segurando um fuzil e efetuando disparos, tal ato não foi reprisado em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
>
> Em relação aos crimes de resistência, nem mesmo os agentes estatais que participaram da troca de tiros puderam reconhecer em Juízo o requerente como um dos agentes que efetuaram os disparos na direção da guarnição policial, sendo certo que o Auto de Reconhecimento de Pessoa às fls. 182, não foi ratificado em Juízo, circunstâncias estas que de igual modo impedem um decreto condenatório, denotando que o decisum não se fundou em qualquer prova colhida durante o processo.
>
> Desta forma, tanto a decisão do Júri, bem como o acórdão que a manteve, foram proferidos contrariamente à evidência dos autos, eis que não se fundaram em provas efetivamente colhidas em desfavor do requerente.
>
> Assim, não havendo dúvida de que a decisão proferida pelo conselho de sentença e confirmada pela Sétima Câmara Criminal deste E. Tribunal ofendeu frontalmente as provas constante dos autos, não resta outra solução senão absolver o ora requerente, rescindindo a sua condenação anterior." (fls. 66/69)

Verifica-se, quanto aos crimes de tentativa de homicídio e resistência, que a Corte local, ao apreciar o pedido revisional, optando pela versão dos fatos apresentada pela defesa, julgou procedente a ação para absolver o agravante com fundamento, tão somente, em revaloração subjetiva da prova dos autos, pois, ao revisitar os

mesmos elementos probatórios já examinados em primeira e segunda instâncias, compreendeu-os como frágeis e insuficientes para amparar o édito condenatório.

Ao contrário do exigido no texto normativo, não se vislumbrou, no caso concreto, a existência de prova nova reveladora da inocência do acusado, tampouco a manifesta contrariedade da decisão à evidência dos autos, o que exigiria, de forma estreme de dúvidas, a verificação de condenação sem qualquer lastro probatório.

Nesse sentido, "*a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que o escopo restrito da revisão criminal, ajuizada com fundamento no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pressupõe condenação sem qualquer lastro probatório, o que não confunde com a mera fragilidade probatória*" (AgRg nos EDcl no REsp 1.940.215/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021).

Portanto, o entendimento esposado na decisão recorrida encontra-se em contradição com a jurisprudência desta Corte, pois é pacífica a orientação do "*não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vistas ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP*" (HC 206.847/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 25/2/2016).

No mesmo sentido, citam-se precedentes (grifos nossos):

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 288, *CAPUT*, E 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. UTILIZAÇÃO DA VIA COMO SE RECURSO FOSSE. NÃO CABIMENTO. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. *"O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vistas ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP"* (ut, HC 206.847/SP, Rel. Ministro NEFI ORDEIRO, Sexta Turma, DJe 25/02/2016).
>
> 2. *"A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que o escopo restrito da revisão criminal, ajuizada com fundamento no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pressupõe condenação sem qualquer lastro probatório, o que não confunde com a mera fragilidade probatória"* (AgRg nos EDcl no REsp 1940215/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021)**.**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.989.730/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022).

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL ACOLHIDA, COM BASE EM INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIOLAÇÃO DO ART. 621, I, DO CPP. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO VEREDICTO CONDENATÓRIO ORIUNDO DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRIMAZIA DO DIREITO À LIBERDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. INTERPRETAÇÃO DO PRECEITO QUE NÃO COMPORTA A REVISÃO NA HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL A QUO CONCLUI PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS DE PROCESSO PENAL E DA PRÓPRIA DICÇÃO LEGAL. RECURSO ACOLHIDO. ACÓRDÃO CASSADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DE PRELIMINAR QUE FICOU PREJUDICADA.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de admitir o pedido revisional (art. 621, I, do CPP) do veredicto condenatório emanado do Tribunal do Júri, calcada no entendimento de que o direito à liberdade prevalece em confronto com a soberania dos veredictos. Precedentes do STJ.

2. *A melhor interpretação da dicção legal sentença contrária à evidência dos autos, é aquela que restringe o acolhimento da revisão às hipóteses de erro judiciário (prova de inocência) ou de inexistência absoluta de prova para a condenação, sendo inviável rescindir o veredicto condenatório com base em uma suposta insuficiência de provas*.

3. Ao dispor acerca da cassação do veredicto emanado do Tribunal do Júri, em apelação, por uma única vez (art. 593, III, d), o Código de Processo Penal é taxativo ao limitar tal previsão ao veredicto manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, *se há prova para a condenação, ainda que reduzida e controvertida, não é possível cassar o veredicto condenatório em uma apelação, que dirá, então, em uma ação revisional.*

4. *A expressão em si (sentença contrária à evidência dos autos) exterioriza um julgamento totalmente divorciado dos elementos de convicção (prova), não albergando a hipótese em que o Tribunal conclui pela fragilidade do conjunto probatório, juízo esse de extrema subjetividade*, que, caso admitido em uma ação revisional, acabaria

> por esvaziar por completo a primazia dos veredictos do Tribunal do Júri, com sede constitucional.
>
> 5. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a condenação imposta ao recorrido, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que analise a preliminar suscitada na revisão, que ficou prejudicada com o acolhimento da questão de mérito, ora afastada.
>
> (REsp n. 1.686.720/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 4/9/2018).

Assim como constou no inteiro teor do REsp n. 1.686.720/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, no presente caso dos autos também é forçoso reconhecer que "*o provimento revisional não decorreu de novas provas aptas a evidenciar a existência de erro judiciário (certeza de inocência do réu), tampouco da conclusão de que inexistem provas em absoluto aptas a subsidiar um juízo de condenação, mas sim da convicção de que os elementos colhidos seriam frágeis e insuficientes para a condenação*".

Aliás, como bem concluído no voto do Desembargador vencido:

> "1º) A absolvição decorreu de SUBJETIVO entendimento sobre o caderno probatório, reputado insuficiente. Ora (!!), a prevalecer PARTICULAR CRITÉRIO, repita-se, de ordem SUBJETIVA, a revisão criminal será manejada como SUBSTITUTIVA de SEGUNDA APELAÇÃO ou de RECURSOS que deixaram de ser interpostos ou foram desprovidos, eternizando a lide (*habeas corpus* 206.847/SP - Superior Tribunal de Justiça). Essa é a hipótese vertente, pois a defesa interpôs recursos especial e extraordinário, ambos inadmitidos; 2º) Não ficou demonstrado, nem de longe, que a decisão do corpo de jurados, mantida, por unanimidade, pela Sétima Câmara Criminal, fosse CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS, INDISPENSÁVEL REQUISITO. Ainda que assim fosse, admite-se para argumentar, NÃO seria cabível a absolvição, violando-se, destarte, a SOBERANA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO CONSELHO DE SENTENÇA (artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas "c" e "d", da Constituição Federal). Nessa hipótese, o acusado deve ser submetido a NOVO JULGAMENTO (artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal - Superior Tribunal de Justiça: agravo regimental no recurso especial 1021468/SP e recurso especial 1172278/GO)." (fls. 72/73)

Ressalta-se, ademais, que a hipótese dos autos se refere à condenação exarada pelo Tribunal do Júri, a qual, para ser revertida, deve estar manifestamente contrária

às provas dos autos, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, o que não se verifica no caso.

Assim, entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do veredicto popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional. Com igual conclusão (grifos nossos):

> RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL ACOLHIDA, COM BASE EM INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIOLAÇÃO DO ART. 621, I, DO CPP. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO VEREDICTO CONDENATÓRIO ORIUNDO DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRIMAZIA DO DIREITO À LIBERDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. INTERPRETAÇÃO DO PRECEITO QUE NÃO COMPORTA A REVISÃO NA HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL A QUO CONCLUI PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS DE PROCESSO PENAL E DA PRÓPRIA DICÇÃO LEGAL. RECURSO ACOLHIDO. ACÓRDÃO CASSADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DE PRELIMINAR QUE FICOU PREJUDICADA.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de admitir o pedido revisional (art. 621, I, do CPP) do veredicto condenatório emanado do Tribunal do Júri, calcada no entendimento de que o direito à liberdade prevalece em confronto com a soberania dos veredictos. Precedentes do STJ.
>
> 2. *A melhor interpretação da dicção legal sentença contrária à evidência dos autos, é aquela que restringe o acolhimento da revisão às hipóteses de erro judiciário (prova de inocência) ou de inexistência absoluta de prova para a condenação, sendo inviável rescindir o veredicto condenatório com base em uma suposta insuficiência de provas.*
>
> 3. Ao dispor acerca da cassação do veredicto emanado do Tribunal do Júri, em apelação, por uma única vez (art. 593, III, d), o Código de Processo Penal é taxativo ao limitar tal previsão ao veredicto manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, *se há prova para a condenação, ainda que reduzida e controvertida, não é possível cassar o veredicto condenatório em uma apelação, que dirá, então, em uma ação revisional.*
>
> 4. *A expressão em si (sentença contrária à evidência dos autos) exterioriza um julgamento totalmente divorciado dos elementos de convicção (prova), não albergando a hipótese em que o Tribunal conclui pela fragilidade do conjunto probatório, juízo esse de extrema*

> *subjetividade, que, caso admitido em uma ação revisional, acabaria por esvaziar por completo a primazia dos veredictos do Tribunal do Júri, com sede constitucional.*
>
> 5. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a condenação imposta ao recorrido, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que analise a preliminar suscitada na revisão, que ficou prejudicada com o acolhimento da questão de mérito, ora afastada.
>
> (REsp n. 1.686.720/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/8/2018, DJe de 4/9/2018).

Desse modo, a hipótese de insuficiência ou fragilidade do arcabouço probatório não encontra respaldo em nenhuma das hipóteses legais de cabimento da revisão criminal, previstas nos incisos do art. 621 do CPP, razão pela qual, de fato, deve ser restabelecida a condenação do agravante pelos crimes que lhe foram imputados nos autos da ação penal originária.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.

TERMO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0162714-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AgRg no REsp 2.004.998 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem: 00058682220218190000 00382290620148190011 202225400357 382290620148190011 58682220218190000

Sessão Virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023

Relator do AgRg
Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO: CLEITON DA SILVA
ADVOGADO: LUIS FELIPE DE ARAÚJO SOARES ANDRADA - RJ172839
ASSUNTO: DIREITO PENAL – CRIMES CONTRA A VIDA – HOMICÍDIO QUALIFICADO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO: CLEITON DA SILVA
ADVOGADO: LUIS FELIPE DE ARAÚJO SOARES ANDRADA - RJ172839

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 15 de agosto de 2023.

• • •

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.130.619 / SÃO PAULO (2022/0152262-2)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A.
ADVOGADO: GUSTAVO ANTONIO FERES PAIXÃO - SP186458
AGRAVADO: MARIA EDITE DE SOUZA
ADVOGADO: LUIS EDUARDO BORGES DA SILVA - SP288477

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO.

I - Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por particular contra concessionária de energia elétrica pleiteando indenização por danos morais decorrentes do vazamento e acesso, por terceiros, de dados pessoais.

II - A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo a Corte Estadual reformulada para condenar a concessionária ao pagamento da indenização, ao fundamento de que se trata de dados pessoais de pessoa idosa.

III - A tese de culpa exclusiva de terceiro não foi, em nenhum momento, abordada pelo Tribunal Estadual, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ. *In casu*, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte ter alegado devidamente em suas razões recursais ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte.

Tal não se verificou no presente feito. Precedente: AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020.

IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais mas não íntimos, passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis.

V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

VI - Agravo conhecido e recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

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, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Humberto Martins, Herman Benjamin e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2023(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2130619 / SP (2022/0152262-2)
RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A
ADVOGADO: GUSTAVO ANTONIO FERES PAIXÃO - SP186458
AGRAVADO: MARIA EDITE DE SOUZA
ADVOGADO: LUIS EDUARDO BORGES DA SILVA - SP288477

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. DADOS COMUNS E SENSÍVEIS. DANO MORAL PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO.

I - Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por particular contra concessionária de energia elétrica pleiteando indenização por danos morais decorrentes do vazamento e acesso, por terceiros, de dados pessoais.

II - A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo a Corte Estadual reformulada para condenar a concessionária ao pagamento da indenização, ao fundamento de que se trata de dados pessoais de pessoa idosa.

III - A tese de culpa exclusiva de terceiro não foi, em nenhum momento, abordada pelo Tribunal Estadual, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ. *In casu*, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte ter alegado devidamente em suas razões recursais ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte. Tal não se verificou no presente feito. Precedente: AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020.

IV - O art. 5º, II, da LGPD, dispõe de forma expressa quais dados podem ser considerados sensíveis e, devido a essa condição, exigir tratamento diferenciado, previsto em artigos específicos. Os dados de natureza comum, pessoais mas não íntimos,

passíveis apenas de identificação da pessoa natural não podem ser classificados como sensíveis.

V - O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

VI - Agravo conhecido e recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Maria Edite de Souza ajuizou ação de reparação de danos contra a concessionária Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A - ENEL, objetivando reparação pecuniária por danos morais decorrentes do "vazamento" e compartilhamento indevido de seus dados pessoais, notadamente: nome completo; RG; gênero; data de nascimento; idade; telefone fixo; telefone celular e endereço, além de dados relativos ao contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado com a ré, como: carga instalada; consumo estimado; tipo de instalação e leitura de consumo.

Alegou, ademais, que os dados pessoais e contratuais da autora, todos em poder e sigilo da concessionária ré, foram acessados e, posteriormente, compartilhados medicante pagamento com um número indeterminados de pessoas, todos estranhos à relação comercial existente entre as partes, o que a expôs a potencial perigo de fraude e importunações, pelo que pleiteia indenização por danos morais no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Na primeira instância, a ação foi julgada improcedente (fls. 343-345). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em grau recursal, deu provimento ao recurso de apelação autoral, reformando a decisão de primeiro grau para condenar a concessionária ré ao pagamento da indenização no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos assim ementados (fl. 473):

> Ação indenizatória por danos morais. Prestação de serviços. Energia elétrica. "Vazamento" de dados pessoais da autora. R. sentença de improcedência, com apelo só da consumidora/acionante. Plena aplicação do CDC. Inversão do ônus probatório. Vazamento de dados reservados da consumidora, que configura falha na prestação de serviços. Dados que deveriam ter a privacidade garantida. Indicados os danos morais. Dá-se provimento ao recurso da requerente.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 511-518).
Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando a violação dos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, por omissão no acórdão recorrido quanto ao argumento de que não poderia o acórdão ter se fundamentado exclusivamente na legislação consumerista mas, também e principalmente, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, que é a lei de regência da matéria enfrentada na lide.

Aduziu a negativa de vigência aos arts. 42, 43, II e III, 46 e 48 da LGPD, e aos arts. 14, § 3º, do CDC, em razão da comprovada postura da empresa quanto à segurança reservada aos dados sob sua responsabilidade, sendo inequívoco que o vazamento

deu-se por ação de terceiro estranho à relação comercial firmada com a recorrida, o que justificaria a excludente de responsabilidade.

Alegou que se equivoca a Corte de origem ao enquadrar os dados vazados como sensíveis, nos termos do art. 5º, II, da LGPD, uma vez que estes seriam básicos de qualificação de qualquer pessoa, muitos dos quais fornecidos corriqueiramente pelos indivíduos nas mais variadas e simples operações diárias da vida civil, tanto assim que podem ser encontrados nos próprios autos, os quais, por opção da recorrida, não foram acobertados pelo segredo de justiça, já que não houve pedido nesse sentido.

Sustentou ofensa aos arts. 186, 884, 927, e 944, do CC/2002, e ao art. 42, *caput*, da LGPD, por não ser passível de indenização evento incerto futuro, como eventual ou potencial dano decorrente do vazamento dos dados da recorrida. Tampouco o vazamento de dados não sensíveis poderia, por si só, causar lesão à esfera íntima da pessoa humana.

Suscitou, por fim, dissídio jurisprudencial entre o aresto recorrido e julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relacionados ao entendimento de que informações comuns fornecidas em relações cotidianas não poderiam ser consideradas como dados sensíveis.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 662) e o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial (fls. 663-665), tendo sido interposto o presente agravo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Considerando que a concessionária agravante impugnou a fundamentação apresentada na decisão agravada, e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Em relação à indicada violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, não se vislumbra pertinência na alegação, tendo o julgador dirimido a controvérsia tal qual lhe fora apresentada, em decisão devidamente fundamentada, sendo a irresignação da recorrente evidentemente limitada ao fato de estar diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso declaratório.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da violação dos mencionados artigos processuais, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 1022 DO CPC/2015. OFENSA NÃO VERIFICADA. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.
>
> 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
>
> [...]
>
> 3. Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no REsp 1.643.573/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 16/11/2018.)

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. Ausentes os vícios do art. 1022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

> 2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.
>
> 3. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.
>
> [...]
>
> 6. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no REsp 1.719.870/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/9/2018, DJe 26/9/2018.)

No que concerne à alegação de ofensa aos arts. 42, 43, II e III, 46 e 48 da LGPD, e ao art. 14, §3º, do CDC, vinculados à tese de culpa exclusiva de terceiro pelo compartilhamento de informações pessoais e contratuais da recorrida, verifica-se que o Tribunal *a quo*, em nenhum momento, abordou as questões referidas nos dispositivos legais, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide, na hipótese, a Súmula n. 211/STJ, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*." Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AVIAÇÃO AGRÍCOLA. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE RESOLUÇÃO DE CONSELHO PROFISSIONAL.
>
> (...)
>
> 3. A Corte de origem nada teceu a respeito dos arts. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 917/69. 2º, 5º, 6º, II, 15, do Decreto 86.765/81, apesar de instado a fazê-lo pelos embargos de declaração, razão pela qual incide o óbice da Súmula 211/STJ. "Não há impropriedade em afirmar a falta de prequestionamento e afastar a indicação de afronta ao artigo 535 do CPC, haja vista que o julgado pode estar devidamente fundamentado, sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos suscitados pelo recorrente, pois, como consabido, não está o julgador a tal obrigado". (AgRg no REsp n. 1.386.843/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/2/2014.)
>
> (...)
>
> 6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.035.738/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe 23/2/2017.)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DE CANDIDATO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO. MANUTENÇÃO DE SERVIDORES CONTRATADOS IRREGULARMENTE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INADEQUADA. DESCARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO AOS INTERESSES DA PARTE. CONTRADIÇÃO EXTERNA. HIPÓTESE DE CABIMENTO INEXISTENTE PARA OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A NORMAS FEDERAIS. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. SÚMULA 284/STF.

(...)

6. O prequestionamento advém do debate da temática processual à luz de determinado preceito legal federal, ou seja, é forçoso que o Tribunal da origem interprete os fatos processuais e sobre eles proceda juízo de valor para adequá-los ou não a determinado preceptivo federal, realizando assim a subsunção do fato à norma, o que absolutamente inexistiu no acórdão da origem, que não se sustentou nos arts. 130, 131, 331, § 2.º, 333, inciso I, 436, 437, 438 e 439, todos do CPC-1973, mas apenas na Lei 8.112/1990 e na Constituição da República.

7. O prequestionamento não é a indicação do preceito legal, mas o debate de determinada tese de acordo com certa norma jurídica (inscrita no preceito), de maneira a que a falta de apontamento de lei não importa a falta de prequestionamento, mas tampouco a ausência de debate significa o prequestionamento "implícito".

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.581.104/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/4/2016, DJe 15/4/2016.)

In casu, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte, nas razões recursais, indicar/alegar explicitamente a violação

do art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte, providência não realizada no presente caso.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DO CÓDIGO FUX. RECONHECIMENTO. INDICAÇÃO E CONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX. NECESSIDADE. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. IRPJ, CSSL, PIS E COFINS. PERMUTA DE IMÓVEIS. NÃO EQUIPARAÇÃO A COMPRA E VENDA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE LUCRO, RECEITA, RENDA OU FATURAMENTO COM A OPERAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.
>
> 1. A alegada violação dos arts. 6º da Lei 7.689/1988, 57 da Lei 8.981/1995, 28 da Lei 9.430/1996, 2º e 3º da Lei 9.718/1998, não pode ser conhecida ante a falta de prequestionamento da matéria, pois o Tribunal de origem não analisou a controvérsia à luz dos dispositivos invocados, apesar da oposição dos Embargos de Declaração.
>
> 2. O reconhecimento do prequestionamento fictício, previsto no art. 1.025 do Código Fux, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, exige que seja invocada e conhecida violação do art. 1.022 do Código Fux, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei (REsp. 1.639.314/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 10.4.2017), o que não ocorreu no caso sob exame.
>
> [...]
>
> 6. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL desprovido.
>
> (AgInt no REsp 1737467/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020, DJe 17/6/2020).

Já em relação a alegada ofensa ao art. 5º, II, da LGPD, constata-se assistir razão à concessionária recorrente a esse respeito, isso porque o referido dispositivo traz um rol taxativo daquilo que seriam dados pessoais sensíveis e, por ostentarem essa condição, exigem tratamento diferenciado, conforme previsão no art. 11 da mesma LGPD. Destaca-se do texto legal o seguinte (grifos nossos):

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> [...]
>
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
>
> [...]
>
> Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis
>
> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
>
> I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;
>
> II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
>
> a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
>
> b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
>
> c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
>
> d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de arbitragem);
>
> e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
>
> f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
>
> g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

No caso dos autos, o acórdão recorrido entendeu que os dados vazados da recorrida estariam na categoria de sensíveis, entretanto, ao especificá-los, particularizou

apenas dados de natureza comum, de cunho pessoal, mas não considerados de índole íntima, uma vez que passíveis apenas de identificação da pessoa natural, não sendo, por isso, classificados como sensíveis. Confira-se (fl. 474):

> No caso, a Concessionária ré não cuidou da privacidade de dados sensíveis da autora (data de nascimento, números de CPF e RG, gênero, endereço, números de telefones, até de seu celular, endereço, carga instalada, consumo estimado, tipo de instalação e leitura).

Desse modo, conforme consignado na sentença reformada, revela-se que os dados objeto da lide são aqueles que se fornece em qualquer cadastro, inclusive nos sites consultados no dia a dia, não sendo, portanto, acobertados por sigilo, e o conhecimento por terceiro em nada violaria o direito de personalidade da recorrida. (fl. 344).

Na mesma esteira, merece êxito o apelo especial no ponto em que defende não ser possível indenizar por dano moral o vazamento de dados informados corriqueiramente em diversas situações do dia a dia.

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações.

Diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural.

No presente caso, trata-se de inconveniente exposição de dados pessoais comuns desacompanhados de comprovação do dano, conforme se identifica da decisão de primeiro grau (fl. 344)

> É certo que para se caracterizar dano moral, a ensejar reparação, o fato deve gerar grave ofensa à honra, à dignidade ou a atributo da personalidade da pessoa. No caso, o simples fato de ter ocorrido o vazamento de dados pessoais não enseja indenização por dano moral. Não veio para o processo prova efetiva de dano.

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento para restabelecer o quanto deliberado na sentença.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2022/0152262-2
PROCESSO ELETRÔNICO
AREsp 2.130.619 / SP
Número Origem: 10032036720218260405
PAUTA: 07/03/2023
JULGADO: 07/03/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A
ADVOGADO: GUSTAVO ANTONIO FERES PAIXÃO - SP186458
AGRAVADO: MARIA EDITE DE SOUZA
ADVOGADO: LUIS EDUARDO BORGES DA SILVA - SP288477
ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo – Fornecimento de Energia Elétrica

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, conheceu do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Humberto Martins, Herman Benjamin e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.422 / SÃO PAULO (2017/0110208-3)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECORRENTE: A. S. D. A.

ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR - DF007447

RECORRENTE: C. C. H.

ADVOGADOS: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA - SP060415

LUÍS EDUARDO TAVARES DOS SANTOS - SP299403

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DE SEPARAÇÃO TOTAL PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. RETROAÇÃO À DATA DO MATRIMÔNIO. EFICÁCIA *EX TUNC*. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE DAS PARTES. COROLÁRIO LÓGICO DO NOVO REGIME. RECURSO ESPECIA PROVIDO.

1. Nos termos do art. 1.639, §2º, do Código Civil de 2002, *"é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros"*.

2. A eficácia ordinária da modificação de regime de bens é "ex nunc", valendo apenas para o futuro, permitindo-se a eficácia retroativa (*ex tunc*), a pedido dos interessados, se o novo regime adotado amplia as garantias patrimoniais, consolidando, ainda mais, a sociedade conjugal.

3. A retroatividade será corolário lógico do ato se o novo regime for o da comunhão universal, pois a comunicação de todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, é pressuposto da universalidade da comunhão, conforme determina o art. 1.667 do Código Civil de 2002.

4. A própria lei já ressalva os direitos de terceiros que eventualmente se considerem prejudicados, de modo que a modificação do regime de bens será considerada ineficaz em relação a eles (art. 1.639, § 2º, parte final).

5. Recurso especial provido, para que a alteração do regime de bens de separação total para comunhão universal tenha efeitos desde a data da celebração do matrimônio (*ex tunc*).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Alde da Costa Santos Júnior, pela parte recorrente.

Brasília, 25 de abril de 2023 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO - PRESIDENTE E RELATOR

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2017/0110208-3
PROCESSO ELETRÔNICO
REsp 1.671.422 / SP
Números Origem: 10564132220148260100 20160000239471 20160000479887
PAUTA: 18/04/2023
JULGADO: 18/04/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária
Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: A. S. D. A.
ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR - DF007447
RECORRENTE: C. C. H.
ADVOGADOS: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA - SP060415
LUÍS EDUARDO TAVARES DOS SANTOS - SP299403
ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Casamento

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento para a próxima sessão (25/4/2023).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.422 / SP (2017/0110208-3)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: A. S. D. A.
ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR - DF007447
RECORRENTE: C. C. H.
ADVOGADOS: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA - SP060415
LUÍS EDUARDO TAVARES DOS SANTOS - SP299403

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de *recurso especial* interposto por A. S. D. A. e C. C. H. D. A., com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 107):

> "EMENTA - CASAMENTO - *ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS (separação total para comunhão universal)* - Decreto de procedência - Recurso interposto pelos autores, pleiteando *que a alteração retroaja à data da celebração do casamento - Inadmissibilidade - Modificação de regime de bens que possui efeito* ex nunc - *Inteligência do art. 1.639, §2º, do Código Civil - Precedentes, inclusive do C. STJ* - Sentença mantida - Recurso improvido."

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ, fls. 160/163).

Nas razões do recurso especial, os recorrentes apontam violação do *art. 1.667 do Código Civil de 2002,* bem como divergência jurisprudencial, argumentando que a modificação do regime de bens deve produzir efeitos *ex tunc*. Assim, pedem o provimento do recurso especial, determinando-se que o regime da comunhão universal de bens adotado pelas partes retroaja à data do casamento, importando a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas.

O *Ministério Público Federal* manifestou-se pelo desprovimento do recurso especial (e-STJ, fls. 264/271).

Inicialmente, proferi decisão negando provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 285/287).

Após a interposição de agravo interno, reconsiderei a decisão monocrática para submeter o julgamento do recurso ao colegiado (e-STJ, fl. 320).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.422 / SP (2017/0110208-3)
RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO
RECORRENTE: A. S. D. A.
ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR - DF007447
RECORRENTE: C. C. H.
ADVOGADOS: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA - SP060415
LUÍS EDUARDO TAVARES DOS SANTOS - SP299403

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Os recorrentes ajuizaram a presente ação ordinária visando à *alteração do regime de separação total para o regime de comunhão universal de bens*, sob o argumento de que o regime de separação total adotado no matrimônio, celebrado em 02/09/2004, não atendia mais aos interesses do casal, tendo em vista que a relação se solidificou e os cônjuges construíram o patrimônio por esforço comum.

O d. Juiz de Direito da 9ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo *julgou procedente o pedido*, para alterar o regime de bens estabelecido, quando do matrimônio, para o da comunhão universal, *alcançando tal modificação os bens adquiridos após o trânsito em julgado da sentença*.

Os autores apelaram quanto aos efeitos da modificação do regime de bens, afirmando que devem retroagir à data do matrimônio, porque a finalidade da ação é exatamente a comunicação de todos os bens presentes existentes, independentemente da data de aquisição.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *negou provimento à apelação*, nos termos da seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 108/109):

> "Em que pesem os reclamos dos apelantes, reputo correta a r. sentença ao consignar, em sua parte dispositiva, que *a alteração do regime de bens deferida possui eficácia a partir do trânsito em julgado. Com efeito, descabido que a alteração retroaja à data da celebração do casamento, como pretendem os recorrentes, haja vista que a sentença de procedência, em casos tais, gera efeitos* ex nunc. *Possui, portanto, efeito prospectivo, de sorte que não incide sobre o patrimônio já constituído. Essa a exegese do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil.* Em comento ao referido dispositivo legal, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, na Obra Código Civil Comentado, 10ªedição, Editora Revista dos Tribunais, às págs. 1.429/1.430, ensinam que:

> 'Eficácia da modificação. *O novo regime de bens passa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado da autorização do Juiz, entre os cônjuges*. Após a averbação no assento de casamento e nos registros respectivos fundamentais ao resguardo dos interesses de terceiro (registro imobiliário, junta comercial, registro de pessoa jurídica, etc.), passa a ter eficácia *erga omnes*'." (grifou-se)

Como se vê, não obstante tenha sido concedida a modificação do regime de bens do casamento, de separação total para comunhão universal, consignou-se que a alteração do regime deferida teria eficácia somente a partir do trânsito em julgado, ou seja, os efeitos seriam *ex nunc*.

O Código Civil de 2002 dispõe:

> Art. 1.639. *É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.*
>
> § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.
>
> § 2º *É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.*
>
> Art. 1.667. *O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.*
>
> Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
>
> I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
>
> II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
>
> III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
>
> IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
>
> V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

No recurso especial, apontou-se como violado o artigo 1.667 do Código Civil de 2002, acima transcrito. Os recorrentes argumentam que a alteração do regime do

casamento para comunhão universal implica a comunicação de todos os bens do casal, não sendo possível determinar que tal comunicação ocorrerá apenas com relação aos bens adquiridos após o trânsito em julgado da sentença que determinou tal modificação, sob pena de desvirtuamento do próprio regime da comunhão universal. Complementam que comprovaram nos autos, mediante a apresentação de certidões - inclusive atualizadas no curso do processo -, a inexistência de dívidas e de prejuízos a terceiros, o que foi ressaltado na r. sentença de primeiro grau.

A questão controvertida consiste, então, nos *efeitos retroativos ou prospectivos da modificação do regime de bens no casamento, quando ocorre de separação total para comunhão universal,* ou seja, se operam os efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença (eficácia *ex nunc*), como decidiram as instâncias ordinárias, ou se devem retroagir à data do matrimônio (eficácia *ex tunc*), como postulam as partes.

Como é cediço, a modificação do regime de bens foi admitida pelo Código Civil de 2002, especialmente no seu *art. 1.639, § 2º, supratranscrito*.

Nos termos da literalidade da norma, a alteração do regime de bens não poderá prejudicar os direitos de terceiros. Constata-se, assim, a preocupação de se proteger a boa-fé objetiva, em desprestígio da má-fé, de modo que a alteração do regime não poderá ser utilizada para fraude em prejuízo de terceiros, inclusive de ordem tributária.

Assim, em qualquer hipótese, havendo prejuízo para terceiros de boa-fé, a alteração do regime de bens deve ser reconhecida como ineficaz em relação a esses, o que não prejudica a sua validade e eficácia entre as partes e de modo geral.

Quanto aos efeitos da sentença que defere a alteração do regime de bens, as instâncias ordinárias seguiram a posição segundo a qual os efeitos dessa alteração são *ex nunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado da decisão.

Para fundamentar tal posicionamento, o v. acórdão recorrido cita julgado da eg. *Terceira Turma* do STJ (*REsp 1.300.036/MT*, DJe de 20.05.2014) reconhecendo a eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Por oportuno, colhe-se do voto do ilustre Relator do aludido recurso especial, o sempre admirado *Ministro Paulo de Tarso Sanseverino*, a seguinte fundamentação:

> "O segundo ponto controvertido situa-se em torno da *fixação do termo inicial dos efeitos dessa alteração do regime de bens:* retroação à data do casamento (eficácia *ex tunc*) ou a partir da data do trânsito em julgado da decisão judicial que o alterou (eficácia *ex nunc*).
>
> Essa questão, ainda hoje debatida na doutrina e na jurisprudência, é relevante na espécie, pois *as partes, após alguns anos de união estável, casaram-se, em 24/05/1997, pelo regime da separação de bens, alterando esse regime para comunhão parcial em 2007, deflagrando-se o processo de separação em outubro de 2008*.

Em relação a eficácia *ex tunc*, o acórdão recorrido sintetiza os argumentos em prol dessa tese, sendo o principal deles o de que o regime de bens do casamento deve ser único ao longo de toda a relação conjugal.

Em relação à eficácia ex nunc*, o argumento central é no sentido de que a eficácia da alteração de um regime de bens, que era válido e eficaz, deve ser para o futuro, preservando-se os interesses dos cônjuges e de terceiros.*

Penso ser esta segunda a melhor orientação, pois não foi estabelecida pelo legislador a necessidade de que o regime de bens do casamento seja único ao longo de toda a relação conjugal, podendo haver a alteração com a chancela judicial.

Devem-se respeitar os efeitos do ato jurídico perfeito celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, conforme expressamente ressalvado pelos artigos 2035 e 2039 do Código Civil de 2002.

Além disso, devem ser preservados os interesses de terceiros que, mantendo relações negociais com os cônjuges, poderiam ser surpreendidos com uma alteração no regime de bens do casamento.

Nesta Corte, analisando a possibilidade de alteração do regime de bens nos casamentos celebrados sob a égide do Código Civil de 1916, encontram-se dois precedentes no sentido de que os efeitos da decisão que a homologa se operam a partir da alteração, ficando regidos os fatos anteriores e os efeitos pretéritos pelo regime de bens anterior.

Nesse sentido, avulta precedente desta Terceira Turma da relatoria da eminente *Ministra Nancy Adrighi***,** cuja ementa foi a seguinte:

> *Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade.*
>
> - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.
>
> - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária

> ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.
>
> - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico.
>
> *- Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.*
>
> - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.
>
> Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp 821.807/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 261) – grifo nosso.

Analisando caso semelhante, o *Min. Jorge Scartezzinni* (REsp 730546/MG, 4ª Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005) preferiu voto nos seguintes termos, adotando o mesmo entendimento:

> Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, *quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens* (contrato especial de Direito de Família de prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, *projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial.*
>
> Assim, *in casu,* tem-se que *os bens adquiridos antes da prolatação de decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanescerão sob os ditames do pacto de comunhão parcial anteriormente estabelecido: o novo regime de separação total de bens incidirá tão somente sobre bens e negócios jurídicos adquiridos e contratados após a decisão judicial*

> *que autorizar, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a modificação incidental do regime de bens.*
>
> No *plano doutrinário*, relembro duas lições acerca da questão que se orientam no mesmo sentido:
>
> > *O novo regime de bens passa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado da autorização do juiz, entre os cônjuges.* Após a averbação no assento de casamento e nos registros respectivos fundamentais ao resguardo dos interesses de terceiros (registro imobiliário, junta comercial, registro de pessoa jurídica etc), passa a ter eficácia *erga omnes*. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado,* 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1429).
> >
> > *A sentença que declarar a mudança do regime terá efeitos* ex nunc *e substituirá o pacto antenupcial, se houver,* por intermédio de mandado de averbação ao cartório de Registro Civil para alteração no assento de casamento e ao cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal. (DE CARVALHO FILHO, Milton Paulo**.** *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência/Coord. Cezar Peluso, 5. ed. rev. e atual, Barueri/SP: Manole, 2011, p. 1857).
>
> Portanto, merece acolhida o primeiro tópico da irresignação recursal, modificando-se o termo inicial da alteração do regime de bens para a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o homologou."

Além do julgado acima, indicado no v. acórdão recorrido, há mais dois julgados sobre o tema, também oriundos da *eg. Terceira Turma: REsp 1.947.749/SP*, Relatora *Ministra Nancy Andrighi*, j. em 14.09.2021, DJe de 16.09.2021; e *REsp 1.533.179/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze*, j. em 08.09.2015, DJe de 23.09.2015.

Realmente, tais julgados reconhecem a eficácia *ex nunc* da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou.

A hipótese dos autos, contudo, não tem exata correspondência com aquelas julgadas pela eg. Terceira Turma.

No *REsp 1.947.749/SP*, as partes objetivavam a modificação do regime da *separação obrigatória de bens* (casamento com pessoa que contava com 15 anos de idade) para o regime da *comunhão universal de bens*. Não se discutiu naquele caso a eficácia retroativa do regime da comunhão universal de bens, uma vez que, em se tratando de hipótese em que a própria lei impede a comunicabilidade de bens àqueles que contraem matrimônio diante de causa suspensiva, não seria pertinente, diante

da posterior modificação do regime de bens, que o patrimônio amealhado naquele período passasse a se comunicar entre os cônjuges.

No presente recurso, as partes pedem a alteração do regime da *separação eletiva de bens* para o regime da *comunhão universal de bens*. A situação, portanto, é diversa, na medida em que as partes estavam voluntariamente casadas pelo regime da separação de bens e, valendo-se da autonomia da vontade, optam por alterar aquele regime para o da comunhão universal de bens, *manifestando, expressamente, a intenção de comunicar todo o patrimônio, inclusive aquele amealhado antes de formulado o pedido de alteração.* Nesse contexto, dificilmente se terá prejuízo para terceiros, dado que o casamento, preexistente e de conhecimento público, se fortalece com o novo regime adotado.

No *REsp 1.533.179/RS*, as partes objetivavam a modificação do regime de bens em sentido contrário ao da presente hipótese. Pretendiam migrar do regime da **comunhão** *parcial de bens* para o regime da *separação eletiva de bens*. Nessa situação, era pertinente a aplicação de efeitos *ex nunc*, porque, a partir da homologação do pedido, os cônjuges passaram a deter patrimônio exclusivo e terceiros poderiam vir a ser prejudicados em razão de uma comunicação mais restrita do patrimônio. O casamento, preexistente e de conhecimento público, não se fortalece com o novo regime adotado.

No *REsp 1.300.036/MT*, citado no v. acórdão recorrido, as partes obtiveram anteriormente a modificação do regime da *separação eletiva de bens* para o regime da *comunhão parcial de bens, sem debate acerca dos efeitos retroativos ou prospectivos da alteração decretada*. Todavia, posteriormente, já em face de separação judicial, trouxeram a debate o argumento de que o novo regime escolhido pelas partes implicara uma comunicação mais ampla do patrimônio, *sem que as partes houvessem manifestado expresso interesse em estender a referida comunicação ao patrimônio exclusivo a cada uma delas*; entendeu-se pertinente, então, aplicar efeitos *ex nunc* à modificação.

Assim, repise-se, a hipótese do presente recurso é diversa, na medida em que *as partes casaram-se pelo regime da separação eletiva de bens* e, valendo-se da autonomia de vontade, *optam agora por alterá-lo para o regime da comunhão universal de bens (o que supera, portanto, a comunhão parcial), manifestando, expressamente, a intenção de comunicar todo o patrimônio, inclusive aquele amealhado antes de formulado o pedido de alteração*.

É de se atentar que a aplicação dos efeitos *ex nunc* visa assegurar os interesses de terceiros. No entanto, no caso dos autos, a retroatividade (efeitos *ex tunc*) não teria o condão de gerar prejuízos a terceiros, porque todo o patrimônio titulado pelos recorrentes continuaria respondendo, em sua integralidade, por eventuais dívidas, conforme inteligência do art. 1.667 do Código Civil de 2002, que dispõe que o regime da comunhão universal de bens importa a comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas.

Com efeito, na hipótese de alteração do regime de bens para o da comunhão universal, o próprio casamento se fortalece, os vínculos do casal se ampliam e a eficácia *ex tunc* decorre da própria natureza do referido regime.

Sobre o tema, explica NELSON ROSENVALD:

> "Com efeito, imaginando se tratar de modificação de um regime de comunhão para uma separação absoluta, é de se lhe reconhecer efeitos *ex nunc*, não retroativos... *De outro modo, hipoteticamente admitida a mudança de um regime separatório para a comunhão universal, naturalmente, vislumbra-se uma eficácia retroativa,* ex tunc. *Assim, entendemos que dependerá do caso concreto a retroação ou não dos efeitos da sentença.*
>
> De qualquer modo, é certa a possibilidade dos interessados requererem, expressamente, ao juiz que estabeleça a retroação da eficácia do comando sentencial, optando pelos efeitos ex tunc. Outrossim, no que tange à esfera jurídica de interesses de terceiros, a eficácia, será, invariavelmente, *ex nunc*, não retroativa..." (Direito das Famílias. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iures, 2008, p. 228)

Nessa linha, é possível que os interessados requeiram ao juiz que estabeleça a retroação dos efeitos da sentença, optando pelos efeitos *ex tunc*. No que tange à esfera jurídica de interesses de terceiros, a lei já ressalva os direitos de terceiros que eventualmente se considerem prejudicados, de modo que a modificação do regime de bens será considerada ineficaz em relação a eles.

A vedação, em caráter absoluto, à retroatividade implicaria inadmissível engessamento, retardando os benefícios que adviriam de um regime presumivelmente mais vantajoso para as partes e terceiros. O que não se pode fazer é retroagir para prejudicar, para alterar uma situação do passado em prejuízo da sociedade. Ao contrário, se a retroatividade é benéfica para a coletividade, se não viola o patrimônio individual, nem prejudica terceiros, ou seja, se o retroagir não produz desequilíbrio jurídico-social, deve ser admitido.

Segundo LUCIANO LOPES PASSARELLI, *"se entendermos que os efeitos da modificação não retroagirão para alcançar os bens existentes quando do ajuizamento do pedido, parece que estaríamos criando restrição não feita pela lei"* (Modificação do regime de bens no casamento - Aspectos gerais e reflexos no patrimônio imobiliário do casal. Revista de Direito Imobiliário: RDI, v. 27, n. 57, jul./dez. 2004. p. 99).

Ora, havendo alteração da separação eletiva de bens para a comunhão universal, como no caso, só haveria de fato uma comunhão "universal" se os bens já existentes se comunicarem. Sendo o regime primitivo o da separação de bens, com a alteração para comunhão universal, todos os bens presentes e futuros devem entrar para a comunhão.

Como a própria lei já ressalva os direitos de terceiros (a alteração do regime de bens será ineficaz perante eles), não há por que o Estado-juiz criar embaraços à livre decisão do casal sobre o que melhor atende a seus interesses.

É difícil também imaginar algum prejuízo aos credores, visto que esses, com a alteração do regime para comunhão universal, terão mais bens disponíveis para garantir a cobrança de valores. Independentemente de constar na decisão judicial, o patrimônio continuará respondendo pelas dívidas existentes. Quanto a eventual credor prejudicado, vale a ressalva feita pela lei que diz respeito à ineficácia em relação a direito de algum terceiro que venha a alegar prejuízo.

Para SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA: *"parece-me que o próprio texto legislativo conduz à possibilidade da eficácia retroativa: se assim não fosse, perderia sentido a expressão 'ressalvados os direitos de terceiros'. Esta ressalva é relevante exatamente porque o efeito da mudança de regime pode ser retroativa; ninguém pensaria em se preocupar com terceiros que, por exemplo, se tornassem credores dos cônjuges depois da alteração de regime devidamente publicada"* (Observações sobre os Regimes de Bens e o Novo Código Civil. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 2, n. 12, nov. 2006. p. 90).

Na opinião de ÉLCIO ARRUDA: "em dadas situações, *a retroatividade será necessária e até imperativa, por constituir corolário lógico do ato*: assim, por exemplo, *se o novo regime for da comunhão universal (mais amplo), a abrangência de todo acervo patrimonial até então arregimentado, desde o início do casamento, é pressuposto lógico à universalidade da comunhão*; em idêntica vertente, eleito o regime de separação de bens (mais restrito), o patrimônio até então granjeado deverá ser tomado em conta e partilhado, para concretização futura da própria separação. Em suma, a eficácia ordinária da alteração de regime de bens é *ex nunc, permitida a eficácia* ex tunc *se e quando corolário lógico da mudança ou a pedido dos interessados, hipótese em que o exame de pertinência e viabilidade será ainda mais acurado"* (Problemas atuais do direito patrimonial de família. Regime de bens. Estrutura e função. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 5, set./out. 2014. p. 70).

Salvo melhor juízo, a alteração de regime de bens, contemplada no art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, pode ter eficácia retroativa (*ex tunc*), se os cônjuges assim o estipularem, sempre ressalvados os direitos de terceiros, de maneira que estes só poderão ser atingidos se a mudança lhes for favorável.

Como regra, a mudança de regime de bens valerá apenas para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos. Mas a modificação poderá alcançar os atos passados se o regime adotado (exemplo: alteração de separação convencional para comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor pela ampliação das garantias patrimoniais. Aceitável, portanto, a retroação decorrente de explícita manifestação de vontade dos cônjuges.

No particular, a retroatividade será decorrência lógica se o novo regime for o da comunhão universal, pois ele só será efetivamente universal se implicar comunicação de todos os bens, presentes e futuros, dos cônjuges. Impossível seria pensar em

comunhão universal que implicasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação do regime. Seria contraditório com o próprio regime jurídico da comunhão universal se entrassem para a comunhão somente os bens futuros.

A mutabilidade do regime de bens nada mais é do que a livre disposição patrimonial dos cônjuges, senhores que são de suas coisas. Não há sentido proibir a retroatividade à data da celebração do matrimônio livremente manifestada pelos cônjuges de comunicar todo o patrimônio, inclusive aquele amealhado antes de formulado o pedido de alteração do regime de bens, especialmente no caso em que a retroatividade é corolário lógico da mudança para a comunhão universal.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para que a alteração do regime de bens de separação total para comunhão universal tenha efeitos desde a data da celebração do matrimônio (*ex tunc*), alcançando todos os bens atuais do casal, independentemente da data de aquisição.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.422 / SP (2017/0110208-3)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, ouvi atentamente a sustentação oral e o cuidadoso voto de V. Exa.

Acompanho o entendimento de que a alteração do regime de bens é retroativa ao início do casamento, mas com a ressalva feita pela lei, a qual nem precisa constar da decisão judicial, de que são ressalvados os eventuais direitos de terceiro.

Isso pode acontecer, em tese, até mesmo no caso em que se pretende alterar o regime da separação de bens para o regime de comunhão universal. Isso porque pode haver terceiro que se alegue credor de obrigação de só um dos cônjuges e que essa alteração estaria prejudicando o direito daquele eventual credor, uma vez que metade do patrimônio do devedor passaria a pertencer ao outro cônjuge. Mas nada disso se alega no presente caso e tudo fica resolvido com a ressalva feita na própria lei, a qual é uma ressalva que diz respeito à ineficácia da mudança de regime em relação ao direito de algum terceiro que, eventualmente, venha a alegar prejuízo, do que não se cogita no presente caso.

Ademais, neste caso, como a mudança é para comunhão universal, seria contraditório com o próprio regime jurídico da comunhão universal que fosse uma comunhão universal só para o futuro.

Portanto, acompanho o voto do Relator também nesse sentido de que é o novo regime é retroativo e de que eventual prejuízo terá que ser alegado em outra via por algum eventual terceiro prejudicado, se houver.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 2017/0110208-3
PROCESSO ELETRÔNICO
REsp 1.671.422 / SP
Números Origem: 10564132220148260100 20160000239471 20160000479887
PAUTA: 18/04/2023
JULGADO: 25/04/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária
Dra. TAYNAH RODE DA SILVA PETINI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: A. S. D. A.
ADVOGADO: ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR - DF007447
RECORRENTE: C. C. H.
ADVOGADOS: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA - SP060415
LUÍS EDUARDO TAVARES DOS SANTOS - SP299403
ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Casamento

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ALDE DA COSTA SANTOS JÚNIOR, pela parte.: ALEXANDRE SILVA D AMBROSIO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha 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.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS[1]

CASO POBLETE VILCHES E OUTROS *VS.* CHILE

SENTENÇA DE 8 DE MARÇO DE 2018
(*Mérito, Reparações e Custas*)

No caso *Poblete Vilches e outros*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "este Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Elizabeth Odio Benito, Juíza;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz, e
L. Patricio Pazmiño Freire, Juiz;

presente, também,[2]

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante "a Convenção Americana" ou "a Convenção") e com os artigos 31, 32, 62, 65 e 67 do Regulamento da Corte Interamericana (doravante "o Regulamento" ou "Regulamento da Corte"), prolata a presente sentença, que se estrutura na seguinte ordem:

TABELA DE CONTEÚDOS

I INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA
II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

[1] De acordo com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso, o Juiz Eduardo Vio Grossi, de nacionalidade chilena, não participou na prolação desta sentença. Por outra parte, o Juiz Roberto F. Caldas não participou na prolação e na assinatura da presente sentença por motivos de força maior aceitos pelo Pleno.
[2] O Secretário Pablo Saavedra Alessandri escusou-se de participar do presente caso. A Corte aceitou a escusa apresentada.

III COMPETÊNCIA

IV RECONHECIMENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A. Posições quanto ao Reconhecimento Parcial da Responsabilidade do Estado

B. Considerações da Corte

1. Em relação aos fatos

2. Em relação às pretensões de direito

3. Em relação às reparações

4. Valoração do alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade

V PROVA

A. Prova documental, testemunhal e pericial

B. Admissão da prova

C. Valoração da prova

VI FATOS

VII MÉRITO

VII-1 DIREITOS À SAÚDE, VIDA, INTEGRIDADE E ACESSO À INFORMAÇÃO (ARTIGOS 26, 1.1, 4, 5, 13, 7 E 11 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Argumentos das partes e da Comissão

1. Relativo ao direito à saúde

2. Relativos à vida e integridade pessoal

3. Relativo ao consentimento informado

B. Considerações da Corte

1. Direito à Saúde

1.1 O direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção

1.1.1 Padrões sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência médica

1.1.2 Em relação às pessoas idosas em matéria de saúde

1.1.3 Análise do presente caso

1.2 Direitos à vida e integridade pessoal

1.3 Direito ao consentimento informado em questões de saúde e acesso à informação

1.3.1. Em relação ao senhor Vinicio Poblete e o reconhecimento parcial de Responsabilidade do Estado

1.3.2 Consentimento para substituição e acesso à informação em matéria de saúde a favor dos familiares

1.4 Conclusão sobre o direito à saúde

VII-2 DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL (ARTIGOS 8 E 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Argumentos das partes e da Comissão
B. Considerações da Corte
1. Em relação à devida diligência
2. Em relação à imparcialidade judicial
VII-3 DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES (ARTIGO 5.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)
A. Argumentos da Comissão e das partes
B. Considerações da Corte
VIII REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)
A. Parte lesada
B. Investigação
C. Satisfação
D. Reabilitação
E. Garantias de não repetição
F. Indenização Compensatória
1. Dano Material
2. Dano Moral
G. Gastos e Custas
H. Devolução dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica das Vítimas
I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados
IX PONTOS RESOLUTIVOS

I
INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. *O caso submetido à Corte*. Em 26 de agosto de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão") submeteu à jurisdição da Corte o caso "*Poblete Vilches e outros*" contra a República do Chile (doravante "o Estado do Chile", "o Estado chileno" ou "Chile"). Segundo o indicado pela Comissão, o caso se refere à alegada responsabilidade internacional do Estado do Chile pelas ações e omissões que tiveram lugar entre os dias 17 de janeiro e 7 de fevereiro de 2001, datas nas quais Vinicio Antonio Poblete Vilches, um adulto maior de idade, foi internado, em duas oportunidades, no hospital público Sótero del Río, onde acabou falecendo na última data indicada. A Comissão estabeleceu que, em dois momentos, o pessoal médico do hospital se absteve de obter o consentimento informado para a tomada de decisões em matéria de saúde. Especificamente, no marco de um procedimento realizado em 26 de janeiro de 2001, durante a primeira internação, bem como na decisão de mantê-lo em "tratamento intermediário" nas horas anteriores

a sua morte, na segunda internação. A Comissão concluiu que existem elementos suficientes para considerar que a decisão de dar alta a Vinicio Antonio Poblete Vilches e a forma como essa se realizou podem ter incidido na rápida deterioração sofrida nos dias imediatamente posteriores a sua saída do hospital e sua posterior morte, quando foi internado novamente em grave estado de saúde. Outrossim, determinou a responsabilidade estatal por não ter oferecido o tratamento intensivo requerido em sua segunda internação, e que as investigações em nível interno não foram realizadas com a devida diligência e em um prazo razoável. As supostas vítimas neste caso, além do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, são: sua esposa, Blanca Tapia Encina (falecida), e seus filhos e filha, Gonzalo Poblete Tapia (falecido), Vinicio Marco Poblete Tapia e Cesia Poblete Tapia.

2. *Trâmite perante a Comissão*. O trâmite perante a Comissão foi o seguinte:

a) *Petição* – Em 15 de maio de 2002, as senhoras Blanca Margarita Tapia Encina, Cesia Leyla Poblete Tapia e o senhor Vinicio Antonio Poblete Tapia (doravante "os peticionários") apresentaram a petição inicial perante a Comissão, na qual se alegou a responsabilidade internacional do Chile em relação à morte do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, ocorrida em 7 de fevereiro de 2001, em um hospital público da cidade de Santiago.

b) *Relatório de Admissibilidade*. Em 19 de março de 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade No. 13/09, no qual concluiu que a petição 339-02 era admissível.[3]

c) *Relatório de Mérito*. Em 13 de abril de 2016, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito No. 1/16, de acordo com o artigo 50 da Convenção (doravante também "o Relatório de Mérito" ou "o Relatório No. 1/16"), no qual chegou a uma série de conclusões e formulou várias recomendações ao Estado.

I. *Conclusões*. A Comissão concluiu que o Estado era responsável pela alegada violação aos seguintes direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana:

> 1. a violação do direito de acesso à informação em matéria de saúde, estabelecido no artigo 13 da Convenção, em relação aos direitos à vida, integridade pessoal e saúde estabelecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção, e com as obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Vinicio Antonio Poblete Vilches e seus familiares;
>
> 2. a violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e saúde, estabelecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção, em relação às

[3] No referido relatório, a Comissão decidiu que a petição era admissível em relação à suposta violação dos direitos reconhecidos nos artigos 4, 8, 24 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. CIDH. Relatório de Admissibilidade. No. 13/09, Petição 339-02. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, 19 de março de 2009 (processo de trâmite perante a Comissão, livro IV, folhas 1310-1322).

> obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Vinicio Antonio Poblete Vilches e
>
> 3. a violação dos direitos à integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial, estabelecidos nos artigos 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches.

II. *Recomendações*. Em consequência, a Comissão fez ao Estado uma série de recomendações:

> 1. reparar integralmente os familiares do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches pelas violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, incluindo uma devida compensação pelo dano material e moral causado, bem como outras medidas de satisfação moral;
>
> 2. realizar uma investigação completa e efetiva das violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, a fim de que os familiares do senhor Poblete Vilches contem com um esclarecimento do sucedido e, se for o caso, impor as sanções correspondentes. Para tal efeito, o Estado deverá continuar a investigação reaberta no ano de 2008 ou, se for o caso, iniciar uma nova investigação com o objetivo de superar os obstáculos identificados no presente relatório que impediram a obtenção de justiça e
>
> 3. dispor de mecanismos de não repetição que incluam: i) as medidas legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para a implementação do consentimento informado em matéria de saúde, de acordo com os padrões estabelecidos no presente relatório; ii) as medidas necessárias, incluindo medidas orçamentárias, para assegurar que o Hospital Sótero del Río conte com os meios e infraestrutura necessários para oferecer um atendimento adequado, particularmente quando for necessária terapia intensiva; e iii) as medidas de capacitação e treinamento aos operadores judiciais em relação ao dever de investigar possíveis responsabilidades derivadas da morte de uma pessoa como consequência de um atendimento inadequado em saúde.

d) *Notificação ao Estado*. O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 27 de maio de 2016, sendo concedido um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações.

e) *Relatórios sobre as recomendações da Comissão*. O Estado chileno não deu resposta alguma ao Relatório de Mérito da Comissão.

3. *Submissão à Corte*. Em 26 de agosto de 2016, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte Interamericana a totalidade dos fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito "diante da necessidade de obtenção de justiça".[4]

4. *Solicitações da Comissão Interamericana*. Com base no anteriormente citado, a Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pelas mesmas violações assinaladas em seu Relatório de Mérito (*supra* par. 2. c.). Outrossim, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado determinadas medidas de reparação, que são detalhadas e analisadas no Capítulo VIII da presente sentença.

II
PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. *Notificação às representantes e ao Estado.* A submissão do caso por parte da Comissão foi notificada pela Corte aos representantes das supostas vítimas: Nicolás Daneri Bascuña e Vinicio Marco Poblete Tapia e ao Estado em 17 de outubro de 2016.

6. *Designação de Defensores Públicos Interamericanos*. Em 23 de novembro de 2016, o senhor Vinicio Poblete Tapia assinalou que o senhor Nicolás Daneri Bascuña não continuaria com a representação legal do caso perante a Corte, informação que foi confirmada pelo senhor Daneri. Após uma comunicação enviada pela Secretaria, seguindo instruções do Presidente da Corte, em 24 de novembro de 2016, o senhor Poblete Tapia solicitou a designação de um Defensor Público Interamericano. Mediante Resolução do Presidente de 25 de novembro de 2017, suspendeu-se o prazo de dois meses para a apresentação de escrito de petições, argumentos e provas (doravante "escrito de petições e argumentos") até que se notificasse a nova representação, de acordo com o artigo 40 do Regulamento da Corte.[5] Após as respectivas comunicações com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), em 7 de dezembro de 2017, o Coordenador Geral da referida Associação comunicou à Corte que a senhora Silvia Martínez e a senhora Rivana Barreto Ricarte de Oliveira tinham sido designadas como defensoras públicas interamericanas para exercer a representação legal das supostas vítimas neste caso (doravante "as defensoras interamericanas" ou "as representantes").

7. *Escrito de petições, argumentos e provas*. Em 27 de janeiro de 2017, as defensoras interamericanas apresentaram perante a Corte seu escrito de petições e argumentos. As alegações das representantes coincidiram substancialmente com as da Comissão, sendo que solicitaram à Corte que declarasse a responsabilidade

[4] A Comissão designou, como seus delegados perante a Corte, o Comissionado Enrique Gil Botero e o Secretário Executivo Paulo Abrão e designou, como assessoras legais, a senhora Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta e a senhora Silvia Serrano Guzmán, advogada da Secretaria Executiva.

[5] *Cfr. Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de 25 de novembro de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/poblete_25_11_16.pdf

internacional do Estado pela violação dos artigos 4.1, 5.1, 26, 8, 25, 13.1, 11 e 7 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches e seus familiares. Outrossim, as defensoras interamericanas solicitaram fazerem uso do Fundo de Assistência Legal de Vítimas da Corte Interamericana (doravante, o "Fundo de Assistência da Corte" ou o "Fundo"). Finalmente, solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação e a devolução de determinadas custas e gastos.

8. *Escrito de contestação*. Em 21 de abril de 2017, o Estado[6] apresentou à Corte seu escrito de contestação à submissão do caso e Relatório de Mérito da Comissão Interamericana e escrito de petições e argumentos. Na referida petição, o Estado realizou um reconhecimento parcial de responsabilidade internacional.

9. *Observações ao Reconhecimento Parcial de Responsabilidade Internacional do Estado*. Em 3 de julho de 2017, as defensoras interamericanas e a Comissão Interamericana apresentaram suas observações ao reconhecimento parcial de responsabilidade internacional apresentado pelo Estado do Chile.

10. *Audiência Pública* - Mediante Resolução de 21 de setembro de 2017,[7] o Presidente convocou as partes e a Comissão Interamericana a uma audiência pública para receber suas alegações e observações finais orais sobre o mérito e eventuais reparações e custas, bem como para receber as declarações de uma suposta vítima, de uma testemunha proposta pelo Estado e de dois peritos oferecidos pela Comissão e pelas defensoras interamericanas. A audiência pública foi celebrada em 19 de outubro de 2017, durante o 58° Período Extraordinário de Sessões da Corte, realizado na Cidade do Panamá.[8] Na audiência, foi recebida a declaração da suposta vítima, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia, da testemunha Rodrigo Avendaño Brandeis e dos peritos Alicia Ely Yemin e Javier Alejandro Santos. Outrossim, a Corte requereu às partes que apresentassem determinada informação e documentação. As declarações solicitadas perante tabelionato público foram recebidas nos dias 10 e 11 de outubro de 2017.

11. *Alegações e observações finais escritas*. Em 20 de novembro de 2017, o Estado e as representantes apresentaram suas alegações finais escritas e seus anexos, bem como a Comissão apresentou suas observações finais escritas. Em 27 de novembro de 2017, a Secretaria da Corte enviou o anexo às alegações finais escritas das representantes e solicitou ao Estado as observações estimadas pertinentes. Mediante comunicação de 4 de dezembro de 2017, o Estado apresentou observações sobre o anexo apresentado pelas representantes.

---

[6] O Estado designou como seus agentes: Hernán Quezada Cabrera, Óscar Alcamán Riffo e Diana Maquilon Tamayo, e, como agentes alternativas: Beatriz Contreras e Isidora Rojas Fermandois.

[7] *Cfr. Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile.* Resolução do Presidente da Corte Interamericana de 21 de setembro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/poblete_21_09_17.pdf

[8] Compareceram a esta audiência: a) pela Comissão Interamericana: o Comissionado José de Jesús Orozco Henríquez, e as advogadas da Secretaria Executiva, Silvia Serrano Guzmán, e Selene Soto; b) pelos representantes da suposta vítima: as defensoras interamericanas, senhora Rivana Barreto Ricarte de Olivera e Silvia Edith Martínez, e c) pelo Estado do Chile: os agentes Hernán Quezada Cabrera, Oscar Alcamán Riffo e Diana Maquilón Tamayo; as agentes alternativas Beatriz Contreras Reyes e Isidora Rojas Fermandois; o representante da Subsecretaria de Direitos Humanos, Juan Pablo Gómez e o representante do Poder Judiciário, Jorge Sáenz Martin.

12. *Prova para melhor decisão*. Em 27 de novembro de 2017 e 26 de janeiro de 2018, solicitou-se ao Estado prova considerada útil e necessária. Em 22 de dezembro de 2017 e 12 de fevereiro de 2018, o Estado enviou a informação solicitada.

13. *Gastos em aplicação do Fundo de Assistência*. Em 26 de janeiro de 2018, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente da Corte, enviou informação ao Estado sobre os gastos efetuados na aplicação do Fundo de Assistência no presente caso e, segundo o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o Funcionamento do referido Fundo, foi concedido um prazo para apresentar as observações que estimasse pertinentes. O Estado apresentou observações em 2 de fevereiro de 2018.

14. *Deliberação do presente caso.* A Corte iniciou a deliberação da presente sentença em 5 de março de 2018.

III
COMPETÊNCIA

15. A Corte é competente para conhecer o presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, dado que o Chile é Estado Parte da Convenção desde 21 de agosto de 1990 e reconheceu a competência contenciosa da Corte nessa mesma data.

IV
RECONHECIMENTO PARCIAL DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A. Posições relativas ao Reconhecimento Parcial da Responsabilidade do Estado

16. O *Estado* reconheceu sua responsabilidade internacional pela "violação ao direito à integridade pessoal, do artigo 5 da Convenção Americana, integridade corporal, do artigo 5 do mesmo instrumento e o direito à saúde, em relação ao artigo 1.1 da Convenção em prejuízo do senhor Vinicio Poblete." Entretanto, o direito à vida do senhor Vinicio Poblete, consagrado no artigo 4 da Convenção, não foi reconhecido pelo Estado. Além disso, o Estado reconheceu "a violação do direito ao acesso à informação em matéria de saúde, estabelecido no artigo 13 da Convenção, em conexão com os direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde, previstos nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches e seus familiares". Outrossim, reconheceu nos termos previstos nos artigos 11 e 7 da Convenção Americana a violação do direito à dignidade e autodeterminação do senhor Vinicio Poblete Vilches, mas não em relação aos seus familiares. Por último, conforme o estabelecido nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, o Estado reconheceu responsabilidade referente ao descumprimento

da obrigação de desenvolver sua atuação jurisdicional dentro de um prazo razoável, mas não em relação à devida diligência.

17. O Estado considerou que os fatos que violaram os direitos do senhor Poblete Vilches foram os seguintes:

> A decisão de alta médica do senhor Vinicio Poblete Vilches constituiu um obstáculo no acesso a condições que lhe garantiram seu direito à integridade corporal e, também, a sua saúde. Com efeito, assim ocorreu dado que a alta teve lugar ainda que da informação constante se depreendesse que não era uma medida pertinente. Ao anterior, soma-se o fato de que, quando o senhor Vinicio Poblete foi novamente internado, não foi tratado na Unidade de Cuidados Intensivos (UCI), apesar de que a mesma ficha médica indicava que era a unidade adequada para seu correto tratamento em razão dos sintomas que apresentava.
>
> O Estado do Chile entendeu que, dadas as circunstâncias fáticas do presente caso, especialmente a internação no Hospital Sótero del Río em uma unidade de cuidado diferente da recomendada na ficha clínica, em virtude da ausência de leitos e da falta de diligências por parte do Estado para gerir sua transferência a outro centro de saúde, implicou violações ao direito à integridade corporal em relação ao direito à saúde.

18. O Estado também reconheceu os seguintes fatos perante a Corte: "i) a suposta vítima se encontrava inconsciente no momento em que se decidiu sua intervenção cirúrgica e, por isso, não estava em condições de consentir sobre nenhum tipo de procedimento; ii) os familiares não foram devidamente informados acerca do procedimento que seria realizado na suposta vítima; iii) a única referência à existência de um suposto consentimento por parte da família se encontra no histórico clínico, que, por sua vez, suscita dúvidas sobre a maneira como foi obtido e sua autenticidade; iv) do histórico clínico não deriva informação ou registro algum que permita entender que o suposto consentimento informado foi oferecido de acordo com os requisitos estabelecidos pelo direito internacional, e v) no prontuário médico existem dúvidas sobre se os familiares entenderam a situação na qual se encontrava a suposta vítima". Em relação às atuações das autoridades judiciais, o Estado chileno reconheceu que não foram realizadas em um prazo razoável.

19. Em relação às reparações, o Estado não reconheceu as reparações solicitadas pelas supostas vítimas, já que considerou que essas estavam relacionadas com a violação ao direito à vida. Entretanto, o Estado solicitou à Corte que, a efeito de determinar as reparações que nesses aspectos sejam procedentes, sejam considerados os argumentos do Estado, prescindindo daqueles fatores e considerações que não se

relacionam com o cometimento de um ilícito internacional ou que carecem de nexo causal entre a violação e o dano a reparar.

20. Em suas alegações finais escritas, o Estado assinalou que os pontos sobre os quais não reconhece ter incorrido em responsabilidade internacional são: "i) os tribunais chilenos realizaram uma investigação substantiva sobre os fatos que dão lugar a esta causa, cumprindo os padrões internacionais de devida diligência; ii) dos fatos da causa não se pode identificar, de acordo com os padrões determinados por esta mesma Corte, violação ao direito de ser julgado por um tribunal imparcial, seja em sua variante subjetiva ou objetiva; iii) não se pode imputar o falecimento do senhor Poblete Vilches ao Estado do Chile, porquanto sua morte é atribuível a seu grave estado de saúde; iv) que o Chile, segundo o artigo 26 da Convenção, adotou diversas medidas para garantir o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre eles o direito à saúde; v) em relação aos familiares, o Estado não é responsável internacionalmente nem pela suposta violação a sua integridade pessoal nem ao direito à dignidade e autodeterminação em relação ao direito de tomar decisões livres em matéria de saúde em referência ao direito ao consentimento informado".

21. A *Comissão* valorizou positivamente o reconhecimento de responsabilidade formulado pelo Estado do Chile, em relação com: i) os fatos relativos à alta médica e à falta de atendimento médico adequado durante a nova internação; ii) a violação dos direitos de acesso à informação em matéria de saúde, em relação com os artigos 4, 5 e 13 da Convenção Americana e das obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do referido instrumento, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches e de seus familiares, bem como os fatos vinculados a esta violação.

22. Entretanto, a Comissão considerou que se mantém a controvérsia relativa ao prejuízo aos familiares do senhor Poblete Vilches, conforme os artigos 8, 25 e 5 da Convenção Americana, em relação à denegação de justiça. Sobre a violação do artigo 4 da Convenção Americana, a Comissão considerou que "depreende-se que subsistirá a controvérsia relativa a partes importantes do Relatório de Mérito e que não estariam cobertas pelo reconhecimento do Estado". Ademais, "a Comissão considerou que a Corte deve realizar a determinação de fatos correspondentes, estabelecer as consequências jurídicas deles e as reparações respectivas, de acordo com a gravidade e a natureza das violações ocorridas neste caso". Por outra parte, a Comissão indicou em suas alegações finais que é pertinente considerar a relação de interdependência e indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, e o impacto que têm, tanto no direito à vida como na integridade pessoal e a prestação inadequada dos serviços de saúde.

23. A Comissão destacou que um aspecto fundamental da análise permanece controvertido. Especificamente, a falta de adoção de medidas adequadas por parte da equipe médica de um Hospital Público chileno, independentemente de qual tivesse sido o impacto final das referidas medidas sobre a saúde do senhor Poblete Vilches e suas possibilidades de sobreviver. Por outra parte, a Comissão destacou a possível inconsistência em alguns aspectos do reconhecimento, como o fato de que o Estado reconheceu a violação do direito à integridade pessoal. Mas, ao referir-se aos mesmos

fatos à luz do direito à vida, parece efetuar valorações diferentes sobre eles em relação à adequação da resposta estatal. Por último, a Comissão solicitou analisar o alcance do reconhecimento em relação ao direito ao consentimento informado e os artigos 4, 5 e 13 da Convenção, já que no Relatório de Mérito se analisaram também "em relação à falta de adoção de medidas adequadas por parte da equipe médica para garantir o acesso à informação tanto ao senhor Poblete Vilches quanto a seus familiares".

24. As *representantes* também valorizaram positivamente o reconhecimento parcial do Estado chileno em relação à violação ao direito à integridade pessoal e direito à saúde do senhor Poblete Vilches, em relação com o artigo 1.1 da Convenção; o direito de acesso à informação em matéria de saúde em prejuízo do senhor Poblete Vilches e sua família, e os artigos 11 e 7 da Convenção em prejuízo do senhor Poblete Vilches. Sobre os artigos 8.1 e 25 relativos ao 1.1 da Convenção Americana, as representantes indicaram que o Estado negou sua responsabilidade na violação ao direito à devida diligência e ao direito a um tribunal imparcial, mas aceitou a responsabilidade em relação ao caso não ter sido julgado em um prazo razoável. Ademais, as representantes notaram que, na contestação do Estado no capítulo das considerações finais, apenas se menciona a violação ao direito à integridade pessoal e ao direito ao consentimento informado em prejuízo do senhor Poblete Vilches; mas não menciona as violações ao direito à dignidade e autodeterminação, o direito a tomar decisões livres nem o direito a um prazo razoável, todos reconhecidos anteriormente em diferentes partes da petição. As representantes assinalaram que subsistem vários fatos que não foram reconhecidos pelo Estado e existem discrepâncias relativas à significação jurídica dos fatos reconhecidos, como exemplo disso "a enorme diferença existente entre as partes em relação ao significado jurídico dos fatos que afetaram a integridade pessoal e a saúde do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, que o Estado vinculou somente com a violação do artigo 5 da Convenção e a parte, pelo contrário, entendeu que além da violação do artigo 5, os fatos também resultaram em violações ao artigo 4, direito à vida, e, adicionalmente, importaram a violação autônoma do direito à saúde e à previdência social, reconhecidos no artigo 26 da Convenção".

B. Considerações da Corte

25. Nesse sentido, o Tribunal estima que o reconhecimento parcial de responsabilidade efetuado pelo Estado constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana.[9] Outrossim, a Corte considera, como em outros casos,[10] que tal reconhecimento produz plenos efeitos jurídicos no presente caso.

[9] Cfr. Caso Benavides Cevallos Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de junho de 1998. Série C No. 38, par. 57, e Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 341, par. 21.

[10] *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C No. 144, pár.176 a 180, e *Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de agosto de 2017. Série C No. 338, pár.34.

26. Considerando o anteriormente citado, de acordo com os artigos 62[11] e 64[12] do Regulamento, bem como em exercício de seus poderes de tutela judicial internacional de direitos humanos, questão de ordem pública internacional que transcende a vontade das partes, incumbe ao Tribunal velar para que os atos de conformidade resultem aceitáveis para os fins que busca cumprir o sistema interamericano. Nesta tarefa, não se limita unicamente a tomar nota do reconhecimento efetuado pelo Estado, ou a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas deve confrontá-los com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes,[13] de maneira tal que possa precisar, assim que possível e no exercício de sua competência, a verdade do acontecido.[14] Nesse sentido, o reconhecimento não pode ter por consequência limitar, direta ou indiretamente, o exercício das faculdades da Corte de conhecer o caso que lhe foi submetido[15] e decidir se, a respeito, houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção.[16] Para estes efeitos, o Tribunal analisa a situação apresentada em cada caso concreto.[17]

1. Em relação aos fatos

27. No presente caso, o Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade em torno dos fatos referentes a: i) decisão de alta médica; ii) nova entrada no Hospital do senhor Poblete Vilches e falta de diligência do Estado durante sua hospitalização, relacionada com as medidas que deviam ter sido tomadas para enfrentar sua situação, a falta de leitos disponíveis no hospital e o fato de que o senhor Poblete Vilches não foi transferido para outro Hospital; iii) as falhas relativas ao consentimento informado em relação à intervenção cirúrgica realizada no senhor Poblete Vilches, e iv) que as ações de autoridades judiciais não foram realizadas em um prazo razoável.

28. Particularmente, a Corte nota que subsistem algumas controvérsias relativas a alguns fatos não reconhecidos pelo Estado, especificamente os fatos relacionados com as ações do pessoal médico e seu impacto na saúde do senhor Poblete Vilches,

---

[11] Artigo 62. Reconhecimento. Se o demandado comunicar a Corte sua aceitação dos fatos ou sua conformidade total ou parcial em relação às pretensões que constam na submissão do caso ou na petição das supostas vítimas ou seus representantes, a Corte, ouvido o parecer dos demais intervenientes no processo, resolverá, no momento processual oportuno, sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos.

[12] Artigo 64. Prosseguimento do exame do caso. A Corte, considerando as responsabilidades que lhe incumbem de proteger os direitos humanos, poderá decidir o prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença dos supostos assinalados nos artigos precedentes.

[13] *Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 2 de maio de 2008. Série C No. 177, pár.24, e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia., supra*, par. 21.

[14] *Cfr. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C No. 213, pár.17, e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia., supra*, par. 21.

[15] O artigo 62.3 da Convenção estabelece: "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".

[16] O artigo 63.1 da Convenção.

[17] *Cfr. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.* Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C No. 101, pár.105, e *Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, supra*, par. 22.

especialmente a relação com sua morte, a obtenção do consentimento para a prática da intervenção cirúrgica e o tratamento do pessoal médico aos familiares. Portanto, a Corte considera oportuno realizar uma análise dos fatos controvertidos nos fatos provados da presente sentença no Capítulo VI.

2. Em relação às pretensões de direito

29. A Corte constata que o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação ao artigo 13 em conexão com os artigos 4 e 5 da Convenção Americana e em relação com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Poblete Vilches e de sua família. Ademais, considerou que foram violados os artigos 5, 7 e 11 da Convenção em prejuízo do senhor Poblete Vilches. Por último, reconheceu que houve uma violação aos artigos 8 e 25, ao haver infração ao prazo razoável por parte das autoridades chilenas.

30. No que se refere aos alcances da responsabilidade do Estado pela violação dos artigos 5, 7 e 11 da Convenção, o Estado se referiu unicamente ao prejuízo do senhor Poblete Vilches, mas não de seus familiares. Ademais, o Estado não reconheceu responsabilidade pelos artigos 4 e 26 da Convenção. Em relação aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, a Corte nota que, ao reconhecer sua responsabilidade, o Estado centrou-se no fato de que as atuações de autoridades judiciais não foram realizadas em um prazo razoável, mas negou sua responsabilidade pela violação ao direito à devida diligência e ao direito a um tribunal imparcial.

31. Por último, considerando as violações reconhecidas pelo Estado, bem como as observações das representantes e da Comissão, a Corte considera que este reconhecimento do Estado constitui concordância parcial com as pretensões de direito da Comissão e das representantes. Sem desconsiderar o anteriormente citado e ao subsistirem controvérsias a respeito, o Tribunal considera oportuno tecer algumas considerações relativas a tais direitos no Capítulo VII da sentença.

3. Em relação às reparações

32. No que se refere às medidas de reparação, a Corte constata que o Estado não reconheceu as medidas solicitadas pelas defensoras interamericanas. Portanto, no capítulo VIII, o Tribunal resolverá o conducente em torno às reparações solicitadas pela Comissão e as representantes e analisará a existência do nexo causal entre as violações declaradas e os danos e medidas alegadas pelas partes.

4. Valoração do alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade

33. Em virtude do anterior e das atribuições que lhe incumbem como órgão internacional de proteção dos direitos humanos, a Corte estima necessário, atendendo as particularidades dos fatos sucedidos no presente caso e a como se desenvolveu a controvérsia, prolatar uma sentença na qual se determinem os fatos ocorridos de

acordo com a prova colhida no processo perante este Tribunal, que se repitam fatos similares e a satisfazer, em suma, os fins da jurisdição toda vez que isso contribuir para a reparação dos familiares do senhor Poblete Vilches, a evitar [que se voltem a repetir fatos similares e a satisfazer, em suma, os fins da jurisdição interamericana sobre direitos humanos.[18]

34. Da mesma forma, e para assegurar uma melhor compreensão da responsabilidade internacional estatal no presente caso e do nexo causal entre as violações estabelecidas e as reparações que se ordenarão, a Corte estima pertinente precisar o alcance e a classificação das violações aos direitos humanos ocorridas no presente caso.[19]

V
PROVA

A. Prova documental, testemunhal e pericial

35. A Corte recebeu diversos documentos apresentados como prova pelo Estado, as representantes e a Comissão Interamericana, anexos a suas petições principais e de alegações finais (*supra* párs.5 a 13). Outrossim, a Corte recebeu as declarações prestadas em tabelionato público (*declaração juramentada*) de Cesia Leila Poblete Tapia, Alejandra Marcela Fuentes Poblete e Sandra Momtufar Castillo, propostas pelas defensoras interamericanas e Patricia Isabel Navarrete e Osvaldo Salgado Zepeda, propostos pelo Estado. Da mesma forma, recebeu os pareceres dos peritos Fernando Mussa Abujamra Aith e Hernán Víctor Gullco, propostos pelas defensoras interamericanas e Claudio Fuentes, proposto pelo Estado. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu os depoimentos da suposta vítima Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia e da testemunha Rodrigo Avendaño Brandeis, proposto pelo Estado; bem como dos peritos Alicia Ely Yemin, proposta pela Comissão e Javier Alejandro Santos, proposto pelas defensoras interamericanas. Por outra parte, de acordo com o artigo 59. b) do Regulamento, a Corte solicitou como prova para melhor decidir "o Ofício No. 02609 da Direção do Serviço Metropolitano Sur Oriente dirigido ao Ministério de Saúde do Chile" e a "Resolução da Suprema Corte de Justiça de 14 de agosto de 2014". O Estado apresentou essa documentação mediante comunicação de 22 de dezembro de 2017 e de 13 de fevereiro de 2018,[20] que foi transmitida às representantes e à Comissão.

---

[18] *Cfr. Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005.Série C No. 134, pár.69, e *Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela. supr*a, par. 38.

[19] *Cfr. Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C No. 163*, pár.54, e *Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela. supra*, pár.39.

[20] A Respeito da Resolução de 14 de agosto de 2014, o Estado esclareceu que dita Resolução corresponde à Resolução de 25 de agosto de 2014 em atenção a um erro de transcrição.

B. Admissão da prova

36. O Tribunal admite o valor probatório daqueles documentos apresentados na devida oportunidade processual pelas partes e pela Comissão que não foram controvertidos nem objetados, e cuja autenticidade não foi colocada em dúvida.[21] A Corte estima pertinente admitir os depoimentos e pareceres apresentados em audiência pública e mediante declarações perante tabelião, desde que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente na Resolução que ordenou recebê-los[22] e ao objeto do presente caso.

37. No que se refere à oportunidade processual para a apresentação de prova documental, de acordo com o artigo 57.2 do Regulamento, esta deve ser apresentada, em geral, junto com as petições de submissão do caso, de petições e argumentos ou de contestação, segundo o caso. A Corte lembra que não é admissível prova remetida fora das devidas oportunidades processuais, salvo nas exceções estabelecidas no referido artigo 57.2 do Regulamento: força maior, impedimento grave ou em se tratando de um fato ocorrido posteriormente aos citados momentos processuais.[23]

38. Mediante comunicação de 24 de outubro de 2017, a perita Alicia Ely Yemin apresentou um documento correspondente à informação complementar a sua declaração pericial. O documento foi incorporado ao trâmite e é pertinente para a resolução do presente caso,[24] mesmo sem ter sido objetado pelo Estado.

39. Em 20 de novembro de 2017, as representantes enviaram, junto de suas alegações finais escritas, um anexo referente a uma nota fiscal a título de honorários do perito Fernando Mussa Abujamra Aith. A este respeito, mediante comunicação de 4 de dezembro de 2017, o Estado apresentou suas observações ao anexo correspondente e assinalou que o referido anexo foi enviado de forma intempestiva, ao não ter sido apresentado junto com os demais gastos que podem ter sido efetuados pela contraparte e, ademais, o documento não poderia ser reconhecido, pois carece dos elementos essenciais para ser incorporado como documento fiscal válido para o fundo de assistência a vítimas. Sobre este ponto, a Corte observa que, apesar das prorrogações concedidas, as representantes não apresentaram a nota fiscal original solicitada pela Corte em 12 de dezembro de 2017 com o fim de sanar os defeitos da referida documentação, pelo que ela, relativa ao recibo de cobranças, é inadmissível.

---

[21] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4. par. 140, e *Caso Trabalhadores Dispensados da Petroperú e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344, par. 74.

[22] Os objetos de todas estas declarações se encontram estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 21 de setembro de 2017, pontos resolutivos primeiro e quinto, que pode ser consultada no portal de Internet da Corte no seguinte link: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/poblete_21_09_17.pdf

[23] *Cfr. Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C No. 234, pár.22, e *Caso Trabalhadores Dispensados da Petroperú, supra*, par. 75.

[24] *Cfr. Caso Galindo Cárdenas e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de outubro de 2015. Série C No. 301, pár.70, e *Caso Trabalhadores Dispensados da Petroperú, supra*, par. 75.

C. Valoração da prova

40. Com base em sua jurisprudência constante relativa à prova e sua apreciação, a Corte examinará e valorizará os elementos probatórios documentais enviados pelas partes e a Comissão que foram incorporados por este Tribunal, bem como as depoimentos e pareceres periciais, ao estabelecer os fatos do caso e pronunciar-se sobre o mérito. Para isso, sujeita-se ao princípio do livre convencimento, dentro do marco normativo correspondente, considerando o conjunto do acervo probatório e o alegado na causa.[25] Finalmente, conforme a jurisprudência deste Tribunal, a Corte lembra que os depoimentos prestados pelas supostas vítimas não podem ser avaliados isoladamente, mas dentro do conjunto probatório do processo, na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as supostas violações e suas consequências.[26]

VI
FATOS

41. Neste capítulo, serão estabelecidos os fatos do presente caso com base no marco fático submetido ao conhecimento da Corte pela Comissão, considerando o acervo probatório do caso, o alegado pelas representantes e o Estado, bem como os fatos reconhecidos pelo Estado e os demais que não foram contestados pelas partes (*supra* párs.16 a 20). Desta forma, esses serão expostos nos seguintes pontos: a) Sobre o senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches; b) Primeira internação do Senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches no Hospital Sótero del Río; c) Segunda internação do Senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches no Hospital Sótero del Río, e d) Atuações dos familiares perante os órgãos estatais.

A. Sobre o senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches

42. O senhor Poblete Vilches nasceu em 22 de maio de 1924 e, no momento de sua morte, em 7 de fevereiro de 2001, tinha 76 anos.[27] O senhor Poblete Vilches morava com sua esposa, Blanca Tapia Encina e seus três filhos: Cesia Leila Siria Poblete Tapia, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia e Gonzalo Poblete Tapia.[28]

---

[25] *Cfr. Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C No. 37, pár.69 a 76, e *Caso Trabalhadores Dispensados da Petroperú, supra*, pár.79.

[26] *Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C No. 33, pár.43, e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340, pár.35.

[27] Atestado de óbito de Vinicio Antonio Poblete Vilches, emitido pelo Serviço de Registro Civil e Identificação do Chile em 9 de março de 2001 (processo probatório, anexo 1 do Relatório de Mérito, f.7).

[28] *Cfr.* Depoimento de Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia perante a Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017 (Transcrição de audiência pública sobre mérito, eventuais reparações e custas; 19 de outubro de 2017). Depoimento prestado perante tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, *declaração juramentada*, f. 4462). A senhora Blanca Tapia Encina faleceu em 13 de janeiro de 2003 vítima de choque séptico e câncer de vesícula biliar com metástases múltiplas, enquanto o senhor Gonzalo Poblete Tapia apresentava dano cerebral e uma invalidez física e faleceu em 4 de dezembro de 2011. *Cfr.* Atestado de óbito de Blanca Margarita Tapia Encina emitido pelo

B. Primeira internação do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches no Hospital Sótero del Río

43. Em 17 de janeiro de 2001, o senhor Poblete Vilches foi internado no Hospital Sótero del Río em virtude de uma insuficiência respiratória grave.[29] De acordo com um relatório ministerial que alude à ficha clínica[30] precisou-se que "o paciente foi internado em muito mal estado geral, polipnéico, com consciência comprometida. Diabetes em tratamento, arritmia não sustentada, tratada com Amiodarona. Em tais condições foi transferido à Unidade de Cuidados Intensivos (doravante UCI), onde se estabilizou, tendo sido, ao quarto dia transferido para Medicina".[31] Esteve hospitalizado durante quatro dias na UCI Médica. Em 22 de janeiro de 2001, foi internado na Unidade de Cuidados Intensivos Cirúrgica, onde esteve amarrado com cabos de sonda e sob efeito de sedativos.[32]

44. Ao visitarem seu familiar, em 23 de janeiro de 2001, a médica María Chacón Fernández não permitiu que o paciente fosse visto. Os familiares afirmam ter ouvido uma queixa do senhor Poblete Vilches para que "o tirassem de lá, porque o estavam matando".[33] Ademais, declararam que a doutora Chacón informou que o senhor Poblete Vilches estava em bom estado de saúde e que o levariam ao "pavilhão" para fazer uma pequena punção para ver se havia líquido no coração, mas ele não seria operado. Os familiares avisaram que seu pai sofria de diabetes e que não podia sofrer uma intervenção cirúrgica.[34]

Serviço de Registro Civil e Identificação do Chile em 14 de janeiro de 2003 (processo probatório, anexo 17 do Relatório de Mérito, f.126), e Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia diante da Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, págs. 20 e 96, e Declaração prestada a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f. 4467).

[29] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, págs.4 e 12, Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4462, e Depoimento diante de tabelião de Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, *declaração juramentada*, f.4470).

[30] "Paciente com antecedentes de DM2 em tratamento com glibenclamida 5mg c/12 [ilegível] e arritmia cardíaca cujo [ilegível] não conhece pelo que uso amiodarona 200 mg/dia V.O. Ontem iniciou quadro de dificuldade respiratória associada a maior compromisso do estado geral. Não houve registro de febre. Hoje piorou até apresentar dispneia de repouso pelo que foi trazido ao S.U., neste se objetivou [ilegível] aprêmio respiratório com taquicardia irregular entre 130-100x". Ficha clínica do senhor Vinicio Poblete Vilches. Documento anexo ao Ofício Reservado No. 026/09 do Diretor Serviço de Saúde Metropolitano Sur Oriente, dirigido ao Ministro de Saúde, de 31 de agosto de 2009 (expediente de mérito, f.1130).

[31] Auditoria Ministerial, Reservado No. 024, assinada pelo Dr. Sergio Valenzuela Estévez, Chefe de Depto. [*sic*] Auditoria Serviço Saúde Oriente. Documento dentro do Ofício Reservado No. 026/09 do Diretor do Serviço Saúde Metropolitano Sur Oriente, *supra*, e que consta dentro do ofício n}. 0812 do Diretor [S] Complexo Assistencial Dr. Sotero del Río, dirigido à Diretora de Direitos Humanos do Ministério de Relações Exteriores, de 19 de maio de 2010 (expediente de mérito f.1108).

[32] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.4, Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4463, e Depoimento de Alejandra Marcela Fuentes Poblete perante a Primeira Vara Cível em 15 de junho de 2007 (procedimento probatório, anexo 12 do Relatório de Mérito, f.110).

[33] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.13 e 14, Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4463.

[34] Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f.4464).

45. No dia 26 de janeiro 2001, o senhor Poblete Vilches deu entrada no "pavilhão" e, ao sair, os familiares puderam observar que ele tinha na cintura três grandes ferimentos dos quais saía um tubo de drenagem, além disso declararam que nunca foi solicitada autorização para submetê-lo a esta cirurgia,[35] sendo que se encontrava inconsciente.[36]

46. No prontuário médico de 26 de janeiro de 2001, encontra-se uma legenda manuscrita por "Margarita Tapia" que assinala:

> 26.0120001 recebi esplicação [sic] sobre procedimento guirurjico [sic] que será realizado em meu pai e estou de acordo que o mesmo seja realizado, recebi esplicação [sic] e aceto [sic] os riscos da operação.[37]

47. Segundo o Laudo Pericial Caligráfico de 26 de dezembro de 2016, registrou-se que a assinatura no prontuário médico não correspondia à da senhora Blanca Margarita Tapia Encina,[38] quem, ademais, era sua esposa e não sua filha.[39]

48. Em 2 de fevereiro de 2001, o senhor Vinicio Poblete Tapia recebeu um telefonema do hospital informando que seu pai já estava bem e devia voltar ao seu ambiente familiar. Ao chegar ao hospital para buscar seu pai, os familiares o notaram em mau estado de saúde e tentaram conversar com os médicos, mas ninguém os atendeu.[40]

---

[35] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.4 a 5, Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4464, Denúncia criminal apresentada por Blanca Margarita Tapia Encina e Cesia Leila Poblete Tapia à Primeira Vara Cível em 12 de novembro de 2001 (processo probatório, anexo 6 ao Relatório Mérito, f. 29), e Depoimento prestado diante de tabelião por Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra* (processo de mérito, f.4471).

[36] Em relação ao alcance do estado de "inconsciência", "compromisso de consciência" e/ou "desorientação" apresentado pelo senhor Poblete Vilches prévio à intervenção cirúrgica de referência, *Cfr.* Relatório Médico de 19 de abril de 2006, assinado pelo Dr. Jorge Godoy Gallardo, Chefe da Unidade de Paciente Crítico, sobre a entrada do senhor Vinicio Poblete Vilches ao Hospital Sótero del Río em 17 de janeiro de 2001.Documento anexo ao Ofício Reservado No. 026/09, *supra* (processo de mérito, ff. 1110 a 1111). Em relação ao estado apresentado pelo senhor Poblete Vilches no momento de ser submetido à referida intervenção cirúrgica, neste se informa: "Paciente de 76 anos. Antecedente de: Diabetes Mellitus, Hipertensão arterial e arritmia cardíaca, que dá entrada no Hospital por dificuldade respiratória. Conectado a ventilador mecânico até o dia 20/01/01. Transferido a Medicina em 22/01/01 em condições estáveis, vígil, desorientado, mas cooperando. Em sua estadia em Medicina foi realizado um ecocardiograma que mostra um derrame pericárdico moderado. Decide-se realizar drenagem cirúrgica de seu derrame pericárdico para o que se pede consentimento informado. O procedimento foi realizado em 26/01 sendo realizada uma videotoracoscopia com janela pericárdica". *Cfr.* Depoimento realizado por Javier Alejandro Santos perante a Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017 (Transcrição de audiência pública sobre mérito, eventuais reparações e custas; 19 de outubro de 2017, págs. 50 a 51).

[37] Ficha clínica de Vinicio Antonio Poblete Tapia (processo probatório, anexo 8 do Relatório de Mérito, f. 79).

[38] Relatório Pericial Caligráfico Privado assinado pelo perito Caligráfico Público Nacional José María Buitrago, de 26 de dezembro de 2016 (procedimento probatório, anexo 13 do escrito de petições e argumentos, f.3225)

[39] A respeito, o Estado em sua contestação reconheceu que o suposto consentimento por parte dos familiares que se encontra no histórico médico "suscita dúvidas sobre a maneira como foi obtido e sua autenticidade" (processo de mérito, ff.380 a 381).

[40] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5 e 14, Depoimento perante tabelião de Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de

49. Graças ao mau estado de saúde no qual o senhor Poblete Vilches se encontrava, os familiares decidiram contratar uma ambulância particular para sua transferência, pois, segundo descreveram, não havia ambulâncias disponíveis no hospital.[41]

50. O senhor Poblete Vilches chegou em sua casa no próprio dia 2 de fevereiro de 2001, com febre muito alta, expelindo pus de seus ferimentos, dos quais apenas um estava suturado.[42] Consequentemente, em 5 de fevereiro de 2001, seus familiares chamaram a médica particular Sandra Castillo Montufar quem, após examiná-lo, ordenou uma transferência imediata ao hospital, dado que o paciente apresentava um quadro febril complicado e diagnosticou "choque séptico, broncopneumonia bilateral, diabetes mellitus 2 e pericardite".[43]

C. Segunda internação do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches no hospital Sótero del Río

51. Em 5 de fevereiro de 2001, o senhor Poblete Vilches deu nova entrada no Hospital Sótero del Río, no Serviço de Urgências, onde foram informados pelo doutor Luis Carvajal Freire que o senhor Poblete Vilches tinha uma "simples broncopneumonia".[44] De acordo com o histórico clínico de internação,[45] era necessário que o senhor Poblete desse entrada na unidade de cuidados intensivos e apoio de ventilador. A saber:

> Plano: Paciente com indicação de UCI para apoio ventilatório. Não há disponibilidade na UCI ou Qx. Será realizado manejo intermediário à espera de um leito de UCI.
>
> Dg.1) Insuficiência respiratória aguda parcial.
>
> 2) Choque provavelmente séptico.
>
> Foco Pneumonia intra-hospitalar.
>
> 3) DM Tipo II descompensada

outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, ff.4464 a 4465, e Depoimento diante de tabelião de Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, ff.4471 a 4472)).

41 *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5, 8 e 14, Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de ouro de 2017, *supra*, (processo probatório, f.4465), e Depoimento prestado a tabelião por Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo de mérito f.4472).

42 *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.2 e 5, Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4465 e Depoimento prestado diante de tabelião por Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4471.

43 Depoimento prestado a tabelião por Sandra Castillo Montúfar em 11 de outubro de 2017, supra, (processo probatório, f. 4475). *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, (*supra*, pág.16), e Depoimento prestado diante de tabelião por Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo de mérito f. 4472).

44 Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, declaração juramentada, folha 4466).

45 Ficha clínica do senhor Vinicio Poblete Vilches de 6 de fevereiro de 2001 (processo probatório, f.815).

4) Insuficiência renal aguda?
5) HTA
6) ICC
7) ACx FA
8) Cardiopatia coronária
9) Hipercolemia
10) Comprometimento de consciência"

52. Segundo os depoimentos dos familiares, na segunda internação ocorreram os seguintes fatos, não contestados pelo Estado.

a) Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia declarou que o Dr. Gonzales informou que seu pai necessitava de um respirador mecânico, já que não havia um nas instalações da UCI Cirúrgica, mas sim na UCI Médica.[46]

b) Vinicio Poblete Tapia perguntou a um médico sobre a disponibilidade de um respirador mecânico, mas recebeu a resposta de que "não ganhariam nada com isso, já que de qualquer maneira duraria mais uns sete dias".[47]

c) Cesia Leila Siria Poblete declarou que seu pai permaneceu em sua segunda internação na UCI Cirúrgica e um médico informou a seu irmão, Vinicio, que necessitava de um respirador mecânico, que não estava disponível nas referidas instalações, mas sim na UCI Médica.[48]

d) Cesia Leila Siria Poblete manifestou que seu irmão Vinicio Marco Poblete telefonou para o hospital e a médica responsável por seu pai disse que ele tinha sido transferido para a UCI Cirúrgica e não para a UCI Médica, porque não era possível levar um idoso até a UCI Médica, já que era preciso dar essa possibilidade para alguém mais jovem.[49]

e) Cesia Leila Siria Poblete agregou que seu irmão Vinicio Marco Poblete se comunicou com a UCI Médica falando com o subdiretor, Dr. Humberto Montecinos, para pedir ajuda a seu pai e que o levassem até a UCI Médica onde havia um respirador. O médico respondeu "que ele já tinha recebido a oportunidade de estar na UCI

[46] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5, e Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4466.
[47] *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5, e Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4466.
[48] Depoimento diante de tabelião prestado por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f.4466).
[49] *Cfr.* Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4466 e Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia diante da Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5.

Médica da primeira vez que esteve hospitalizado, portanto não receberia uma nova oportunidade".[50]

f) Cesia Leila Siria Poblete afirmou que, ao não ter dinheiro para comprar um respirador para seu pai, seu irmão Vinicio Marco Antonio entrou em contato com dois canais de televisão solicitando ajuda para conseguir um. Posteriormente, um jornalista informou que tinham conseguido um aparelho e que essa informação já tinha sido comunicada ao doutor Humberto Montecinos, mas os familiares nunca souberam o que aconteceu com o ventilador mecânico.[51]

53. No histórico clínico de Vinicio Antonio Poblete Vilches de 7 de fevereiro de 2001, às 12h10min, é indicado o momento no qual foi fornecida informação aos familiares sobre o estado de saúde do senhor Poblete Vilches:

> Conversou-se sobre a gravidade da situação com familiares. Também conversei sobre a decisão de tratar de forma intermediária e não na UCI pela condição e prognóstico do paciente, dada a falta de leitos de pacientes críticos. A família mostra consentimento, mas tenho dúvidas sobre se eles entendem a gravidade do prognóstico e a doença atual do paciente.[52]

54. Segundo ofício do Diretor do Complexo Assistencial Sótero del Rio, este assinala que "Em 6 de fevereiro de 2001, o paciente Vinicio Antonio Poblete Vilches, foi novamente internado na Unidade de Emergência Adulto deste Centro Assistencial, sendo hospitalizado com diagnóstico de quadro pneumônico e falência renal. Nessa Unidade, o Dr. Humberto Montecinos Salucci, em conjunto com a equipe médica responsável, atendendo à clínica e aos exames disponíveis, concluem que o paciente apresenta uma falência multiorgânica, situação que é informada à família do paciente, bem como o mal prognóstico. Como resultado da reunião que a equipe médica teve com os familiares, tomou-se a decisão de não conectar o paciente à ventilação mecânica, considerando que era uma limitação de esforço terapêutico".[53]

---

[50] Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, ff.4466 e 4467. *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág. 5.

[51] *Cfr.* Depoimento prestado ao tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, ff. 4466 e 4467. *Cfr* Depoimento do senhor Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, pág. 5.

[52] Ficha clínica do senhor Vinicio Poblete Vilches. Documento anexo ao Ofício Reservado No. 026/09, *supra*, (processo de mérito, f.1313).

[53] Ofício ordinário No. [ilegível] de Dr. Fernando Betanza Vallejos, Diretor, Complexo Assistencial Dr. Sotero del Río, que "envia antecedentes de atendimento médico, caso.D. Vinicio Poblete Vilches" [*sic*]. Dirigido ao Ministério de Saúde do Governo do Chile pelo Diretor do Complexo Assistencial Dr. Sótero del Río.1 de setembro de 2009 (processo de mérito, ff.1119 e 1120).

1. Falecimento do senhor Poblete Vilches

55. Na perícia médica elaborada pelo Serviço Médico Legal do Governo do Chile, realizada em 8 de junho de 2006, indicou-se o seguinte sobre as últimas horas de vida do senhor Poblete Vilches:

> 23h20min: Em falência multiorgânica e acidose metabólica progressiva. Isto, associado à patologia prévia constitui um prognóstico negativo. Em Intercunsulta [*sic*], médico de UCI anota paciente com comprometimento de consciência tóxico associado à deterioração cerebral prévia. Conversou-se com familiares sobre a gravidade do paciente e a necessidade, por falta de leitos na UCI de continuer [*sic*] em Serviço Intermediário. Médico duvida sobre se familiares entendem a gravidade da situação atual e prognóstico do paciente. 5h45min constata-se falecimento.[54]

56. Segundo o atestado de óbito, o senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches faleceu em virtude de choque séptico e broncopneumonia bilateral às 5h40min de 7 de fevereiro de 2001.[55]

57. Não obstante, os familiares declararam que receberam um telefonema informando que seu parente havia morrido de parada cardíaca.[56] Ademais, o senhor Poblete Tapia manifestou que, ao chegar ao hospital, foi informado do falecimento de seu pai em virtude de uma falência hepática.[57] Posteriormente, os familiares indicaram que, ao perguntar pelo corpo, viram que o senhor Poblete Vilches tinha uma faixa em seu peito que mencionava como causa da morte "edema pulmonar".[58]

58. Consequentemente, os familiares solicitaram ao hospital a realização de uma autópsia, mas o hospital se negou a realizá-la.[59]

---

[54] Perícia médico legal No. 140-2005 emitida pelo Serviço Médico Legal do Governo do Chile em 8 de junho de 2006 (processo probatório, anexo 48 do Relatório de Mérito, f.205).

[55] Atestado de óbito de Vinicio Antonio Poblete Vilches emitido pelo Serviço de Registro Civil e Identificação do Chile em 9 de março de 2001 (procedimento probatório, anexo 1 do Relatório de Mérito f.7).

[56] *Cfr.* Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f. 4467), e Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na audiência pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.5.

[57] Cfr. Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 6 de abril de 2006, supra, f.570.

[58] *Cfr.* Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, f.4467, Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 6 de abril de 2006, *supra*, (processo probatório, f.570), e Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia perante a Corte na audiência pública em 19 de outubro de 2017, *supra*, pág.17.

[59] *Cfr.* Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f.4467), e Depoimento prestado a tabelião por Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 6 de outubro de 2017, *supra*, (processo probatório, f.4472).

D. Atuações dos familiares perante os órgãos estatais

1. Denúncias criminais

59. Em 12 de novembro de 2001, Blanca Margarita Tapia Encina e Cesia Leila Poblete Tapia apresentaram denúncia criminal pelo delito culposo de homicídio na Primeira Vara de Letras de Puente Alto[60] (doravante "Primeira Vara Cível") contra "María Chacon Fernández, Ximena Echeverría Pezoa, Luis Carvajal Freire, Erick ou Marcelo Garrido, do Sr. Anuch e Sr. Montesinos, na qualidade de médicos ou residentes do Hospital Sótero del Río. Estes atenderam profissionalmente seu familiar, Vinicio Antonio Poblete Vilches, e, com sua ação, de forma inexplicável e absolutamente negligente e culposa, levaram ao desenlace fatal".[61] Na referida denúncia, substanciada sob o Número 75.821-M, foram solicitadas as seguintes diligências: i) citar para prestar declarações os denunciados e outros relacionados ao assunto; ii) solicitar o histórico clínico do senhor Poblete Vilches, e iii) decretar a exumação do cadáver do senhor Poblete Vilches, com a finalidade de realizar uma autópsia.[62]

60. A Primeira Vara Cível, em 12 de novembro de 2001, declarou-se incompetente dado que "o delito denunciado teve seu princípio de execução em 17 de janeiro de 2001, data na qual estava de plantão a Terceira Vara Criminal" para quem enviou a causa.[63] A Terceira Vara Criminal igualmente declarou-se incompetente em 23 de novembro de 2001, devolvendo a causa para a Primeira Vara Cível.[64] A Primeira Vara Cível declarou-se incompetente de novo em 11 de dezembro de 2001,[65] elevando a causa à Corte de Apelações de San Miguel,[66] que determinou a competência a favor da Primeira Vara Cível em 6 de fevereiro de 2002.[67] Esta última vara aceitou a denúncia e emitiu uma ordem de investigação pela Brigada de Homicídios sob o No. 75.821-M em 13 de fevereiro de 2002.[68] Outrossim, em 13 de fevereiro de 2002, foi ordenada

---

[60] *Cfr.* Depoimento prestado a tabelião por Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 6 de outubro de 2017(processo probatório, declaração juramentada dos representantes, f.4467), e Denúncia penal apresentada por Blanca Tapia Encina e Cesia Leila Poblete Tapia diante da Primeira Vara Cível de Puente Alto em 12 de novembro de 2001 (procedimento probatório, anexo 6 do Relatório de Mérito, f.27).

[61] *Cfr.* Denúncia penal apresentada por Blanca Tapia Encina e Cesia Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 12 de novembro de 2001 (processo probatório, anexo 6 do Relatório de Mérito, f.28).

[62] *Cfr.* Denúncia penal apresentada por Blanca Tapia Encina e Cesia Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 12 de novembro de 2001 (processo probatório, anexo 6 do Relatório de Mérito, ff.32 a 34).

[63] *Cfr.* Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 12 de novembro de 2001 (processo probatório, anexo 18 do Relatório de Mérito, f.128).

[64] *Cfr.* Resolução da Terceira Vara Criminal de 23 de novembro de 2001 (processo probatório, anexo 19 do Relatório de Mérito, f.130).

[65] *Cfr.* Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 11 de dezembro de 2001 (processo probatório, anexo 20 do Relatório de Mérito, f.132).

[66] *Cfr. Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 11 de dezembro de 2001 (processo probatório, anexo 20 do Relatório de Mérito, f.132), e Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 24 de dezembro de 2001 (processo probatório, anexo 21 do Relatório de Mérito, f.134).*

[67] *Cfr.* Resolução da Corte de Apelações de San Miguel de 6 de fevereiro de 2002 (processo probatório, anexo 22 do Relatório de Mérito, f.136).

[68] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 13 de fevereiro de 2002 (processo probatório, anexo 23 do Relatório de Mérito, f.138). Nota: o Auto inclui a ordem de investigar pela Brigada de Homicídios, sob o No. 75821-M.

pela Primeira Vara Cível a exumação do cadáver do senhor Poblete Vilches para a realização da autópsia. Entretanto, esta diligência não foi realizada.[69]

61. Em 16 de outubro de 2002, a Primeira Vara Cível solicitou ao Hospital Sótero del Río a ficha clínica do senhor Poblete Vilches, que foi recebida em 14 de novembro de 2002.[70]

62. Em 12 de abril de 2003, a Primeira Vara Cível recebeu o relatório Policial da Brigada de Homicídios Metropolitana da Polícia de Investigações do Chile. A tal relatório foi anexado o relatório do Médico Assessor Criminalista, quem concluiu que, do conteúdo da ficha clínica se depreendia que o "paciente recebeu o atendimento e os cuidados médicos oportunos e eficazes; consequentemente, o falecimento está mais bem explicado pela gravidade de suas complicações, que superaram os esforços médicos e meios disponíveis".[71]

63. Nos dias 13 e 20 de maio e 3 de dezembro de 2003, declararam diante das autoridades os médicos Ximena del Pilar Echeverría Pezoa,[72] Humberto Reinaldo Montecinos Salucci[73] e Sandra Zoraida Castillo Montufar,[74] respectivamente.

64. Nos dias 28 de fevereiro de 2004, 20 de dezembro de 2004 e 31 de outubro de 2005, a Primeira Vara Cível despachou as ordens de prisão contra Luis Carvajal Freire.[75] Em 6 de abril de 2004, a Décima Nona Vara Criminal ordenou a detenção do doutor Luis Carvajal Freire pelo delito de desobediência às ordens da Primeira Vara Cível de Puente Alto.[76] Em 8 de janeiro de 2005, a vara anterior ordenou a prisão do doutor Luis Carvajal Freire pelo delito de homicídio.[77] Em 6 de fevereiro de 2006, a Primeira Vara Cível declarou a "revelia" de Luis Carvajal Freire.[78] Em 23 de maio de

[69] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 13 de fevereiro de 2002 (processo probatório, anexo 23 do Relatório de Mérito, f.138).
[70] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 16 de outubro de 2002 e de 14 de novembro de 2002 (processo probatório, anexo 24 do Relatório de Mérito, ff. 140 a 142).
[71] *Cfr.* Relatório de 5 de abril de 2003 do Médico Assessor Criminalista, Dr. José Belleti Barrera, da Brigada de Homicídios Metropolitana da Polícia de Investigações do Chile (procedimento probatório, processo de trâmite perante a CIDH, ff.2405 a 2408).
[72] *Cfr.* Depoimento perante a Primeira Vara Cível de Puente Alto de Ximena del Pilar Echeverría Pezoa em 13 de maio de 2003 (procedimento probatório, anexo 27 do Relatório de Mérito, f.157).
[73] *Cfr.* Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Humberto Reinaldo Montecinos Salucci em 20 de maio de 2003 (processo probatório, anexo 28 do Relatório de Mérito, f.159).
[74] *Cfr.* Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Sandra Zoraida Castillo Montufar em 3 de dezembro de 2003 (processo probatório, anexo 10 do Relatório de Mérito, f.104).
[75] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de sábado, 28 de fevereiro de 2004 (processo probatório, anexo 30 do Relatório de Mérito, f.163); Ofício No. 261 da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 28 de fevereiro de 2004 (processo probatório, anexo 31 do Relatório de Mérito, f.165), Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 20 de dezembro de 2004 (processo probatório, anexo 32 do Relatório de Mérito, f.167), e Ordem de Apreensão da Primeira Vara Cível de Puente Alto em 31 de outubro de 2005 (processo probatório, anexo 34 do Relatório de Mérito, f.169).
[76] *Cfr.* Ordem de Prisão da Décima Nona Vara Criminal de 6 de abril de 2004 (processo probatório, anexo 35 do Relatório de Mérito, f.171).
[77] *Cfr.* Ordem de Prisão da Décima Nona Vara Criminal de 08 de janeiro de 2005 (processo probatório, anexo 36 do Relatório de Mérito, f.173).
[78] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 6 de fevereiro de 2006 (processo probatório, anexo 37 do Relatório de Mérito, f.176).

2007, a Primeira Vara Cível comprovou que o doutor Luis Carvajal Freire continuava trabalhando no Hospital Sótero del Río.[79]

65. Em 19 de julho de 2005, a Primeira Vara Cível enviou o processo ao Serviço Médico Legal para que este obtivesse informação "relativa à responsabilidade médica que teria cabido aos profissionais atuantes".[80] Em 15 de setembro de 2005, a Primeira Vara Cível enviou o processo novamente à Corte de Apelações de San Miguel,[81] mas esta o devolveu para a primeira Vara Cível em 21 de novembro de 2005 e declarou que "a senhora Juíza da Primeira Vara Cível prestará atenção preferencial à tramitação da mencionada causa, atualizando essa Corte, de forma quinzenal, sobre seus avanços".[82]

66. Em 7 de outubro de 2005, o senhor Vinicio Poblete Tapia apresentou outra denúncia perante a Primeira Vara Cível, que tramitou sob o No.393-M, contra os responsáveis pelo delito de homicídio culposo cometido contra o senhor Poblete Vilches e solicitou, entre outras, as seguintes diligências: i) citar a declarar os doutores Garrido [*sic*], Ximena Echeverría Pezoa, María Chacón Fernández, Anuch [*sic*], Lorna Luco, Gonzálo Menchaca, e Luis Carvajal Freire; ii) oficiar o Hospital Sótero del Río para que este enviasse a histórica clínica completa de Vinicio Antonio Poblete Vilches; iii) decretar a "exumação do cadáver" do senhor Poblete Vilches, "para realizar uma autópsia que determine a causa real de sua morte", e v) que se acumulasse essa segunda denúncia à anterior, ou seja, a tramitada sob o No. 75.821-M, e cuja acumulação solicitada pelo denunciante foi concedida em auto de mesma data" uma vez que a causa No. 75.821 fosse recebida pela I. Corte de Apelações de San Miguel", o que ocorreu em 7 de dezembro de 2005.[83]

67. Entre 3 de março de 2006 e 15 de junho de 2007, durante o trâmite da denúncia acumulada perante a Primeira Vara Cível de Puente Alto, as seguintes pessoas declararam na Primeira Vara Cível de Puente Alto: Marcelo Adán Garrido; María Carolina Chacón Fernández; Vinicio Poblete Tapia; Cesia Leila Poblete Tapia; Lili Marlene Rojas Hernández; Jorge Alejandro Fuentes Poblete; e Alejandra Marcela Fuentes Poblete.[84]

---

[79] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 23 de maio de 2007 (processo probatório, anexo 61 do Relatório de Mérito, f.239).

[80] *Cfr.* Ofício No. 1363 da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 19 de julho de 2005 (processo probatório, anexo 38 do Relatório de Mérito, f.178).

[81] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 15 de setembro de 2005 (processo probatório, anexo 40 do Relatório de Mérito, f. 182).

[82] *Cfr.* Ofício No. 2809 -05 da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 7 de dezembro de 2005 (processo probatório, anexo 41 do Relatório de Mérito, f. 184).

[83] *Cfr.* Denúncia penal apresentada por Blanca Tapia Encina e Cesia Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 7 de outubro de 2005 (processo probatório, anexo 7 do Relatório de Mérito, ff.42 e 43). Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 7 de outubro de 2005 (processo probatório, anexo 7 do Relatório de Mérito, f. 44), e Ofício No. 2809 -05 da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 7 de dezembro de 2005 (processo probatório, anexo 41 do Relatório de Mérito, f. 184).

[84] *Cfr.* Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Marcelo Adán Garrido Salvo em 3 de março de 2006 (processo probatório, anexo 2 do Relatório de Mérito, f.9); Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de María Carolina Chacón Fernández em 7 de março de 2006 (processo probatório, anexo 42 do Relatório de Mérito, f.186); Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Vinicio Marco Antonio Poblete em 6 de abril de 2006 (processo probatório, anexo 4 do Relatório de Mérito, ff.17 a 22); Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Cesia Leila Siria Poblete Tapia em 14 de setembro de 2006 (processo probatório, anexo 3 do Relatório de Mérito,11); Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Lili

68. Em 21 de março de 2006, a representação do senhor Vinicio Poblete Tapia solicitou as seguintes diligências: ¡) o depoimento do denunciante, ii) o depoimento de Cesia Leila Poblete Tapia, iii) acareação entre os dois anteriormente citados e a doutora María Carolina Chacón Fernández. Ademais, solicitou-se que, em virtude da deterioração da saúde do senhor Poblete Tapia, as medidas fossem "decretadas o mais breve possível e em caráter de urgência".[85] Em 18 de abril de 2006, a representação do senhor Poblete Tapia solicitou diversos depoimentos.[86]

69. Em 8 de junho de 2006, o Serviço Médico Legal do Governo do Chile apresentou a Perícia Médico Legal Nº 140-2005, realizada com base no histórico clínico, no qual se concluiu que o senhor Poblete Vilches, que padecia de diabetes tipo 2, "necessitou ser hospitalizado em duas oportunidades em lapso de três semanas em virtude de um Edema Pulmonar Agudo mais uma Fibrilação Auricular de alta frequência, provocadas por uma Cardiopatia Isquêmica e, ademais, uma infecção cutânea extensa". Também foi assinalado que "o conjunto de todas estas patologias foi devidamente diagnosticado e, dado sua gravidade, foram devidamente tratadas primeiro na UCI cirúrgica e, depois, em um Serviço de Medicina". A Perícia Médico Legal notou também que a segunda internação ocorreu em virtude de um "choque séptico e falência multiorgânica em virtude de uma pneumonia intra-hospitalar, situação suscetível de acontecer após uma estadia hospitalar prévia" e que, "em virtude de sua idade avançada, patologias preexistentes e múltiplos fatores de risco precipitaram seu falecimento, apesar das múltiplas e adequadas medidas terapêuticas recebidas". Nesse sentido, os peritos "determinaram que não houve falta à *Lex Artis*".[87]

70. Nos dias 5 de abril, 27 de junho e 5 de setembro de 2006, a representação da doutora María Carolina Chacón Fernández apresentou solicitação de extinção do processo ajuizado na Primeira Vara Cível pela morte do senhor Vinicio Poblete

---

Marlene Rojas Hernández em 18 de outubro de 2006 (processo probatório, anexo 53 do Relatório de Mérito, f.220); Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Jorge Alejandro Fuentes Poblete em 12 de junho de 2007 (processo probatório, anexo 5 do Relatório de Mérito, ff.24 e 25), e Depoimento à Primeira Vara Cível de Puente Alto de Alejandra Marcela Fuentes Poblete em 15 de junho de 2007 (processo probatório, anexo 12 do Relatório de Mérito, ff.110 e 111).

[85] *Cfr.* Petição de representação de Vinicio Poblete Tapia apresentada na Primeira Vara Cível de Puente Alto em 21 de março de 2006 (procedimento probatório, anexo 43 do Relatório de Mérito, ff.188 e 189).

[86] A saber: as correspondentes a Alejandra e Jorge Fuentes Poblete, Rosa Gazmuri M., Cecilia Caniqueo Ralil, Lily Rojas e Cecilia Yañez, enfermeiras do Hospital Sótero del Río, e Elizabeth Aviles, médico cirurgião que operou o senhor Poblete Vilches. *Cfr.* Petição de representação de Vinicio Poblete Tapia apresentada na Primeira Vara Cível de Puente Alto em 18 de abril de 2006 (procedimento probatório, anexo 46 do Relatório de Mérito, f.197).

[87] *Cfr.* Perícia médico legal No. 140-2005 emitida pelo Serviço Médico Legal do Governo do Chile em 8 de junho de 2006 (processo probatório, anexo 48 do Relatório de Mérito, f.203). Signatários: as doutoras Katherine Corcoran Ivelic, Médico Legista e Coordenadora Técnica da Unidade Responsabilidade Médica do Departamento Clínica Forense do Serviço Médico Legal, e Rebeca Barahona Bustamante, Médico Legista do Departamento Clínica Forense do Serviço Médico Legal do Governo do Chile.

Vilches,[88] que foi negada.[89] Em 21 de novembro de 2006, a representação da doutora María Carolina Chacón Fernández novamente solicitou a extinção do processo. Sobre o particular, em 22 de novembro de 2006, a Primeira Vara Cível de Puente Alto finalmente declarou-o encerrado.[90]

71. Em 7 de dezembro de 2006, a representação da doutora Chacón Fernández solicitou à Primeira Vara Cível de Puente Alto que apresentasse acusação fiscal ou extinguisse o processo temporário ou definitivo pelo quase-delito de homicídio.[91] Por isso, em 11 de dezembro de 2006, a Primeira Vara resolveu que "não se encontrava suficientemente justificado nos autos a existência do delito denunciado" e declarou que "se extinguia temporariamente a causa, até a reunião de novos e melhores dados de investigação".[92]

72. Em 29 de janeiro de 2007, a representação do senhor Poblete Tapia solicitou a reabertura do processo, argumentando que "a investigação instruída oportunamente carecia de importantes antecedentes relacionados diretamente à causa, os quais não tinham sido considerados ao não terem sido realizados pelo tribunal, apesar da oportuna solicitação durante o processo" e novamente solicitou diligências adicionais, entre as quais estava a exumação do cadáver do senhor Poblete Vilches para, assim, poder esclarecer a causa definitiva de sua morte.[93]

73. Em 27 de fevereiro de 2007, a Primeira Vara Cível desarquivou a causa e, em 17 de abril de 2007, essa voltou ao estado de processo ativo.[94]

---

[88] Correspondente à causa substanciada sob Número 75.821-M em virtude da denúncia apresentada por Blanca Margarita Tapia Encina e Cesia Leila Siria Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 12 de novembro de 2001 (procedimento probatório, anexo 6 do Relatório de Mérito, f.27), à qual se acumulou a causa sob No.393-M, tramitada em relação à denúncia apresentada por Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 7 de outubro de 2005 (procedimento probatório, anexo 7 do Relatório de Mérito, ff.36 a 43).

[89] *Cfr.* Petição de representação de María Carolina Chacón Fernández apresentada perante a Primeira Vara Cível de Puente Alto, recebida em 5 de abril de 2006, e Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 6 de abril de 2006, (procedimento probatório, anexo 45 do Relatório de Mérito, ff. 194 e 195); Petição da representação de María Carolina Chacón Fernández promovida diante da Primeira Vara Cível de Puente Alto e recebida em 27 de junho de 2006 (procedimento probatório, anexo 49 do Relatório de Mérito, ff.209 e 210); Provisto da Primeira Vara Cível de Puente Alto em 26 de julho de 2006 (procedimento probatório, anexo 50 do Relatório de Mérito, f. 212); Petição de representação de María Carolina Chacón Fernández promovida diante da Primeira Vara Cível de Puente Alto, recebida em 5 de setembro de 2006 (procedimento probatório, anexo 51 do Relatório de Mérito, ff. 214, 215), e Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 14 de setembro de 2006 (processo probatório, anexo 52 do Relatório de Mérito, f.218).

[90] *Cfr.* Petição de representação de María Carolina Chacón Fernández promovida diante da Primeira Vara Cível de Puente Alto, recebida em 21 de novembro de 2006 (procedimento probatório, anexo 54 do Relatório de Mérito, f. 222, 223), e Resolução da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 22 de novembro de 2006 (processo probatório, anexo 55 do Relatório de Mérito, f. 225).

[91] *Cfr.* Petição de representação de María Carolina Chacón Fernández promovida diante da Primeira Vara Cível de Puente Alto, recebida 07 de dezembro de 2006 (procedimento probatório, anexo 56 do Relatório de Mérito, f.227).

[92] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 11 de dezembro de 2006 (processo probatório, anexo 57 do Relatório de Mérito, f.230).

[93] *Cfr.* Petição de representação de Vinicio Poblete Tapia apresentada na Primeira Vara Cível de Puente Alto em 29 de janeiro de 2007 (procedimento probatório, anexo 58 do Relatório de Mérito, ff.232 e 233).

[94] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 27 de fevereiro de 2007 (processo probatório, anexo 59 do Relatório de Mérito, f.235), e Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 17 de abril de 2007 (processo probatório, anexo 60 do Relatório de Mérito, f.237).

74. Em 21 de janeiro de 2008, a Primeira Vara Cível ordenou a elaboração de um "relatório de faculdades mentais" sobre Cesia Poblete Tapia e Vinicio Poblete Tapia.[95] Entretanto, o Serviço Médico Legal comunicou, mediante ordem de 30 de maio de 2008, que não havia recebido a referida solicitação.[96]

75. Em 3 de maio de 2008, o processo substanciado na Primeira Vara Cível foi elevado até a Corte de Apelações de San Miguel, em Santiago, e devolvido ao Tribunal de primeira instância em 14 de maio de 2008.[97]

76. Em 11 de junho de 2008, a Primeira Vara Cível novamente declarou encerrado o processo[98] e, em 30 de junho de 2008, determinou, mais uma vez, a sua extinção, "até que se reunissem novos e melhores dados de investigação.[99]

77. Em 4 de agosto de 2008, em virtude de "novos e melhores antecedentes", a representação da família do senhor Poblete Vilches solicitou o desarquivamento judicial,[100] e, em 5 de agosto de 2008, a Primeira Vara Cível ordenou o desarquivamento da causa.[101]

78. Em 28 de agosto de 2008, a Corte Suprema de Justiça solicitou à Primeira Vara Cível que enviasse cópia da causa No.75.821 pelo delito de homicídio contra María Chacón Fernández e outros,[102] que foi encaminhada à Corte Suprema de Justiça em 9 de setembro de 2008.[103]

79. O senhor Vinicio Poblete Tapia apresentou várias solicitações à Presidência da Corte Suprema de Justiça entre 2008 e 2015, com a finalidade de que esta interviesse na investigação substanciada na Primeira Vara Cível. O Presidente da Corte Suprema de Justiça rejeitou todas as solicitações,[104] declarando reiteradamente que "o Presidente não tinha faculdades para intervir nos processos que se substanciam nos demais Tribunais da República, indicando que a interposição de recursos processuais constitui a via idônea para reclamar diante de resoluções judiciais cujo conteúdo as partes estimam desfavorável a seus interesses" e que "o Presidente carecia de atribuições

[95] *Cfr.* Auto da Primeira Vara Cível de Puente Alto de 21 de janeiro de 2008 (processo probatório, anexo 62 do Relatório de Mérito, f.241).
[96] *Cfr.* Ordem No. 10187 emitida pelo Serviço Médico Legal do Governo do Chile, dirigido à Primeira Vara Cível de Puente Alto em 11 de junho de 2008 (procedimento probatório, anexo 63 do Relatório de Mérito, f.243).
[97] *Cfr.* Auto da Corte de Apelações de San Miguel de 3 de maio de 2008 (procedimento probatório, anexos 65 e 66 do Relatório de Mérito, ff.247 e 249).
[98] *Cfr.* Auto de 11 de junho de 2008 da Primeira Vara Cível de Puente Alto (procedimento probatório, anexo 67 do Relatório de Mérito, f.251).
[99] *Cfr.* Auto de 30 de junho de 2008 da Primeira Vara Cível de Puente Alto (procedimento probatório, anexo 69 do Relatório de Mérito, f.253).
[100] *Cfr.* Petição de representação de Vinicio Poblete Tapia apresentada na Primeira Vara Cível de Puente Alto em 4 de agosto de 2008 (procedimento probatório, anexo 70 do Relatório de Mérito, f.255).
[101] *Cfr.* Auto de 5 de agosto de 2008 da Primeira Vara Cível de Puente Alto (procedimento probatório, anexo 71 do Relatório de Mérito, f.257).
[102] *Cfr.* Resolução da Corte Suprema de Justiça do Chile, ofício número 4824, de 28 de agosto de 2008, dirigido à Primeira Vara Cível de Puente Alto (procedimento probatório, anexo 72 do Relatório de Mérito, f.259).
[103] *Cfr.* Auto de 9 de setembro de 2008 da Primeira Vara Cível de Puente Alto (procedimento probatório, anexo 73 do Relatório de Mérito, f.261).
[104] *Cfr.* Resoluções da Corte Suprema de Justiça de 6 de março de 2008, 8 de julho de 2011, 20 de agosto de 2012, 14 de março de 2013 e 8 de janeiro de 2015 (procedimento probatório, anexo 64, f.245; anexo 74, ff.263 e 264; anexo 75, ff.266 e 267; anexo 76, ff.269 e 270, e anexo 77, f.272, todos do Relatório de Mérito).

legais para conhecer o assunto, toda vez que não podia intervir em assuntos judiciais terminados". Em 8 de janeiro de 2015, o Presidente da Corte Suprema de Justiça declarou que "carecia de atribuições legais para conhecer o assunto ao qual aludia, sempre que as alegações que realizava já tinham sido conhecidas e resolvidas pelo tribunal competente, especificamente pela Corte Suprema de Justiça em 14 de agosto de 2014, não podendo modificar-se o que ali fora ordenado".[105]

2. Outros procedimentos

2.1 Mediação

80. Em 13 de janeiro de 2006, o senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia promoveu, perante o Conselho de Defesa do Estado na Unidade de Mediação, uma reclamação contra o Hospital Sótero del Río e seus funcionários.[106] Em 4 de abril de 2006, ocorreu a primeira audiência de mediação e compareceram Vinicio Poblete Tapia, Cesia Leila Poblete Tapia e Jorge Fuentes Poblete. Em representação do hospital, compareceu o advogado Hernán Pardo Roche. O senhor Poblete Tapia declarou que "a falta de informação se resumia em três fatos que classificava como graves: não realização da punção na forma assinalada; alta em estado grave e negativa a realizar autópsia". Nesse sentido, agregou que "em relação à Dra.Chacón, ela tratou a família de forma inadequada, que classificava como humilhante". Entretanto, os médicos demandados não compareceram e, portanto, decidiu-se realizar uma segunda audiência de mediação.[107]

81. Em 27 de abril de 2006, ocorreu a segunda audiência de mediação na Unidade de Mediação do Conselho de Defesa do Estado. Compareceram, por uma parte, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia, Cesia Leila Poblete Tapia e Jorge Fuentes Poblete, assistido pela advogada María Francisca Jiménez e, pela outra, o advogado Hernán Pardo Roche e o doutor Luis Carvajal Freire. Nessa ocasião, o representante do Hospital Sótero del Río entregou uma cópia de uma auditoria médica[108] realizada pelo Sr. Sergio Valenzuela Estévez, Chefe do Departamento de Auditoria do E.S.M.S.O., de 29 de maio de 2001, que concluiu, a partir da Ficha Clínica, o seguinte:

> Segundo este auditor, o paciente foi tratado adequadamente em sua condição de gravidade pela falência multissistêmica. O médico

[105] *Cfr.* Resolução da Corte Suprema de Justiça de 8 de janeiro de 2015 (processo probatório, anexo 77 do Relatório de Mérito, f.272), e Resolução da Corte Suprema de Justiça de 25 de agosto de 2014 (processo de mérito, prova para melhor resolver apresentada pelo Estado, ff.1399 a 1401).
[106] *Cfr.* Ata da Primeira Audiência de Mediação na Unidade de Mediação do Conselho de Defesa do Estado em 4 de abril de 2006 (procedimento probatório, anexo 78 do Relatório de Mérito, f.274).
[107] *Cfr.* Ata da Primeira Audiência de Mediação na Unidade de Mediação do Conselho de Defesa do Estado (procedimento probatório, anexo 78 do Relatório de Mérito, ff.274 a 276).
[108] *Cfr.* Ata da Segunda Audiência de Mediação na Unidade de Mediação do Conselho de Defesa do Estado em 27 de abril de 2006 (procedimento probatório, anexo 79 do Relatório de Mérito, f.278).

> responsável conversou com os familiares sobre a gravidade do paciente e a impossibilidade de transferência para a UCI Médica pela condição e prognóstico do paciente e a carência de leitos. A família se mostra conformada, mas tenho dúvidas se entendem a cavalidade [*sic*] o prognóstico e a doença atual do paciente. Falece no dia 07-02-2001, às 05h45min.[109]

2.2 Procedimento administrativo e outros

82. Segundo a informação fornecida pelas partes, do pedido de informação da Comissão de Direitos Humanos, Nacionalidade e Cidadania da Câmara de Deputados sobre os processos administrativos e seus resultados, por suposta negligência médica na morte do Senhor Poblete Vilches à Subsecretaria de Redes Assistenciais, depreende-se que não existe processo administrativo algum que tenha relação com o senhor Vinicio Poblete Vilches".[110]

83. No processo perante a Corte, constam notas de imprensa de 2010 e 2012, das quais se depreende que foram denunciadas situações de negligência médica no Hospital Sótero del Río.[111] Outrossim, na página de Internet www.reclamos.cl existe uma lista de reclamações tanto de supostas negligências médicas como pelo deficiente serviço e as más condições contra este Hospital entre os anos de 2011 até a atualidade.[112]

VII
MÉRITO

84. O presente caso se relaciona com a alegada responsabilidade internacional do Estado pelo atendimento oferecido no Hospital público Sótero del Río ao senhor

---

[109] *Cfr.* Ata da Segunda Audiência de Mediação na Unidade de Mediação do Conselho de Defesa do Estado em 27 de abril de 2006 (procedimento probatório, anexo 79 do Relatório de Mérito, f.278).

[110] *Cfr.* Petição número 005-10 da Comissão de Direitos Humanos, Nacionalidade e Cidadania (processo probatório, anexo 80 do Relatório de Mérito, f.280); petição do Ministério de Saúde do Governo do Chile de 30 de outubro de 2009 (processo probatório, anexo 82 do Relatório de Mérito, ff.284 e 285), e Petição número 4181 do Ministro de Saúde de 15 de dezembro de 2009 (processo probatório, anexo 81 do Relatório de Mérito, f.282).

[111] *Cfr.* Notícia publicada no jornal Cambio 21 em Facebook, intitulada "Apresentam denúncia por negligência médica contra hospital Sótero del Río" (processo probatório, anexo 13 do Relatório de Mérito, f.113); Notícia publicada no jornal MEGAtestigo em 14 de maio de 2012, intitulada "Família denuncia negligência médica no Hospital Sótero del Rio" (processo probatório, anexo 14 do Relatório de Mérito, f.115), e Notícia publicada em Radio Bio Bio no Facebook de 27 de outubro de 2010 intitulada "Hospital Sótero del Río realizará investigação interna por morte de bebê no ventre materno" (processo probatório, anexo 15 do Relatório de Mérito, ff.117 e 118).

[112] *Cfr.* Lista completa de reclamações associadas ao Hospital Sótero del Río (processo probatório, anexo 16 do Relatório de Mérito, ff.120 a 124). As constantes denúncias sobre estas irregularidades e deficiências no referido hospital continuam até a atualidade através desta via, sendo as mais recorrentes aquelas relacionadas com o atendimento médico ruim, a falta de atendimento oportuno, carência de leitos de hospitalização e equipamento, bem como os diagnósticos clínicos errôneos, a mais recente delas realizada em 28 de janeiro de 2018. *Cfr.* https://www.reclamos.cl/empresa/hospital_s_tero_del_r_o.

Poblete Vilches, que era uma pessoa idosa.[113] Durante sua primeira internação, foi praticada uma intervenção, supostamente quando o paciente estava inconsciente, sem o consentimento da família. Ademais, alegou-se que ele tinha recebido a alta antes do tempo, e, durante sua segunda internação, ele não teria recebido o tratamento requerido, derivando posteriormente em seu falecimento no mesmo hospital. Ademais, o caso se relaciona com as investigações e ações judiciais realizadas para esclarecer sua morte e, sendo o caso, apurar as responsabilidades correspondentes, bem como as possíveis violações sofridas pelos seus familiares. Considerando o anteriormente citado, e levando em conta o reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado, corresponde à Corte determinar o alcance das violações perpetradas. Para isso, a Corte procederá a analisar os argumentos apresentados pelas partes e pela Comissão e desenvolverá as considerações de direito pertinentes relacionadas ao direito à saúde (artigo 26);[114] os direitos à vida e integridade pessoal (artigos 4[115] e 5[116]), e o direito ao consentimento informado em matéria de saúde (artigos 26, 13[117], 11[118] e 7[119]). Outrossim, analisará os direitos às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8[120] e 25[121]), e o direito à integridade pessoal em relação aos familiares (artigo 5), todos em relação ao artigo 1.1[122] da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

[113] A Corte utilizará o termo pessoa idosa na presente Sentença, ao ter sido adotado no artigo segundo da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, Adotada em 15 de junho de 2015 pela Assembleia Geral da OEA. Entrada em vigor em 11 de janeiro de 2017. Não obstante, por motivos de temporalidade, o citado dispositivo não resulta exigível em relação aos fatos do caso em análise.

[114] Artigo 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto em nível interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para obter progressivamente a plena efetividade dos direitos que se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados∞.

[115] Artigo 4. Direito à vida.1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido por lei e, em geral, a partir do momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[116] Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[117] Artigo 13. Liberdade de Pensamento e Expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito engloba a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideais de toda índole, sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua escolha.

[118] Artigo 11 Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

[119] Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal.

[120] Artigo 8. 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 com antecipação por lei, na substanciação de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, tributária ou de qualquer outra natureza.

[121] Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo ante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, a lei ou a presente Convenção, mesmo quando tal violação for cometida por pessoas que atuem em exercício de suas funções oficiais.

[122] O artigo 1.1 da Convenção estabelece que os Estados se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que estiver sujeita a sua jurisdição.

VII-1
DIREITOS À SAÚDE, VIDA, INTEGRIDADE E ACESSO À INFORMAÇÃO (ARTIGOS 26, 1.1, 4, 5, 13, 7 E 11 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Argumentos das partes e da Comissão

1. Relativos ao direito à saúde

85. A *Comissão* não alegou a violação autônoma do direito à saúde nem se pronunciou a respeito em seu Relatório de Mérito. Entretanto, em suas observações finais escritas, destacou "que considera importante que, sem esquecer a informação fornecida pelo Estado sobre avanços mais recentes em matéria de proteção de direitos econômicos, sociais e culturais no Chile, a Corte realize as determinações correspondentes em relação ao momento no qual tiveram lugar os fatos e as violações específicas identificadas no presente caso". Manifestou que se trata de uma oportunidade para abordar pressupostos de responsabilidade estatal derivados de deficiências estruturais em hospitais públicos. Outrossim, a Comissão expressou que o caso apresenta a possibilidade de analisar situações particulares de vulnerabilidade no acesso ao direito à saúde e ao sistema de saúde pública, especificamente em relação aos idosos e também as considerações sobre a proteção adequada dos direitos das pessoas em situação de pobreza, e a aplicação do princípio de igualdade e não discriminação.

86. As *representantes* alegaram que o Estado violou o direito à saúde e o direito à previdência social, previstos no artigo 26 da Convenção, de forma autônoma. Em relação à justiciabilidade direta dos DHSC, aludiram ao precedente no caso *Lagos del Campo Vs. Peru*, no qual, pela primeira vez, declarou-se a violação autônoma do artigo 26 da Convenção Americana, pelo que entenderam que o mesmo devia ocorrer neste caso. Em relação às obrigações estatais, as representantes argumentaram que "algumas facetas são de cumprimento imediato por tratar-se de ações simples a cargo do Estado que não requerem maiores recursos". Igualmente, argumentaram que o caráter de progressividade dos DHSC não significa que eles "não sejam exigíveis ou que possam ser descumpridos eternamente".

87. As *representantes* destacaram que o senhor Poblete Vilches era um idoso "com patologias agregadas que faziam de sua situação um caso que requeria atendimento rápido e oportuno". Ao não proporcionar tratamento adequado, "o Estado do Chile falhou em fornecer a assistência de saúde mínima requerida que resultava exigível de maneira imediata". Acrescentaram que "não é possível então aqui discutir a progressividade do direito à saúde". Outrossim, destacaram que o Estado "abundou em detalhes sobre as diferentes políticas implementadas e medidas adotadas em prol da melhoria de seu sistema público de saúde", entretanto, este "limitou-se a oferecer um cardápio de decisões políticas desenvolvidas nos últimos anos sem demonstrar o impacto real e efetivo que podem ter provocado nas populações mais vulneráveis".

88. Por sua parte, apesar de o *Estado* ter mencionado o direito à saúde em seu reconhecimento, considerou que não houve violação ao artigo 26 da Convenção, já que não se pode provar o descumprimento da obrigação de adotar medidas para o desenvolvimento progressivo do direito à saúde e o direito à previdência social. Para provar o cumprimento de seu dever, o Estado listou diferentes programas, leis e medidas administrativas e financeiras implementadas há anos. Outrossim, em suas alegações finais, indicou o Estado que apoia a justiciabilidade dos DHSC via conexão com os Direitos Civis e Políticos, mas não reconheceu a competência da Corte para declarar a violação do artigo 26 da Convenção de forma direta. O Estado acrescentou que, apesar de a Corte poder incorporar diversos critérios interpretativos no desenvolvimento de sua jurisprudência, o tribunal internacional deve respeitar os limites jurisdicionais de sua competência contenciosa e considerar quais foram as obrigações assumidas pelos Estados no momento de ratificar a Convenção.

2. Relativos à vida e à integridade pessoal

89. A *Comissão* determinou que o Estado foi responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde estabelecidos nos artigos 4 e 5, em relação com o artigo 1.1 da Convenção, em prejuízo do senhor Poblete Vilches, em virtude tanto da decisão de dar-lhe alta do hospital, como à falta de fornecimento de tratamento adequado na segunda internação. Consequentemente, considerou que o Estado não adotou as medidas disponíveis e razoáveis para oferecer tratamento adequado ao senhor Poblete Vilches que poderia ter razoavelmente adotado. Em seu Relatório de Mérito, realizou uma análise inter-relacionada dos artigos 4 e 5 da Convenção. Em vista disso, reiterou a possível inconsistência proposta pelo alcance precisado pelo Estado sobre seu reconhecimento parcial de responsabilidade, no sentido que apenas inclui, por exemplo, a violação ao direito à integridade pessoal do senhor Vinicio Poblete, em relação aos fatos que a Comissão também determinou como violatórios ao direito à vida.

90. As *representantes* manifestaram respeito à conexão do direito à vida e à integridade pessoal com o direito à saúde, que "o direito à vida exige, por parte dos Estados, a adoção de medidas de prevenção que se relacionem com a manutenção da vida das pessoas por meio da provisão de uma situação econômica e social que impeça sua morte por falta de atendimento médico". Alegaram que existe uma forte inconsistência entre as afirmações que efetua o Estado em relação a sua responsabilidade na violação do direito à vida e as que realizou em relação à violação do direito à integridade pessoal. Afirmaram que os fatos referentes aos artigos 4 e 5 são os mesmos e que, portanto, o reconhecimento de responsabilidade deve aplicar-se a ambos os direitos. Assinalaram também que "a ausência de programas, infraestrutura e atividades necessários para o bem-estar pessoal" ou "sua deficiente qualidade" podem resultar em uma violação ao direito à saúde por parte do Estado.

91. Em relação à violação do direito à vida, as representantes alegaram que o Estado não adotou todas as medidas que estavam a seu alcance para oferecer ao

senhor Vinicio Poblete Vilches um atendimento de saúde adequado. Em relação à exigência de que se demonstre uma relação de causalidade entre as omissões comprovadas e o resultado da morte, entenderam que a responsabilidade do Estado surge quando se demonstra que, com sua ação ou omissão, aumentou o risco para a vida da pessoa. Agregaram que o Estado sabia da existência de uma situação de risco para a vida do senhor Poblete e não tomou as medidas necessárias para prevenir ou evitar esse risco. Lembraram que o perito assinalou que, se Vinicio Poblete tinha alguma possibilidade de sobreviver, era através da adoção de medidas tão básicas como interná-lo em uma unidade fechada de cuidados intensivos, oferecer assistência respiratória mecânica e ministrar um tratamento antibiótico adequado. As *representantes* destacaram que tampouco é possível falar em relação ou nexo de causalidade nestes casos e que jamais se poderia afirmar, nem neste caso nem em qualquer outro, que oferecer um tratamento a um paciente, qualquer tratamento, teria evitado sua morte com absoluta certeza. Concluíram que o Estado não cumpriu os deveres especiais de proteção aos quais têm direito as pessoas em condição de vulnerabilidade. De modo que o Estado foi responsável pelas violações dos artigos 4.1 e 5.1 em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

92. O *Estado* alegou que não é responsável internacionalmente pela violação do artigo 4 da Convenção Americana. Argumentou que "apenas o falecimento não resulta suficiente para determinar uma violação do direito à vida, mas que, além disso, deve comprovar-se que o Estado não adotou, dentro de suas atribuições, as medidas necessárias que razoavelmente podiam esperar-se para garantir o direito, e que a não adoção das referidas medidas foi o nexo causal direto do falecimento". A este respeito, o Estado expôs que adotou as medidas que estavam a seu alcance para salvaguardar a vida do senhor Vinicio Poblete Vilches, considerando o delicado estado de saúde no qual se encontrava e as ferramentas clínicas que tinha a seu alcance. Outrossim, expôs que não há forma de demonstrar que, com algum tratamento diferente ao proporcionado, o senhor Poblete Vilches tivesse sobrevivido.

93. O *Estado* contrastou sua posição com o depoimento do perito Santos, que se referiu a discrepâncias relativas a questões supostamente básicas, como a assistência respiratória mecânica ou o antibiótico que ele estimava ser apropriado após a nova internação do senhor Poblete Vilches no Hospital; entretanto, esta discrepância não foi suficiente para determinar a negligência médica no caso. Nesse sentido, "a mera discrepância com o tratamento realizado após a segunda internação não pode transformar-se em um padrão a ser estabelecido jurisprudencialmente por esta Corte". O Estado afirmou que a ventilação mecânica não é uma prestação básica. Outrossim, assinalou que, através do procedimento médico do Hospital Sotero del Río, agiu sob o critério de razoabilidade, não sendo tal fato a razão do lamentável falecimento do senhor Poblete Vilches, que, desde sua primeira internação, somada a sua idade, apresentava um quadro médico crônico, reconhecido como tal pelo próprio perito Santos. O Estado concluiu que os fatos assinalados configuram uma violação do artigo 5 da Convenção, mas não assim em relação ao direito à vida, que está regido por

padrões distintos, e daí que se reconheça responsabilidade em relação a um e não ao outro. Consequentemente, reconheceu de forma expressa que a decisão de dar a alta para a vítima, em efeito, não foi adequada nem pertinente e que isso "constituiu um obstáculo no acesso a condições que garantissem seu direito à integridade corporal e, ademais, a sua saúde".

3. Relativos ao consentimento informado

94. A *Comissão* afirmou que, no relatório médico, não se encontram conteúdos mínimos que permitiriam entender se o senhor Poblete Vilches e seus familiares receberam informação concreta para efetuar o consentimento informado nem que se cumpriram seus três elementos. A Comissão indicou que, nem no marco do procedimento realizado na primeira internação do senhor Poblete Vilches, nem no marco do tratamento após sua segunda internação, os profissionais médicos cumpriram suas obrigações em matéria de consentimento informado. Outrossim, assinalou que, dado que o Hospital Sótero del Río é um hospital público, o descumprimento resulta diretamente atribuível ao Estado chileno. Nesse sentido, a Comissão considerou que o Chile violou o direito de acesso à informação para a escolha de serviços de saúde, protegido pelo artigo 13, em relação com as obrigações no artigo 1.1, e os direitos à vida, integridade e saúde estabelecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção, em prejuízo do senhor Poblete Vilches e de seus familiares.

95. As *representantes* destacaram que o senhor Poblete Vilches se encontrava inconsciente no momento em que se decidiu sobre sua intervenção cirúrgica e, por isso, não estava em condições de consentir nenhum tipo de procedimento. Ademais, seus familiares, que conheciam os antecedentes de diabetes que padecia o paciente, expressaram que não autorizavam nenhuma intervenção. Nesse sentido, as representantes indicaram que o comprovante que se encontra no histórico clínico para autorizar o procedimento foi falsificado. Por outro lado, indicaram que não existe registro algum que indique que a suposta vítima ou seus familiares tenham recebido informação completa do estado de saúde do senhor Poblete Vilches; a natureza do diagnóstico, nem uma descrição detalhada da natureza, riscos, consequências e tratamentos alternativos do procedimento. Agregaram que, no momento dos fatos o Estado contava com normativas internas relevantes sobre consentimento informado.[123] Portanto, as representantes concluíram que o Estado violou o direito à informação em matéria de saúde previsto no artigo 13.1 em conexão com os artigos 4.1, 5.1 e 26 e com as obrigações que surgem do artigo 1.1 da Convenção Americana, ao não garantir a Vinicio Poblete nem a seus familiares diretos o direito a fornecer seu consentimento informado antes da realização de uma intervenção médica. Por

[123] Tais como: o Código de Ética do Colégio de Médicos do Chile; o Decreto Supremo Núm. 42, revogado em 2005, e a "Carta de Direitos ao Paciente", elaborada pelo Mérito Nacional de Saúde em parceria com o Ministério da Saúde. Estes instrumentos incluíam a obrigação dos médicos de contar com o consentimento expresso de parte dos pacientes ou seus familiares, o que tornava inescusável a omissão dos médicos no presente caso.

último, as representantes concluíram que a falta de consentimento antes de submeter a suposta vítima a uma intervenção cirúrgica resultou também em violação aos direitos à autonomia pessoal e a decidir livremente, previstos nos artigos 11 e 7 da Convenção, em prejuízo do senhor Poblete Vilches e de seus familiares.

96. Em relação ao reconhecimento parcial de responsabilidade, as representantes assinalaram em suas alegações finais escritas que o Estado apenas reconheceu a violação dos artigos 7 e 11 relativos ao senhor Vinicio Poblete e não de seus familiares. Sobre o particular, as representantes argumentaram que: i) a titularidade tanto do direito à autonomia e privacidade assegurados no artigo 11, como o direito a tomar decisões livres que surge do artigo 7 da Convenção, não podem estar sujeitos à existência ou não de um ato formal de vontade do paciente; ii) quando o paciente não está em condições de prestar seu consentimento informado, os familiares têm o direito próprio de fazê-lo, dado que o direito a tomar decisões livres se torna operativo para os familiares quando o paciente não pode exerce-lo; iii) o direito dos familiares a tomar decisões livres é uma derivação lógica do direito a obter informação em matéria de saúde; iv) o artigo 11 contém uma cláusula geral de proteção da dignidade que também possuem os familiares dos pacientes e esta se viu afetada, toda vez que lhes foi negado o direito de obter informação em matéria de saúde e, com isso, a possibilidade de exercer o direito a tomar decisões livres em relação à saúde do senhor Poblete Vilches, e v) o artigo 11 reconhece o direito à privacidade, estabelecendo a inviolabilidade da vida privada e familiar, que resultou irremediavelmente danificada pela negativa do Estado de fornecer informação em matéria de saúde que permitisse tomar a melhor decisão livremente para a proteção da vida familiar. Por outro lado, as representantes solicitaram à Corte considerar um segundo momento onde se devia requerer o consentimento dos familiares e não se tomou essa providência, correspondente ao fato de que se foi fornecido atendimento intermediário ao senhor Poblete Vilches pela falta de leitos, em vez da assistência requerida, que era na UCI Médica com um respirador mecânico.

97. O *Estado* reconheceu a violação do artigo 13 da Convenção, direito de acesso à informação em matéria de saúde, em conexão com os artigos 4 e 5, e em relação com as obrigações dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, em prejuízo do senhor Poblete Vilches e seus familiares. Outrossim, o Estado aceitou sua responsabilidade pela violação dos artigos 11 e 7 em prejuízo do senhor Poblete Vilches, mas não pela suposta violação a seus familiares. Ademais, o Estado destacou os antecedentes normativos em matéria de consentimento informado, entre estes: o Decreto Supremo Núm. 42; o documento denominado "Normas e Documentos de Ética Médica", elaborado pelo Colégio de Médicos; a "Carta de Direitos ao Paciente", do Fundo Nacional de Saúde e do Ministério de Saúde, e os avanços normativos recentes, como a Lei N. 20.584, que regula os direitos e deveres das pessoas em relação com ações vinculadas a seu atendimento de saúde, e o Decreto Núm. 31, que aprova o Regulamento sobre entrega de informação e expressão de consentimento informado nos atendimentos de saúde. Em suas alegações finais, o Estado mencionou a implementação da Lei 19.966

de 2004, que inclui a regra do consentimento informado, bem como a Lei 20.584 de 2012, que regula os direitos e deveres das pessoas em relação a ações vinculadas a seu atendimento em saúde, incluindo o direito ao consentimento informado e à informação em saúde.

98. Por outra parte, considerou que a violação dos direitos consagrados nos artigos 11 e 7 não são aplicáveis aos familiares "devido a que estes direitos são parte da esfera individual de cada pessoa, sem que possam ser transmissíveis a outras, nem que exista de maneira fidedigna e convincente o desejo do paciente para proteger de forma adequada seus direitos, ao não estar em condições de exercê-los por si mesmo, mais ainda em decisões tão pessoais como as que podem afetar sua vida". Agregou que "transferir esta autonomia pessoal aos familiares é inaceitável, dado que não se contam com antecedentes da existência de um julgamento substitutivo ou por sub-rogação, ou a assinatura de uma diretriz antecipada ou existência de comprovante no qual o paciente expresse sua vontade de submeter-se às decisões de seus familiares". Ademais, o Estado indicou que, em relação a esta violação aos familiares neste caso, opera uma figura diferente ao caso de *I.V. Vs. Bolívia*, já que o que opera é uma figura que, em certas legislações, é denominada consentimento informado por representação ou substituição. Nesse sentido, o Estado argumentou que a participação dos familiares no processo de comunicação se limita unicamente a servir de testemunho do que poderia constituir a vontade do paciente, prévio a seu estado de inconsciência.

A. Considerações da Corte

99. Em vista das controvérsias apresentadas em relação ao tratamento fornecido por instituições públicas que teriam derivado na morte do senhor Poblete Vilches, a seguir corresponde à Corte pronunciar-se particularmente em relação ao alcance e componentes do direito à saúde nos seguintes pontos gerais: 1) o direito à saúde protegido pela Convenção; 2) os direitos à vida e à integridade, e 3) o consentimento informado e acesso à informação em matéria de saúde. Para efeitos do presente caso, a Corte estima desnecessário referir-se adicionalmente ao direito à previdência social aludido pelas representantes (*supra* pár.86).

1. O DIREITO À SAÚDE

1.1 O direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção

100. Na sentença do caso *Lagos del Campo Vs. Peru*, a Corte desenvolveu e concretizou pela primeira vez uma condenação específica em forma autônoma do artigo 26 da Convenção Americana,[124] disposto no Capítulo III, intitulado Direitos

[124] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017.Série C No. 340, pár.142 e 145.

Econômicos, Sociais e Culturais deste tratado. Assim, este Tribunal reiterou[125] sua competência para conhecer e resolver controvérsias relativas ao artigo 26 da Convenção Americana, como parte integrante dos direitos nela listados, em relação aos quais o artigo 1.1 confere obrigações gerais de respeito e garantia aos Estados.[126] Outrossim, a Corte reiterou a interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, pois devem ser entendidos integralmente e de forma única como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos diante das autoridades competentes.[127]

101. Outrossim, no caso *Acevedo Buendía Vs. Peru*, a Corte se pronunciou sobre os trabalhos preparatórios da Convenção relativos ao artigo 26, destacando inclusive a intervenção do Estado chileno, nessa ocasião, na tutela dos direitos protegidos por essa norma.[128]

---

[125] *Cfr.Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009 Série C No 198, pár.16, 17 e 100, e Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra, par. 154.*

[126] *Cfr. Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra, párs.142 e 154. Pár.142. "Nesse sentido, o Tribunal afirmou que os termos amplos nos quais está redigida a Convenção indicam que a Corte exerce uma jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições. Igualmente, resulta pertinente notar que, se bem o artigo 26 se encontra no capítulo III da Convenção, intitulado 'Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, situa-se também na Parte I do referido instrumento, intitulado 'Deveres dos Estados e Direitos Protegidos' e, portanto, está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 assinalados no capítulo I (intitulado 'Enumeração de Deveres'), bem como estão os artigos 3 a 25 assinalados no capítulo II (intitulado 'Direitos Civis e Políticos')".Cfr. Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru, supra, pár.100, e ONU.Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral No 13:O direito à educação (artigo 13 do Pacto), U.N Doc.E/C.12/1999/10,8 de dezembro de 1999, pár.50.*

[127] *Cfr. Caso Lagos del Campo Vs.Peru, supra*, pár.141; *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru, supra*, pár.101. Ver também *Caso Suárez Peralta Vs. Equador.* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C No. 261, pár. 131; *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298, pár.172; *Opinião Consultiva* OC-23/17 de 15 de novembro de 2017. Série A No. 23, párs.47, 51, 52 e 54, 57. No mesmo sentido: *Cfr.* ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No 9: "A aplicação interna do Pacto*", U.N.Doc.E/C.12/1998/24, 3 de dezembro de 1998, pár.10. Ver também: TEDH, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentença de 9 de outubro de 1979, pár.26, e C*aso Sidabras e Dziautas Vs. Letônia*, Nos.55480/00 e 59330/00. Sentença de 27 de julho de 2004, pár.47. Ver também: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (arts.VI, VII, XI-XVI, XXI-XXIII); Declaração e Programa de Viena, assinado no marco da Conferência Mundial de Direitos Humanos celebrada pelas Nações Unidas em Viena, Áustria, de 14 a 25 de junho de 1993; Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em 27 de julho de 1981 durante a XVIII Assembleia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana; Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de DESC, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 2008; Diretrizes de Maastricht sobre violações aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1997; Princípios de Limburgo de 1986, relativos à aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

[128] A saber: "Nesse sentido, o Tribunal lembra que o conteúdo do artigo 26 da Convenção foi objeto de um intenso debate nos trabalhos preparatórios, nascido do interesse dos Estados em consignar uma "menção direta" aos "direitos" econômicos, sociais e culturais; 'uma disposição que estabeleça certa obrigatoriedade jurídica em seu cumprimento e aplicação'; bem como 'os respectivos mecanismos para sua promoção e proteção', já que o Anteprojeto de tratado elaborado pela Comissão Interamericana fazia referência a aqueles em dois artigos que, segundo alguns Estados, apensa 'agrupavam em um texto meramente declarativo, conclusões estabelecidas na Conferência de Buenos Aires'. A revisão desses trabalhos preparatórios da Convenção demonstra que as principais observações sobre a base das quais ela foi aprovada enfatizaram especialmente 'dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares a grande maioria dos Estados Americanos'. Assim, como parte do debate nos trabalhos preparatórios, também se propôs 'tornar possível a execução desses direitos

102. Nesse sentido, a Corte ressalta o Preâmbulo da Convenção Americana, que estabeleceu claramente a interdependência e proteção de tais direitos econômicos e sociais na Convenção Americana, ao dispor que:

> Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,
>
> Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a *cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos, e*
>
> Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) *aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria*
>
> Convieram no seguinte:[129]

---

mediante a ação dos tribunais'". *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru, supra*, pár.99.

*Cfr.*OEA, *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Atas e documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2 (B-32), celebrada de 7 a 22 de novembro de 1969 em Washington, DC. O projeto inicial continha artigos relevantes em relação aos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, inter alia: Artigo 25: "Os Estados Partes manifestam, ademais, seu propósito de consagrar e, sendo o caso, de manter e aperfeiçoar, dentro de suas legislações internas, as prescrições que forem mais adequadas". "Igualmente, em seu artigo 26 determinava:" Os Estados Partes informarão periodicamente a Comissão de Direitos Humanos as medidas que tivessem adotado para os fins assinalados no artigo anterior. A Comissão formulará as recomendações que forem adequadas".

Sobre o particular, resulta interessante, destacar as observações formuladas por parte do Estado do Chile ao projeto de Convenção sobre Direitos Humanos (Documento 7, de 26 de setembro de 1969, pár. 14). O mesmo observava que "as disposições que restaram no projeto em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais são as que merecem maiores reparos de forma e mérito. Elas são os artigos 25, 26 e 41. Eliminou-se toda menção direta aos referidos direitos; indiretamente, no artigo 25, parágrafo 1, consta um reconhecimento insuficiente da 'necessidade de que os Estados Partes dediquem seus máximos esforços para que sejam adotados em direito interno e, sendo o caso, garantido aos demais direitos consignados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e que não tiverem sido incluídos nos artigos precedentes. Em todo caso, deveria consignar-se em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais uma disposição que estabeleça certa obrigatoriedade jurídica (até onde a natureza desses direitos permitir) em seu cumprimento e aplicação. Para isso, seria necessário contemplar uma cláusula semelhante a do artigo 2, parágrafo 1, do Pacto das Nações Unidas sobre a matéria".

[129] O sublinhado é agregado. Em relação às modificações da Carta da OEA.Ver também: *OEA, Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948. "Reformada pelo Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos 'Protocolo de Buenos Aires', assinado em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, pelo Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos 'Protocolo de Cartagena de Índias', aprovado em 5 de dezembro de 1985, no décimo - quarto período extraordinário de sessões da Assembleia Geral, pelo Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos 'Protocolo de Washington', aprovado em 14 de dezembro de 1992, no décimo - sexto período extraordinário de sessões da Assembleia Geral, e pelo Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos 'Protocolo de Managua', adotado em 10 de junho de 1993, no décimo - novo período extraordinário de sessões da Assembleia Geral"*, OEA Nº 1-C e 61.Disponível em:http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A- 41_carta_OEA.asp

103. Assim, resta claro interpretar que a Convenção Americana incorporou em seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA),[130] por meio de uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação dispostas no próprio artigo 29 da Convenção;[131] particularmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e inclusive os reconhecidos em matéria interna (*infra* pár.108).Outrossim, de acordo com uma interpretação[132] sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao *corpus iuris* internacional e nacional na matéria para dar conteúdo específico ao alcance dos direitos tutelados pela Convenção[133] (*infra* pár.114), a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito.

104. Outrossim, este Tribunal destaca que, do conteúdo do artigo 26, depreendem-se dois tipos de obrigações. Por um lado, a adoção de medidas gerais de maneira progressiva e, por outro lado, a adoção de medidas de natureza imediata. Em relação às primeiras, referidas pelo Estado no presente caso, a realização progressiva significa que os Estados partes têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais célere e eficaz possível rumo à plena efetividade dos DESCA,[134] isso não deve interpretar-se no sentido que, durante seu período de implementação,

---

[130] Paulatinamente, no Sistema Interamericano este conceito vem se consolidando (DESCA).Em 2014, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou a decisão de criar uma "Relatoria Especial para os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais", que entrou em pleno funcionamento em agosto de 2017.Ver também: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 setembro 2017, pár.112, e "*Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal - interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)".Opinião Consultiva OC-23/17* de 15 de novembro de 2017.Série A No. 23, pár.57.

[131] *Cfr.* Nesse sentido, o artigo 29 da Convenção, em seus incisos b e d), estabelece que "nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecida de acordo com as leis de qualquer um dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção na qual seja parte um dos referidos Estados; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza".
É assim que, segundo o referido artigo 29, o direito à saúde reconhecido pela Constituição do Chile deve ser incorporado, para efeitos do presente caso, à interpretação e alcance do direito tutelado no artigo 26 da Convenção Americana.

[132] *Cfr. Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969*, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S.331. Entrada em vigor em 27 de janeiro de 1980. Ver também as regras gerais de interpretação estabelecidas nos *Princípios de Limburgo, relativos à aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, anteriores à Observação Geral No.3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a índole das obrigações dos Estados Partes em geral, que, em seu Princípio 4 estabelecem: "conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deveria interpretar-se de boa-fé, considerando o objetivo e propósito, o sentido ordinário, o trabalho preparatório e a prática pertinente".

[133] *Inter alia*, *Cfr. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A No. 16, pár.115; *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205, pár.32, 43 e 59; *Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, pár.83; e "*Outros Tratados". Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-1/82* de 24 de setembro de 1982. Série A No. 1, pár.41.

[134] *Cfr.* ONU, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No. 14: O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, pár.31.

as referidas obrigações se privem de conteúdo específico, o que tampouco implica que os Estados possam diferir indefinidamente a adoção de medidas para tornar efetivos os direitos em questão, máxime após quase quarenta anos da entrada em vigor do tratado interamericano. Outrossim, impõe-se, portanto, a obrigação de *não regressividade* diante da realização dos direitos alcançados.[135] Em relação às obrigações de natureza *imediata*, estas consistem em adotar medidas eficazes, a fim de garantir o acesso indiscriminado às prestações reconhecidas para cada direito. As medidas devem ser adequadas, deliberadas e concretas, objetivando a plena realização de tais direitos.[136] Em virtude do anteriormente citado, as obrigações convencionais de respeito e garantia, bem como de adoção de medidas de direito interno (artigos 1.1e 2), resultam fundamentais para alcançar sua efetividade.

105. Uma vez estabelecido o anterior, e sendo que esta Corte se pronunciará pela primeira ocasião em relação ao direito à saúde de forma autônoma, como parte integrante dos DESCA, o Tribunal procede a verificar a consolidação deste como direito justiciável à luz da Convenção, a partir dos seguintes pontos de análise.

a) Derivação à Carta da OEA

106. Em relação ao direito à saúde, protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana, a Corte observa que os termos dele indicam que se trata daquele direito que se deriva das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. O artigo 34.i e 34.l[137] da Carta estabelecem, entre os

---

[135] *Cfr. Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru, supra*, págs.102 e 103. Ver também: "Grupo de Trabalho para a Análise dos Relatórios Nacionais previstos no Protocolo de San Salvador". Inicialmente, o Grupo de Trabalho elaborou o Documento "Indicadores de progresso para medição de direitos contemplados no Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 dezembro 2011, realizado com base nas Normas e Diretrizes apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Elevado à consulta aos Estados e à sociedade civil e aprovado pela Assembleia Geral em seu XLII Período de Sessões Ordinárias celebrado em Cochabamba, Bolívia, em junho de 2012 (AG/RES. 2713 (XLII-O/12).2713 (XLII-O/12). Nessa ocasião, foram abordados os direitos à previdência social, à saúde e à educação (pág.13). Posteriormente, após um segundo agrupamento de direitos, o Grupo de Trabalho emitiu os "Indicadores de progresso para a medição de direitos contemplados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais "Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamento de direitos", OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, aprovados pela Assembleia Geral da OEA mediante a Resolução AG/RES.2823 (XLIV-O/14), na Segunda Sessão Plenária de 4 de junho de 2014. Finalmente, em 2015, o Grupo de Trabalho incorporou ambos os agrupamentos de direitos e foram publicados sob o título conjunto: "Indicadores de progresso para a medição de direitos contemplados no Protocolo de San Salvador", OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015). Nessa ocasião se abordaram os direitos ao trabalho e direitos sindicais, à alimentação adequada, ao meio ambiente saudável, e aos benefícios da cultura (pág.75).

[136] *Cfr.* ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No. 3*: *A índole das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto*), U.N. Doc.E/1991/23, 14 de dezembro de 1990, par. 9, e *Observação Geral No. 14: O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde, supra*, pár.30. Particularmente, nesta última, o Comitê destacou que "os Estados Partes têm obrigações imediatas pelo que respeita o direito à saúde, como a garantia de que esse direito será exercido sem nenhuma discriminação e a obrigação de adotar medidas objetivando a plena realização". No parágrafo 2, o Comitê assinalou que "no parágrafo 2 do artigo 12 se indicam, a título de exemplo, diversas "medidas que deverão adotar os Estados Partes a fim de assegurar a plena efetividade deste direito".

[137] Artigo 34 da Carta da OEA. Os Estados membros convêm que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de

objetivos básicos de desenvolvimento integral, o da "defesa do potencial humano mediante a extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica", bem como das condições que possibilitem uma vida saudável, produtiva e digna. Por sua parte, o artigo 45.h[138] destaca que "a pessoa só pode alcançar a plena realização de suas aspirações mediante a aplicação de princípios e mecanismos", entre eles o: "h) Desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social".

b) Declaração Americana

107. Outrossim, a Corte reiterou a integração da Declaração Americana na interpretação da Carta da OEA. Assim, desde sua Opinião Consultiva OC-10/89, a Corte assinalou que:

> Os Estados Membros entenderam que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta se refere, de forma que não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos sem integrar suas normas pertinentes com as correspondentes disposições da Declaração, como resulta da prática seguida pelos órgãos da OEA.[139]

108. Por sua parte, o artigo 29.d da Convenção Americana dispõe expressamente que: "nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: d) excluir ou limitar o efeito que podem produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza".

109. Nesse sentido, o artigo XI da Declaração Americana permite identificar o direito à saúde ao referir que toda pessoa tem direito "a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, moradia e cuidados médicos, correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade". Tal disposição resulta relevante para definir o alcance do artigo

---

seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los, convém, igualmente, dedicar seus máximos esforços à consecução das seguintes metas básicas: i) Defesa do potencial humano mediante a extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica e l) Condições que possibilitem uma vida saudável, produtiva e digna.

[138] Artigo 45 da Carta da OEA. Os Estados membros, convencidos de que o homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:
h) Desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social.

[139] *Cfr. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-10/89* de 14 de julho de 1989. Série A No. 10. Pár.43, e *Caso Lagos del Campo, supra*, pár.143.

26, dado que "a Declaração Americana, constitui, no que é pertinente e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais".[140]

110. Tendo em vista o anterior, a Corte considera que o direito à saúde é um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção. A seguir, este Tribunal procede a verificar o alcance e conteúdo deste direito para os efeitos do presente caso.

c) Legislação interna

111. O artigo 29.b da Convenção Americana dispõe expressamente que "nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer um dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção da qual faça parte um dos referidos Estados".

112. Sobre o particular, na Constituição chilena vigente ao momento dos fatos e na atualidade,[141] o artigo 19, inciso 9, dispõe "assegurar a todas as pessoas o direito à proteção da saúde, protegendo o livre e igualitário acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo". Outrossim, a regulação interna também desenvolve o alcance deste direito.[142]

113. Ademais, a Corte observa um amplo consenso regional na consolidação do direito à saúde, o qual se encontra reconhecido explicitamente em diversas constituições e leis internas dos Estados da região, entre elas: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.[143]

---

[140] *Cfr. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-10/89, supra*, págs.43 e 45.

[141] Junta de Governo da República do Chile. Constituição Política da República do Chile. Sancionada mediante Decreto Lei Núm. 3464 de 11 de agosto de 1980 e promulgada pelo Decreto Núm. 1150 de 21 de outubro de 1980.Artigo 19:A Constituição garante a todas as pessoas:
9º - O direito à proteção da saúde. O Estado protege o livre e igualitário acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo. Corresponderá, igualmente, a coordenação e controle das ações relacionadas com a saúde. É dever preferencial do Estado garantira execução das ações de saúde, seja que se prestem através de instituições públicas ou privadas, na forma e nas condições determinadas por lei, que poderá estabelecer orçamentos obrigatórios.
Cada pessoa terá o direito a escolher o sistema de saúde ao qual desejar acolher-se, seja este estatal ou privado […].

[142] *Cf. I*nter alia: Código de Ética do Colégio de Médicos do Chile, aprovado pelo H. Conselho Geral na Sessão nº 64, por meio do Convênio nº. 231 de 22 de novembro de 1983 e na Sessão nº 39, por meio do Convênio nº 154 de 7 de maio de 1985; Decreto Supremo nº 42, com vigência em 9 de fevereiro de 1986 e revogada em 21 de abril de 2005, e Carta de Direitos do Paciente, elaborada em 1999 pelo Fundo Nacional de Saúde (FONASA) em conjunto com o Ministério da Saúde (MINSAL).

[143] Entre as normas constitucionais dos Estados Partes da Convenção Americana, encontram-se: Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2.A); Bolívia (art. 35); Brasil (art. 196); Colômbia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Equador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts.93 e 94); Haiti (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicarágua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguai (art. 68); Peru (art. 70); República Dominicana (art. 61); Suriname (art. 36); Uruguai (art. 44), e Venezuela (art. 83).

d) Corpus iuris *internacional sobre o direito à saúde*

114. Outrossim, o direito à saúde está consagrado por um vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: o artigo 25.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos;[144] o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[145] o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.[146] Ademais, o direito à saúde se reconhece no artigo 5, ponto e) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;[147] o artigo 12.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher;[148] o artigo 24.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança;[149] o artigo 28 da Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares,[150] e o artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

[144] Adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução 217 A (III), em 10 de dezembro de 1948, em Paris. Artigo 25:1. Toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure, assim como a sua família, a saúde e o bem-estar, e especialmente a alimentação, a indumentária, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários […].

[145] Adotado pela Assembleia Geral da ONU mediante a Resolução 2200A (XXI), de 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976.Ratificado pelo Chile em 10 de fevereiro de 1972.Em seu artigo 12, "Direito ao mais alto nível possível de saúde", estabelece a obrigação de adotar medidas para reduzir a mortinatalidade e a mortalidade infantil; assegurar o desenvolvimento saudável das crianças; melhorar a higiene do trabalho e do meio ambiente; prevenir e tratar doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais, bem como assegurar a assistência médica a todos.

[146] Adotado pela Assembleia Geral da OEA em 17 de novembro de 1988, em San Salvador. Entrada em vigor em 16 de novembro de 1999. Até o momento não foi ratificado pelo Estado do Chile. Artigo 10 Direito à Saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. Com o fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados partes se comprometem a reconhecer a saúde como um bem público e, particularmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a) o atendimento primário da saúde, entendido como a assistência sanitária essencial posta ao alcance de todos os indivíduos e familiares da comunidade; b) a extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição do Estado; c) a total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) a prevenção e o tratamento das doenças endômicas, profissionais e de outra índole; e) a educação da população sobre a prevenção e o tratamento dos problemas de saúde, e f) a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por suas condições de pobreza, sejam mais vulneráveis.

[147] Adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução 2106 A (XX), de 21 de dezembro de 1965. Entrada em vigor em sábado, 4 de janeiro de 1969. Entrada em vigor internacional para o Chile em 19 de novembro de 1971. Artigo 5. De acordo com as obrigações fundamentais estipuladas no artigo 2 da presente Convenção, os Estados partes se comprometem a proibir e eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de toda pessoa à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, cor e origem nacional ou étnica, particularmente no gozo dos seguintes direitos: e) Os direitos econômicos, sociais e culturais, em particular: iv) O direito à saúde pública, a assistência médica, a previdência social e os serviços sociais.

[148] Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979. Entrada em vigor em 3 de setembro de 1981. Artigo 121. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher no âmbito do atendimento médico a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços de atendimento médico, inclusive os que se referem ao planejamento familiar.

[149] Adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução 44/25, de 20 de novembro de 1989. Entrada em vigor em domingo, 2 de setembro de 1990. Ratificado pelo Chile em 14 de agosto de 1990. Artigo 241. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao gozo do mais alto nível possível de saúde e aos serviços para o tratamento das doenças e a reabilitação da saúde. Os Estados Partes se esforçarão para assegurar que nenhuma criança seja privada de seu direito ao gozo desses serviços sanitários.

[150] Adotada pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990. Ratificado pelo Chile em 12 de abril de 2005. Artigo 28. Os trabalhadores migrantes e seus familiares terão direito a receber qualquer tipo de atendimento médico urgente que resultar necessário para preservar sua vida ou para evitar danos irreparáveis a sua saúde em condições de igualdade de tratamento com os nacionais

Deficiência.[151] Este direito também se encontra registrado em vários instrumentos regionais de direitos humanos, como no artigo 17 da Carta Social das Américas;[152] o artigo 11 da Carta Social Europeia de 1961,[153] em sua forma revisada; o artigo 16 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,[154] e, recentemente, na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas[155] (cabe destacar que, sobre esta última, por motivos de temporalidade, não resulta exigível em relação aos fatos do caso em análise). Ademais, o direito à saúde foi reconhecido na seção II, ponto 41, da Declaração e Programa de Ação de Viena,[156] e em outros instrumentos e decisões internacionais.[157]

---

do Estado do qual se tratar. Esse atendimento médico de urgência não poderá negar-se por motivos de irregularidade no que diz respeito à permanência ou ao emprego.

151 Aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 2006. Entrada em vigor em sábado, 3 de maio de 2008. Ratificado pelo Chile em 25 de agosto de 2008. Artigo 25. Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do mais alto nível possível de saúde, sem discriminação por motivos de deficiência. Os Estados Partes adotarão as medidas pertinentes para assegurar o acesso das pessoas com deficiência a serviços de saúde que tenham em conta as questões de gênero, incluída a reabilitação relacionada com a saúde.

152 Aprovada na Segunda Sessão Plenária da Assembleia Geral da OEA, celebrada em 4 de junho de 2012. Em seu artigo 17, contempla a reafirmação dos Estados de que o gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem discriminação e seu reconhecimento de que a saúde é uma condição fundamental para a inclusão e coesão social, o desenvolvimento integral e o crescimento econômico com equidade. Por sua parte, em relação ao desenvolvimento integral, prevê no artigo 33, segundo parágrafo, a menção expressa ao campo da saúde.

153 Conselho da Europa (Estrasburgo). Aprovada em Turim em 18 de outubro de 1961. Artigo 11: Direito à proteção da saúde. Para garantir o exercício efetivo do direito à proteção da saúde, as partes contratantes se comprometem a adotar, diretamente ou em cooperação com organizações públicas ou privadas, medidas adequadas para, entre outros fins: 1) Eliminar, dentro do possível, as causas de uma saúde deficiente; 2) Estabelecer serviços educacionais e de consulta dirigidos à melhoria da saúde e a estimular o senso de responsabilidade individual no que se refere a ela e 3) Prevenir, dentro do possível, as doenças epidêmicas, endêmicas e outras.

154 Aprovada durante a XVIII Assembleia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana, reunida em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Artigo 161. Todo indivíduo terá direito a desfrutar do melhor estado físico e mental possível, e os Estados signatários da presente Carta tomarão as medidas necessárias para proteger a saúde de seu povo e assegurar-se de que recebem assistência médica quando estiverem doentes.

155 Adotada no Quinto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA em Washington, D.C., em 15 de junho de 2015. Entrada em vigor em 11 de janeiro de 2017. Ratificado pelo Chile em 7 de novembro de 2017. Artigo 19 Direito à saúde. A pessoa idosa tem direito à saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação. Os Estados Parte deverão projetar e implementar políticas públicas intersetoriais de saúde orientadas a uma atenção integral que inclua a promoção da saúde, a prevenção e ao atendimento da doença em todas as etapas, e a reabilitação e os cuidados paliativos da pessoa idosa a fim de propiciar o desfrute do mais alto nível de bem-estar, físico, mental e social. Em relação à presente análise, cabe destacar que, no citado dispositivo, não resulta exigível ao momento da ocorrência dos fatos do caso.

156 Conferência Mundial de Direitos Humanos, aprovada em 25 de junho de 1993, Viena. Ponto 41. A Conferência Mundial de Direitos Humanos reconhece a importância do gozo pela mulher do mais alto nível de saúde física e mental durante toda sua vida. No contexto da Conferência Mundial sobre a Mulher e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como da Proclamação de Teerã de 1968, a Conferência reafirma, sobre a base da igualdade entre homens e mulheres, o direito da mulher a ter acesso a um atendimento de saúde adequado e a mais ampla gama de serviços de planejamento familiar, bem como à igualdade de acesso à educação em todos os níveis.

157 Resulta relevante para a análise do direito à saúde, a *Observação Geral No. 14:"O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde"*, do Comitê DESC, que será abordada *infra*. Reviste também utilidade as Observações do Comitê dos Direitos da Criança, em particular a *Observação Geral No. 3: "O HIV/AIDS e os direitos da criança"*, CRC/GC/2003/3 (2003), bem como a *Observação Geral No. 4: "A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança"*, CRC/GC/2003/4 (2003). Igualmente, a Recomendação Geral No. 24 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, "Artigo

115. Por sua parte, o Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (doravante Comitê DESC) pronunciou-se sobre os deveres do Estado em matéria de saúde, principalmente em sua Observação Geral N° 14 sobre o direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde.[158] Outrossim, pronunciou-se sobre componentes do direito à saúde em sucessivas Observações Gerais Números: 3,[159] 4,[160] 5,[161] 6,[162] 15,[163] 16,[164] 18,[165] 19[166] e 20.[167] Na região americana, o Grupo de Trabalho da OEA para a análise dos Relatórios Anuais sobre Indicadores de Progresso, também se referiu à análise do direito à saúde.[168]

116. Considerando o anteriormente citado, a Corte entende que, da consolidação do direito à saúde se derivam diversos padrões aplicáveis ao presente caso, relativos a prestações básicas e específicas de saúde, particularmente diante de situações de urgência ou emergência médica.

117. Para isso, a seguir, a Corte analisará os padrões relacionados ao direito à saúde em situações de urgências médicas (párs.118 a 124), bem como em relação às pessoas idosas (pars. 125 e 132), para depois realizar as valorações correspondentes aplicáveis ao presente caso (pars.133 a 143).

---

12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher –A mulher e a saúde" de 2 de fevereiro de 1999, A/54/38/Rev.1, e os Relatórios de Relatores Especiais da Comissão de Direitos Humanos sobre o Direito à Saúde. ONU. Comissão de Direitos Humanos, *"A não Discriminação na esfera da Saúde"*, Resolução 1989/11. Aprovada na 46ª Sessão de 2 de março de 1989.

158 *Cfr.* ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC), Observação Geral (OG) No. 14:"*O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde*", E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

159 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-No. 3: "A *índole das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do art. 2 do Pacto)*", E/1991/23, 14 de dezembro de 1990, párs.3 e 10.

160 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-No. 4: "*O direito a uma moradia adequada*", E/1992/23, 13 de dezembro de 1991, pár.8.

161 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-5: "*As pessoas com deficiência*", E/C.12/1994/13, 1994, pár.34.

162 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-6: "*Os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas idosas*", E/1996/22, 8 de dezembro de 2015, párs.5 e 34.

163 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-15: "*O direito à água*", E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, párs.3 e 8.

164 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-16: "*A igualdade de direitos do homem e da mulher ao gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 3 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*", E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, pár.29.

165 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-18: "*O direito ao trabalho (artigo 6 do Pacto)*", E/C.12/GC/18, 6 de fevereiro de 2006, pár.12.

166 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-19: "*O direito à previdência social*", E/C.12/GC/19, 4 de fevereiro de 2008, párs.13 e 14.

167 *Cfr.* ONU. Comitê DESC, OG-20. "*A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais*", E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009, par. 33.

168 *Cfr.* OEA. Grupo de Trabalho para a Análise dos Relatórios Nacionais previstos no Protocolo de San Salvador, "*Indicadores de progresso para medição de direitos contemplados no Protocolo de San Salvador*", OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 dezembro 2011. "*Indicadores de progresso para a medição de direitos contemplados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais "Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamento de direitos*", OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, e "*Indicadores de progresso para a medição de direitos contemplados no Protocolo de San Salvador*", OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015), págs.43 a 53. Ver supra, nota 133. Este instrumento proporciona evidências para avaliar se os programas e a ação estatal estão alinhados a padrões de direitos humanos.

1.1.1. Padrões sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência médica

118. A Corte estima que a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito a desfrutar do mais alto nível possível de saúde que lhe permita viver dignamente,[169] entendida a saúde,[170] não apenas como a ausência de afecções ou doenças, mas também a um estado completo de bem-estar físico, mental e social, derivado de um estilo de vida que permita alcançar um equilíbrio integral. O Tribunal precisou que a obrigação geral se traduz no dever estatal de assegurar o acesso das pessoas a serviços essenciais de saúde,[171] garantindo uma prestação médica de qualidade e eficaz, bem como de promover a melhoria das condições de saúde da população.

119. Em primeiro lugar, a operatividade da referida obrigação começa com o dever de regulação, pelo que a Corte indicou que os Estados são responsáveis por regular, em caráter permanente, a prestação de serviços (tanto públicos como privados) e a execução de programas nacionais relativos à obtenção de uma prestação de serviços de qualidade.[172]

120. Em segundo lugar, considerando a Observação Geral No. 14 do Comitê DESC,[173] este Tribunal se referiu a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados, que devem ser satisfeitos em matéria de saúde. A saber: *disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade*.[174]

---

[169] *Cfr.* ONU, Comitê DESC, *OG-14, supra*, pár.1.

[170] *Cfr. inter alia*, Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Adotada pela Conferência Sanitária Internacional, celebrada em Nova Iorque de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (Off.Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), e entrou em vigor em 7 de abril de 1948. As reformas adotadas pela 26ª, a 29ª, a 39ª e a 51ª Assembleias Mundiais da Saúde (resoluções WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 e WHA51.23), que entraram em vigor em 3 de fevereiro de 1977, em 20 de janeiro de 1984, em 11 de julho de 1994 e em 15 de setembro de 2005, respectivamente, foram incorporadas sucessivamente a seu texto.

[171] *Cfr. Mutatis mutandi, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149, pár.128.

[172] *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.134, e *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, pár.99.

[173] ONU, Comitê DESC, OG-14, *supra*, pár.12. A este respeito, o referido Comitê assinalou que o direito à saúde em todas suas formas e em todos os níveis inclui os seguintes elementos essenciais e inter-relacionados, cuja aplicação dependerá das condições prevalecentes em um determinado Estado Parte:
a) Disponibilidade. Cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atendimento de saúde, bem como de programas. Esses serviços incluirão os fatores determinantes básicos de saúde, como água limpa potável e condições sanitárias, hospitais, clínicas e demais estabelecimentos relacionados com a saúde, pessoal médico e profissional capacitado.
b) Acessibilidade. Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado Parte;
c) Aceitabilidade. Todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser respeitosos da ética médica e culturalmente apropriados, e deverão estar concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas;
d) Qualidade. Ademais de aceitáveis do ponto de vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser também apropriados do ponto de vista científico e médico e ser de boa qualidade. Isso requer, entre outras coisas, pessoal médico capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas.

[174] *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.152, e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, pár.235.

121. Em vista disso, esta Corte estima que, aos efeitos das prestações médicas de urgência, os Estados devem garantir, pelo menos, os seguintes padrões:

a) Em relação à *qualidade*, deve-se contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isto inclui qualquer tipo de ferramenta ou suporte vital, bem como também dispor de recurso humano qualificado para responder diante de urgências médicas.

b) Em relação à *acessibilidade*,[175] os estabelecimentos, bens e serviços de emergências de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas. A acessibilidade entendida desde as dimensões superpostas de não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação. Fornecendo, desta forma, um sistema de saúde inclusivo, baseado nos direitos humanos.[176]

c) Em relação à *disponibilidade*, deve-se contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, bem como de programas integrais de saúde. A coordenação entre estabelecimentos do sistema resulta relevante para cobrir de forma integrada as necessidades básicas da população.

d) Em relação à *aceitabilidade*, os estabelecimentos e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e os critérios culturalmente apropriados. Ademais, deverão incluir uma perspectiva de gênero, bem como das condições do ciclo de vida do paciente. O paciente deve ser informado sobre seu diagnóstico e tratamento, e, diante disso, respeitar sua vontade (*infra* págs.161, 162 e 166).

122. Em terceiro lugar, e como condição transversal da acessibilidade,[177] a Corte lembra que o Estado está obrigado a garantir um tratamento igualitário a todas as pessoas que acessarem os serviços de saúde, pelo que, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana não são permitidos tratamentos discriminatórios,[178] "por motivos de raça, cor, sexo (...) posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".[179] A esse respeito, os critérios específicos em virtude dos quais está

---

[175] A Corte assinalou que os Estados têm o dever de assegurar o acesso das pessoas a serviços básicos de saúde. *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, pár.128.

[176] Sobre o particular, a perita Alicia Ely Yamin destacou no documento complementar de seu Depoimento pericial que um enfoque de direitos humanos nas políticas de saúde exige que o sistema de saúde garanta acesso equitativo e disponibilidade de serviços aceitáveis, em conjunto com um atendimento de qualidade (processo de mérito, f.754).

[177] Ver: ONU. Comitê DESC, *Observação Geral No. 14, supra*, pár.12. Sobre o particular, fica nela expresso que a acessibilidade apresenta quatro dimensões superpostas, uma delas é a não discriminação, que consiste em que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis, de fato e de direito, aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer um dos motivos proibidos.

[178] *Cfr.* Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, *supra*, Preâmbulo e artigo 5. Ver também o Preâmbulo da Constituição da OMS, *supra*, pár.3, que estabelece que o gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social.

[179] *Cfr. Inter alia: Caso Veliz Franco e Outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014.Série C No. 277, pár.204; *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, pár.288; *Caso Velásquez Paiz e Outros Vs. Guatemala, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C No. 307, pár.173 e 174; *Caso Duque Vs. Colômbia, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C No. 310, pár.90, *Caso Flor Freire Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2016.

proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma lista taxativa ou limitativa, mas meramente enunciativa. Pelo contrário, a redação do referido artigo deixa abertos os critérios com a inclusão do termo "outra condição social" para incorporar assim outras categorias que não tivessem sido explicitamente indicadas".[180] Assim, a Corte assinalou que a idade também é uma categoria protegida por esta norma.[181] Nesse sentido, a proibição por discriminação relacionada com a idade quando se trata das pessoas idosas, encontra-se tutelada pela Convenção Americana. Isto comporta, entre outras coisas, a aplicação de políticas inclusivas para a totalidade da população e um fácil acesso aos serviços públicos.[182]

123. A este respeito, a Corte reitera que o direito à igualdade e não discriminação engloba duas concepções: uma negativa, relacionada com a proibição de diferenças de tratamento arbitrárias, e uma positiva, relacionada com a obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real frente a grupos que foram historicamente excluídos ou que se encontram em maior risco de serem discriminados.[183] Nesse sentido, a adoção de medidas positivas se acentua em relação à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade ou em situação de risco, que devem ter garantia de acesso aos serviços médicos de saúde em via de igualdade.

124. Em quarto lugar, a Corte afirmou no caso *Suárez Peralta* que o Estado deve prever mecanismos de supervisão e fiscalização estatal das instituições de saúde, tanto públicas como privadas.[184] Nesse sentido, a Corte assinalou que, quando se trata de competências essenciais relacionadas com a supervisão e fiscalização da prestação de serviços de interesse público, como saúde, a atribuição de responsabilidade pode surgir pela omissão no cumprimento do dever de supervisionar a prestação do serviço para proteger o bem respectivo.[185] A Corte afirmou que "um eventual atendimento médico em instituições sem a devida habilitação, sem estarem aptas em sua infraestrutura ou em sua higiene para fornecer atendimento médico, ou por profissionais que não contem com a devida qualificação para tais atividades, poderia implicar uma incidência transcendental nos direitos à vida ou à integridade do paciente".[186] Dessa forma, a referida obrigação de supervisão e fiscalização deve

---

Série C No. 315, par.111 e 112; *Caso Trabalhadores da Fazenda Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318, par. 335, *Caso I.V. Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de, 30 de novembro de 2016. Série C No. 329, pár.240, e Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017. Série A No. 24, par. 67.

180 *Cfr. Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile, supra*, par. 85.

181 *Cfr. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Opinião Consultiva OC-18/03* de 17 de setembro de 2003. Série A No. 18, pár.101, e Comitê DESC. *Observação Geral No. 20, supra, párs.27 e 29*. Por sua parte, o Comitê DESC enquadrou esta categoria também dentro da enunciação "outra condição social".

182 *Cfr. Mutatis mutandi, Caso Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125, pár.164; *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 233.

183 *Cfr. Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, supra*, pár.267.

184 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, par.149, e *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, pár.141.

185 *Cfr. Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171, par.119.

186 *Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.149.

ser atualizada de forma constante, particularmente quando se tratar de serviços de urgência médica.[187]

1.1.2. Em relação às pessoas idosas[188] em matéria de saúde

125. A Corte destaca a oportunidade de pronunciar-se pela primeira ocasião de maneira específica sobre os direitos das pessoas idosas em matéria de saúde.[189]

126. Este Tribunal verifica o importante desenvolvimento e consolidação de padrões internacionais nesta matéria. Assim, o artigo 17 do Protocolo de San Salvador, contempla o direito à saúde das pessoas idosas;[190] o Protocolo da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos relativo aos Direitos das Pessoas Idosas na África,[191] e a Carta Social Europeia.[192] Particular atenção merece a recente adoção da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas,[193] que reconhece que a pessoa idosa tem direito a sua saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação, entre outras.[194] Outrossim, observa, ademais, desenvolvimentos na matéria, tais como: os Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas,[195]

---

[187] *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.152.

[188] Mesmo que o senhor Poblete Vilches tivesse 76 anos no momento dos fatos, de maneira ilustrativa, menciona-se a definição "pessoa idosa", contida no artigo 2 da Convenção Interamericana, *supra*: "Artigo 2. Definições. Aos efeitos da presente Convenção, entende-se por "Pessoa idosa": Aquela de 60 anos ou mais, salvo que a lei interna determine uma idade base menor ou maior, sempre que esta não supere os 65 anos. Este conceito inclui, entre outros, o de pessoa idosa".

[189] Cabe destacar que no *Caso Comunidade Indígena Yake Axa Vs. Paraguai*, a sentença aludiu superficialmente à "que as pessoas de idade avançada devem ter protegida sua saúde em caso de doenças crônicas e em fase terminal". Por sua parte, no caso *García Luceroe Outras Vs. Chile*, a Corte reconheceu, no campo das reparações, a situação de vulnerabilidade da vítima por sua condição de idoso. *Cfr. Caso Comunidade Indígena Yake Axa Vs. Paraguai, supra*, pár.175, e *Caso García Lucero e outras Vs. Chile. Exceção Preliminar, Mérito e Reparações*. Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C No. 267, pár.231.

[190] OEA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador". Adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 em San Salvador. Entrada em vigor em 16 de novembro de 1999. Até o momento, não foi ratificado pelo Estado do Chile. Artigo 17. Toda pessoa tem direito a proteção especial durante a velhice. Nesse sentido, os Estados partes se comprometem a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de levar este direito à prática e, em particular a: a) Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios; b) Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos; c) Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

[191] Adotado na 26ª Sessão Ordinária da Assembleia da União Africana, celebrada em Addis Abeba, Etiopia, em 31 de junho de 2016. Em seu artigo 15.1 dispõe a obrigação dos Estados africanos de "garantir os direitos das pessoas idosas a aceder a serviços de saúde que satisfaçam suas necessidades específicas".

[192] Conselho da Europa (Estrasburgo). *Carta Social Europeia, supra*. Em seu artigo 23, dispõe o direito das pessoas de idade avançada à proteção social e estabelece o compromisso dos Estados Partes de adotar ou promover medidas apropriadas orientadas a garantir o exercício efetivo deste direito.

[193] OEA. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, supra*. Ratificado pelo Chile em, 7 de novembro de 2017. *supra*.

[194] Artigo 19. Direito à saúde. A pessoa idosa tem direito à saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação.

[195] ONU. Assembleia Geral, *Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas de Idade*. Aprovados mediante Resolução 46/91 de 16 de dezembro de 1991.

o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento,[196] a Proclamação sobre o Envelhecimento,[197] a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento,[198] assim como outros de caráter regional, tais como: a Estratégia Regional de Implementação para América Latina e o Caribe,[199] a Declaração de Brasília,[200] o Plano de Ação da Organização Pan-americana da Saúde sobre a Saúde das Pessoas Idosas, incluído o Envelhecimento Ativo e Saudável,[201] a Declaração de Compromisso de Port of Spain,[202] a Carta de San José sobre os Direitos das Pessoas Idosas da América Latina e Caribe.[203]

127. Tais instrumentos internacionais reconhecem um catálogo mínimo de direitos humanos,[204] cujo respeito é imprescindível para o mais alto desenvolvimento da pessoa idosa em todos os aspectos de sua vida e nas melhores condições possíveis, destacando especialmente o direito à saúde. Outrossim, as pessoas idosas têm o direito a uma proteção reforçada e, portanto, exige a adoção de medidas diferenciadas.[205] Em relação ao direito à saúde, seja na esfera privada ou na pública, o Estado tem o dever de assegurar todas as medidas necessárias a seu alcance, a fim de garantir o maior nível de saúde possível, sem discriminação. Depreende-se também um avanço nos padrões internacionais em matéria de direitos das pessoas idosas,[206] ao entender

---

[196] Adotado na "Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento", em 6 de agosto de 1982, e aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas mediante Resolução 37/51.

[197] ONU. Assembleia Geral, *Proclamação sobre o Envelhecimento*. Aprovados mediante Resolução 47/5 de 16 de outubro de 1992.

[198] ONU. Assembleia Geral, *Declaração Política e Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento*. Relatório da Segunda Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, A/CONF.197/9, 12 de abril de 2002.

[199] ONU. CEPAL, Estratégia Regional de Implementação para América Latina e Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento, LC/G.2228. Adotada na Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento, em 21 de novembro de 2003.

[200] ONU. CEPAL, *Declaração de Brasília.* Adotada na Segunda Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e Caribe, em 6 de dezembro de 2007, LC/G.2359/Rev.1.

[201] OMS. Organização Pan-americana da Saúde, Relatório Final do 49º Conselho Diretivo na 61ª Sessão do Comitê Regional, Res. CD49. R15, 2 de outubro de 2009.

[202] Adotada na Quinta Cúpula das Américas, celebrada em Port of Spain, Trinidad e Tobago, em 19 de abril de 2009, OEA/Ser.E CA-V/DEC.1/09.

[203] ONU. CEPAL, *Carta de San José sobre os Direitos das Pessoas Idosas da América Latina e Caribe*. Adotada na Terceira Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e Caribe, em 11 de maio de 2012, LC/G.2537.

[204] Alguns deles são o direito à saúde, à vida, a não discriminação baseada na idade, a um tratamento digno, a proibição de tratamento cruel ou degradante e o direito de acesso à informação pessoal.

[205] A comunidade internacional começou a destacar a situação das pessoas idosas no Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento e as seguintes declarações seguiram fomentando a conscientização internacional sobre as necessidades essenciais para o bem-estar das pessoas idosas, entre as medidas diferenciadas que se adotaram, destacam-se tanto no Sistema Universal como no Sistema Regional. Em relação ao Sistema Universal, são mencionadas as medidas particulares, como promover e proteger os direitos humanos e eliminar a discriminação, o abandono, o abuso e a violência contra as pessoas idosas; atividades de promoção da saúde e acesso universal das pessoas idosas aos serviços de saúde durante toda a vida como pilar do envelhecimento com saúde. Em relação ao Sistema Regional, são mencionadas medidas tais como: promoção de uma cobertura universal das pessoas idosas aos serviços de saúde, incorporando o envelhecimento como componente essencial das legislações e políticas nacionais de saúde; fomentar o acesso equitativo aos serviços de saúde integral, oportuna e de qualidade, de acordo com as políticas públicas de cada país, e fomentar o acesso aos medicamentos básicos de uso contínuo para as pessoas idosas; fortalecimento da prevenção e manejo de doenças crônicas e outros problemas de saúde das pessoas idosas.

[206] *Cfr.* OEA. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, supra*. Ratificado pelo Chile em 7 de novembro de 2017.

e reconhecer a velhice de maneira digna e, portanto, o tratamento frente a ela.[207] Assim, ressalta na região diversas agendas de maior inclusão do idoso nas políticas públicas,[208] por meio de programas de sensibilização e valorização do idoso na sociedade, a criação de planos nacionais para abordar o tema da velhice de maneira integral, assim como também suas necessidades, a promulgação de leis e a facilitação do acesso a sistemas de previdência social.

128. Por sua parte, a Observação Geral N° 6 do Comitê de DESC da ONU[209] ressalta o dever dos Estados Partes do Pacto (PIDESC) de ter presente que manter medidas de prevenção, mediante controles periódicos, adaptados às necessidades das mulheres e dos homens idosos, cumpre um papel decisivo; e também a reabilitação, conservando a funcionalidade das pessoas idosas, com a consequente redução de custos nos investimentos dedicados à assistência sanitária e aos serviços sociais.[210] A esse respeito, na Observação Geral Nº 14 do Comitê DESC se detalham as questões substantivas que se derivam da aplicação do direito à saúde e se tratam questões concretas relacionadas com as pessoas idosas, incluída "a prevenção, a cura e a reabilitação destinadas a manter a funcionalidade e a autonomia das pessoas idosas e a prestação de atendimentos e cuidados aos doentes crônicos e em fase terminal, evitando dores evitáveis e permitindo morrer com dignidade".[211] Outrossim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH) referiu-se também em relação à proteção dos direitos das pessoas idosas.[212]

129. Em relação à jurisprudência regional sobre o direito à saúde das pessoas idosas, as decisões de altas cortes de alguns Estados da região desenvolveram a tutela dos direitos das pessoas idosas em matéria interna,[213] destacando a necessidade de oferecer uma proteção especial para os idosos.

---

[207] Destaca-se a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, que padroniza garantias muito relevantes que nenhum outro instrumento internacional vinculante havia considerado anteriormente de forma explícita no caso das pessoas maiores, como a conjunção entre o direito à vida e à dignidade na velhice, ou o direito à independência e à autonomia.

[208] O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) forma parte da Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos e Ministérios das Relações Exteriores do MERCOSUL e Estados Associados. Em 2016, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) do MERCOSUR publicou um material intitulado: "Pessoas Idosas: rumo a uma agenda regional de direitos", no qual se pode apreciar os avanços dos países membros na consolidação dos direitos dos idosos na região. *Cfr.* IPPDH-MERCOSUR, "*Pessoas Idosas: rumo a uma agenda regional de direitos*", novembro de 2016, págs.55 a 156.

[209] *Cfr.* ONU. Comitê DESC, *Observação Geral No. 6, supra*.

[210] *Cfr.* ONU. Comitê DESC, *Observação Geral No. 6, supra*, pár.35.

[211] *Cfr.* ONU. Comitê DESC, *Observação Geral No. 14, supra*, pár.35.

[212] *Cfr.* TEDH, *Caso Sawoniuk Vs.Reino Unido*, No. 63716/00. Sentença de 20 de maio de 2001; *Caso Farbtuhs Vs. Letônia (Mérito e Satisfação Equitativa*), No. 4672/02. Sentença de 2 de dezembro de 2004, e *Caso Dodov Vs. Bulgária*, No. 59548/00. Sentença de 17 de janeiro de 2008, págs.80 e 81.

[213] A título exemplificativo: Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-149 de 1 de março de 2002: "A escassez de recursos nem é um argumento constitucionalmente admissível para negar o atendimento básico em saúde às pessoas em situação de fraqueza manifesta como os adultos idosos. Existe um dever de proteção especial do idoso"; Sentença T-056 de 12 de fevereiro de 2015: "Em relação ao direito à saúde das pessoas que fazem parte do grupo dos sujeitos de proteção especial constitucional é preciso considerar que, a partir de normas constitucionais se impõe maior zelo no cumprimento dos deveres de proteção e garantia por parte das autoridades e dos particulares no atendimento das doenças ou alterações de saúde que padecerem. Dentro de tais destinatários, encontram-se as pessoas da terceira idade dado que as pessoas da terceira idade têm direitos a uma proteção reforçada em saúde e as entidades prestadoras

130. Nesse sentido, esta Corte destaca como um fato inequívoco que a população está envelhecendo[214] de forma constante e considerável.[215] A mudança vertiginosa do panorama demográfico nos países da região[216] apresenta dificuldades e desafios, portanto este impacto nos direitos humanos torna necessário que os Estados se envolvam para dar resposta de maneira integral, a fim de que as pessoas idosas sejam reconhecidas como sujeitos de direitos especiais da prevenção e promoção de saúde. Para isso, resulta necessário também o envolvimento por parte da sociedade a fim de oferecer qualidade de vida às pessoas idosas. A esse respeito, o perito Dr. Javier Santos, precisou em audiência que:

> O adulto idoso é, em geral, um paciente vulnerável; é um paciente que necessitará não apenas de um médico, mas a sociedade para levá-lo adiante. Não se fala mais de expectativa de vida (...) se fala de anos de vida livre de doenças (...) por isso é que o idoso necessita do apoio de todo o Estado. Nós devemos envolver todos para termos a

---

de saúde estão obrigadas a prestar o atendimento médico necessário. Em efeito, a proteção reforçada se materializa com a garantia de uma prestação contínua, permanente e eficiente dos serviços de saúde requeridos pelo usuário, o que implica, sendo necessário, o fornecimento de medicamentos, insumos ou prestação de serviços excluídos do Plano Obrigatório de Saúde". Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sala Constitucional. Processo:15-016089- 0007-CO. Res.No:2015017512. Sentença de 6 de novembro de 2015; Processo: 15-001311-0007-CO. Res. No: 2015002392. Sentença de 20 de fevereiro de 2015, e Processo: 15-015890-0007-CO. Res. No: 2015018610. Sentença de 27 de novembro de 2015.
Cfr. Mutatis mutandi, Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-716/17. Nesta, ao resolver uma tutela sobre o mínimo vital de um idoso que foi retirado do programa de assistência 'Colômbia Maior', a Corte Constitucional ordenou verificar as condições reais de vulnerabilidade para determinar a violação da medida. Igualmente, em casos análogos se destacam: Sentença T- 010/17; Sentença T-025/16, e Sentença T-348/09, nas quais a Corte enfatizou que "'pela redução de suas capacidades físicas, a redução das expectativas de vida e a maior violação em suas condições de saúde, os adultos idosos constituem um dos grupos de proteção especial constitucional".
Cfr. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Sentenças: 329:1638. Sentença de 16 de maio de 2006. Por sua parte, no México, a Primeira Sala da Suprema Corte de Justiça da Nação, na sentença de recurso de amparo direto em revisão 1399/2013, determinou que "as pessoas idosas em virtude de sua vulnerabilidade merecem uma proteção especial, o que inclusive se vê robustecido pelo fato de que os instrumentos internacionais e os regimes jurídicos modernos vieram marcando uma linha para sua proteção, com o objetivo de procurar melhores condições no tecido social, o que pretende obter-se garantindo o direito a: iii) a não discriminação se tratando de emprego, acesso à moradia, cuidado da saúde e serviços sociais; iv) serviços de saúde" *Cfr.* Suprema Corte de Justiça da Nação (México), Tese 1ª.CXXXIV/2016, Décima Época, Livro 29, Volume II, abril de 2016.

[214] *Cfr.* ONU. Alto Comissionado da ONU para os Direitos Humanos, "*Padrões normativos no Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação com as pessoas idosas*", A/HRC/18/37, agosto de 2012, pár.9. Sobre o particular, o Relator Especial destaca que o problema mais importante proposto pelo envelhecimento mundial é o de garantir o exercício dos direitos humanos das pessoas idosas, para o que é imprescindível que se tomem medidas para erradicar sua discriminação e exclusão.

[215] *Cfr.* OMS, "*Social Development and Ageing: Crisis or Opportunity*". Painel especial sobre envelhecimento e desenvolvimento social dentro do Foro 2000 celebrado em Genebra, pág.4, e ONU. Comitê DESC, *OG- 6, supra*, pár.1.

[216] *Cfr.* ONU. Divisão de População, "*World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance Tables*", Working Paper, Nº 241.ESA/P/WP.241, 2015. Disponível em: http://esa.un.org/unpd/wpp/
Igualmente: ONU. CEPAL, "*Direitos das pessoas idosas: desafios para a interdependência e autonomia*", LC/CRE.4/3, 2017, págs.15 a 50.

> maior quantidade de anos de vida (de qualidade)[217](...) todos vamos envelhecer, se tivermos sorte (...). O que temos que fazer é formar gente e formar o meio, a sociedade para que tenhamos um lugar correto de tratamento.[218]

131. A Corte ressalta que, em muitas situações, apresenta-se uma particular vulnerabilidade das pessoas idosas diante do acesso à saúde. A esse respeito, destaca a existência de diversos fatores como as limitações físicas, de mobilidade, a condição econômica ou a gravidade da doença e possibilidades de recuperação. Outrossim, em determinadas situações, a referida vulnerabilidade se encontra incrementada em razão do desequilíbrio de poder que existe na relação médico - paciente,[219] pelo que resulta ser indispensável que se garanta ao paciente, de maneira clara e acessível, a informação necessária e o entendimento de seu diagnóstico ou situação particular, assim como das medidas ou tratamentos para enfrentar tal situação *(infra* pár.162).

132. Em vista do anterior, a Corte destaca a importância de visibilizar as pessoas idosas como sujeitos de direitos com proteção especial e, portanto, de cuidado integral, com o respeito de sua autonomia e independência.[220] O Tribunal afirmou que, pelo menos, estes "devem ter sua saúde protegida em caso de doenças crônicas e em fase terminal".[221] Portanto, esta Corte considera que, em relação às pessoas idosas, como grupo em situação de vulnerabilidade, existe uma obrigação reforçada de respeito e garantia de seu direito à saúde.[222] O anterior se traduz na obrigação de oferecer as prestações de saúde que sejam necessárias de maneira eficiente e contínua. Em consequência, o descumprimento da referida obrigação surge quando lhes é negado o acesso à saúde ou não se garante sua proteção, podendo também ocasionar uma violação de outros direitos.

---

[217] Depoimento do perito Dr. Javier Alejandro Santos, especialista em geriatria e gerontologia, diante da Corte na audiência pública do *Caso Poblete Vilches Vs. Chile*, em 19 de outubro de 2017 (Transcrição de audiência pública, pág. 96).

[218] Declaração do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, págs.55 e 60.

[219] *Cfr.* Documento complementar à declaração pericial da perita Alicia Ely Yamin, *supra* (processo de mérito, f.762). No mesmo, a especialista destacou que "a relação desigual de poder entre o médico e o paciente pode ser exacerbada pelas relações desiguais de poder que, historicamente, contribuíram para a marginalização, exclusão e/ou discriminação de grupos vulneráveis em virtude da condição ou situação social ou econômica. Essas relações estruturais de poder têm o potencial de exacerbar a posição dominante e persistente, que constitui de forma consciente ou inconsciente a base de práticas que reforçam a posição dos pacientes como dependentes e subordinadas, em lugar de seres humanos com autonomia e dignidade". Ver também *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár.160.

[220] *Cfr.* MERCOSUL. Comissão Permanente sobre Pessoas Idosas, "*Campanha Regional: Viver com dignidade e direitos em todas as idades*", Ata de Plenário XXX, MERCOSUL/RAADH/ATA N° 02/17.

[221] *Caso Comunidade Indígena Yake Axa Vs. Paraguai, supra*, par. 175.

[222] *Cfr. Mutatis mutandi*, *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, supra*, pár.201, e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, par. 311.

1.1.3. Análise do presente caso

133. A Corte lembra que, no caso concreto, houve duas internações no Hospital público Sótero del Río. Em relação à primeira, o senhor Poblete Vilches deu entrada no hospital em 17 de janeiro de 2001 em virtude de uma insuficiência respiratória grave. Esteve lá durante quatro dias, hospitalizado na unidade de cuidados intensivos médica. Em 22 de janeiro de 2001, foi internado na Unidade de Cuidados Intensivos Cirúrgica (*supra* pár.43). Em 2 de fevereiro de 2001, recebeu alta e seus familiares tiveram que contratar uma ambulância privada para transportá-lo a seu domicílio, já que o hospital não contava com ambulâncias disponíveis (*supra* pár.49). Sobre a segunda internação, em 5 de fevereiro, deu nova entrada no hospital Sotéro del Río, onde permaneceu em unidade de cuidados intermediária, apesar de a ficha médica dispor que sua internação deveria ser em sala de cuidados intensivos (*supra* pár.51). O senhor Poblete Vilches precisava de um respirador mecânico, mas esta assistência não foi prestada. Ele faleceu em 7 de fevereiro de 2001 (*supra* párr.56).

134. No presente caso, a Corte não entende estar em discussão a faceta progressiva das obrigações estatais em matéria do direito à saúde (*supra* pár.88), o que tampouco foi alegado pelas representantes (*supra* pár.87). Corresponde à Corte avaliar as alegadas ações ou omissões do Estado diante da prestação de medidas de caráter básico e imediato (*supra* pár. 104), a fim de tutelar a saúde do senhor Poblete Vilches, pelo que se delimitará sua análise de mérito ao alcance da referida obrigação no caso concreto, e à luz das obrigações reconhecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

135. Em relação aos padrões em matéria de saúde, primeiramente, a Corte observa que, na época dos fatos, existia regulação suficiente sobre o direito à saúde que garantia este direito a toda pessoa, sem distinção (*supra* pár.112), pelo que a referida obrigação de regular se encontrava de acordo com a Convenção (*supra* pár.119).

136. Em relação às ações e omissões alegadas, do acervo probatório se depreende que, durante a *primeira internação* do senhor Poblete Vilches no Hospital Sotéro del Río, existiam sinais que demostravam que a decisão de dar a alta de forma prematura[223] não era uma medida pertinente; fato pelo qual o Estado do Chile reconheceu sua responsabilidade internacional (*supra* pár.17). O anterior resultou em uma ação médica pelo menos irresponsável, já que da prova se depreende que não existiam as condições médicas necessárias para declarar a alta prematura, especialmente diante da possibilidade de contrair uma infecção intrahospitalar.[224] Assim, o paciente foi liberado com febre e emanando pus pelos ferimentos. Tampouco se forneceu aos familiares indicação alguma de como cuidar do paciente em seu

[223] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, pág.47. O perito agregou ao respeito que "era um paciente muito vulnerável e que recebeu alta 72 horas após a primeira internação". O perito afirmou, igualmente, que "o paciente recebe a alta em condições muito básicas de saúde … não deveria ter sido liberado".

[224] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, pág. 48. Em relação à segunda internação no Hospital Sótero del Río, ao referir-se ao estado de saúde do senhor Poblete Vilches, o perito mencionou: "é um paciente vulnerável que tinha recebido alta há 72 horas, então, não é uma infecção qualquer, é uma infecção intra-hospitalar".

domicílio, nem se indicou quais poderiam ser os sinais de alerta. Portanto, fica claro para esta Corte que as autoridades tinham consciência de sua situação crítica e, diante disso, a alta prematura teve uma incidência considerável, pelo menos na rápida deterioração sofrida imediatamente depois de sua pronta saída do Hospital Sótero del Río, o que representou uma negligência médica.[225]

137. Em relação à *segunda internação* do senhor Poblete Vilches no Hospital Sótero del Río, o perito Santos expôs em audiência sobre a situação do paciente, destacando que esta era grave, que teria sido necessária uma rápida ação, já que o idoso é um paciente muito vulnerável. Cabe também destacar que, segundo seus depoimentos, o perito determinou que o esquema antibiótico não era adequado.[226] Outrossim, o perito destacou que a unidade de cuidados intensivos resultava vital,[227] assim como a ajuda mecânica[228] para respirar, e que sem sua dispensa era impossível que o paciente pudesse sobreviver, ressaltando também que estas prestações eram básicas. O perito destacou que, segundo seu critério, a falta mais grave foi a falta de solicitação de sua transferência a outro centro com capacidade operacional para oferecer o atendimento requerido. Portanto, dois dias depois desta nova internação, o senhor Poblete Vilches faleceu sem que se tivesse oferecido tratamento adequado para preservar sua saúde.[229]

138. Em relação aos elementos de *qualidade e disponibilidade* (supra pár.121), durante a segunda internação, foi comprovada a falta de fornecimento de tratamento

---

[225] *Cfr. Mutatis mutandi, Caso Vera Vera e outra Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C No. 226, pár.54, 65, 74 e 78, e *Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, par. 154.

[226] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, págs.48 e 56. Ao referir-se ao esquema antibiótico dispensado na segunda internação, o perito expressou: "o tratamento tem que ser rápido, enérgico porque não sabemos se há uma segunda oportunidade … em meu ponto de vista, o tratamento não foi o correto, em relação ao tratamento antibiótico. Como comentei antes, a escolha do antibiótico é uma e já, porque não terei outra oportunidade, que foi o que aconteceu […]".

[227] O perito Javier Alejandro Santos assinalou a necessidade imprescindível de que o senhor Poblete Vilches recebesse tratamento em uma Unidade de Cuidados Intensivos e a inviabilidade de que fosse tratado em terapia intermediária após sua primeira alta e a posterior nova internação no Hospital Sótero del Río, que é fornecida nos centros hospitalares na chamada "Unidade de Tratamento Intermediário" ou simplesmente "Intermediário (a)" [*sic*], e consiste em "aquela dependência do hospital destinada ao manejo de pacientes críticos estáveis que requerem para seu cuidado de monitoramento não invasivo, vigilância e manejo de enfermaria permanente, além de cuidados médicos", que "pode produzir-se desde qualquer Serviço ou Unidade requerente uma vez que o paciente se encontrar estável, sem grande necessidade de monitoramento invasivo e não requeira procedimentos e/ou cuidados que existem apenas nessa unidade, como ventilação mecânica. " *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra,* pág .48.
E. Páez e col., "*Guias 2004 de organização e funcionamento de unidades de pacientes críticos*", Revista Chilena de Medicina Intensiva, 2004, Vol.19 (4), pág. 211, e C. de la Hoz e R. Riofrio, "*Critérios de Entrada e Saída da Unidade de Paciente Crítico. Unidade de Paciente Crítico: Unidade de Cuidados Intensivos (UCI) e Unidade de Tratamento Intermediário (UTI)*", Clínica Mayor, Chile, março de 2015, pág. 7. Em relação à natureza genérica do atendimento médico especializado oferecido nas Unidades de Cuidados Intensivos hospitalares, ver E. Páez e col., "*Guias 2004 de organização e funcionamento de unidades de pacientes críticos", supra.*

[228] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, supra, pág. 54. Sobre o particular, expressou: "se houvesse tido uma chance [*sic*] o paciente em sua recuperação, era com a assistência".

[229] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, supra, pág. 60. Nesse sentido, o perito expressou: eu posso construir 30 hospitais e sempre faltarão leitos, o que tenho que fazer é buscar a maneira de oferecer a quem necessita o que está precisando. "Se for preciso derivá-lo, vou levá-lo para onde for necessário, mas não posso condená-lo a não o tratar porque não o tenho [*sic*]".

intensivo requerido na UCI Médica, com motivo da falta de disponibilidade de leitos nessa unidade, a falta de atendimento, através de um respirador mecânico, bem como a omissão de dispensar o paciente da transferência para outro centro médico que contasse com as instalações necessárias.[230] As referidas prestações resultavam básicas para o tratamento de urgência (supra párs.121 e 137). Também se destaca a decisão durante sua primeira internação, de dar a alta de forma precipitada. Em vista do anterior, diante da falta de disponibilidade de certas medidas básicas, o serviço de saúde recebido pelo paciente careceu da mínima qualidade.

139. Em relação aos elementos de *acessibilidade e aceitabilidade* (*supra* párs. 121), a Corte destaca que a idade do senhor Poblete Vilches resultou ser uma limitação para receber um atendimento médico oportuno, pois dos fatos do caso se depreende que não se ofereceu o tratamento médico adequado, em parte, pela sua condição de idoso (*supra* párs. 47 e 53), motivo pelo qual não se priorizou seu tratamento médico apesar de sua condição crítica e sua idade avançada (*supra* pár.52).[231] Ademais, é inaceitável a falsificação do consentimento dos familiares e a falta de informação clara e acessível sobre a condição do paciente (*supra* par. 46 e *infra* par. 173).

140. Diante disso, esta Corte afirma que a idade de uma pessoa não deve ser uma causa que obstaculize seu desenvolvimento humano e, portanto, o acesso à proteção de sua saúde. A esse respeito, a Corte reitera que as pessoas idosas são sujeitos de proteção, em vista de sua situação de vulnerabilidade e recaem no Estado obrigações reforçadas relativas à proteção e garantia de seu direito à saúde.

141. O perito Santos destacou em audiência a falta de capacidade dos recursos humanos em relação com saber tratar um adulto idoso por seu caráter vulnerável e as deficiências[232] de infraestrutura apresentadas nesse hospital. Em particular, assinalou que:

> [a]s medidas que deveriam ter sido tomadas eram básicas para um hospital de média complexidade, nem mesmo tinha que ser um hospital de alta complexidade (...). É algo básico. Agora, em 2001, mesmos nos anos 1990 e 1980; assim mesmo se o paciente tivesse possibilidade de responder, isto era com a assistência respiratória mecânica e com um controle hemodinâmico em uma unidade fechada (...).

---

230 *Cfr.* Depoimento diante de tabelião de Cesia Leila Siria Poblete Tapia, *supra* (processo probatório, declaração juramentada, f.4466).

231 *Cfr.* Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte na Audiência Pública de 19 de outubro de 2017, *supra*, pág. 16. Nele consta que o senhor Poblete Tapia declarou: "O doutor Montesino disse: 'seu pai já teve uma chance de viver', como se ele fosse um ser sobrenatural que tinha o poder sobre a vida, 'eu dei a chance a ele disse 'a primeira vez que foi internado no Sotero del Río, eu não vou dar outra chance a ele, seu pai tem que morrer, seu pai já...'".

232 Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, pág. 51. Sobre o particular, o perito destacou: "em relação às deficiências individuais, não havia profissionais que pudessem ler o que o paciente está contando", e acrescentou: "em relação ao estrutural, tem a ver com a necessidade de um serviço que instrumentalize o estado ou a organização na qual este, com os especialistas que atendem este tipo de patologias".

142. O senhor Poblete Vilches era um adulto idoso com patologias agregadas[233] que faziam sua situação transformá-lo em um paciente ainda mais vulnerável. Sem desconsiderar o anterior, ficou evidente que o paciente não recebeu o tratamento adequado conforme sua situação particular. Do marco fático se depreende que, na segunda internação, existiu urgência das prestações de saúde requeridas no caso, cuja dispensa de forma imediata resultavam de caráter vital. Em suma, o paciente requeria um atendimento médico urgente e de qualidade, que o sistema de saúde pública não forneceu, pelo que a referida situação derivou em uma discriminação por sua condição de pessoa idosa.

143. Tendo em vista o anterior, a Corte conclui que o Estado chileno não garantiu ao senhor Poblete Vilches seu direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários e urgentes em relação a sua situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa. Portanto, o Estado violou o direito à saúde, de acordo com o artigo 26 da Convenção Americana, em relação ao seu artigo 1.1, em prejuízo do senhor Poblete Vilches.

1.2 Direitos à vida e à integridade pessoal

1.2.1 Em relação ao direito à vida

144. O Estado não reconheceu sua responsabilidade pela violação do artigo 4 da Convenção Americana, ao considerar que os fatos sucedidos carecem de nexo causal com o óbito do senhor Poblete Vilches (*supra* pár.20). A esse respeito, corresponde à Corte determinar se existem elementos que confirmem que as ações ou omissões do Estado tenham derivado na morte do paciente.

145. A Corte assinalou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para desfrutar todos os demais direitos humanos. Em virtude deste papel fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições requeridas para que não se produzam violações desse direito.[234]

146. Esta Corte afirmou que o Estado deve implementar medidas positivas para proteger a vida das pessoas sob sua jurisdição e velar pela qualidade dos serviços de atendimento à saúde e assegurar que os profissionais reúnam as condições necessárias

[233] *Cfr.* Depoimento do perito, Dr. Javier Alejandro Santos, *supra*, pág. 46: Nele consta: "paciente de 76 anos, com antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensão, uma arritmia".
[234] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, pár.124; *Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) Vs.Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 novembro de 2012 Série C No. 257, pár.172, e *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras, Exceções Preliminares, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C No. 304, pár. 262.

para seu exercício, a fim de proteger a vida de seus pacientes.[235] Nesse sentido, também se pronunciaram o Comitê DESC[236] e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.[237]

147. A esse respeito, em matéria de saúde, a Corte estima que nem toda morte ocorrida por negligência médica deve ser atribuída ao Estado internacionalmente.[238] Para isso, corresponderá atender as circunstâncias particulares do caso.

148. Para efeitos de determinar a responsabilidade internacional do Estado em casos de morte no contexto médico, é preciso observar os seguintes elementos: a) quando, por atos ou omissões, for negado a um paciente o acesso à saúde em situações de urgência médica ou tratamentos médicos essenciais, apesar de ser previsível o risco que implica esta negativa para a vida do paciente; ou bem, b) registrar-se uma negligência médica grave;[239] e c) a existência de um nexo causal entre o ato registrado e o dano sofrido pelo paciente.[240] Quando a atribuição de responsabilidade provém de uma omissão, é preciso verificar a probabilidade de que a conduta omitida tivesse interrompido o processo causal que derivou no resultado danoso. As referidas verificações deverão considerar a possível situação de especial vulnerabilidade do afetado,[241] e, diante disso, as medidas adotadas para garantir sua situação.[242]

149. No caso *sub judice*, este Tribunal observou uma série de omissões em prestações básicas em matéria de saúde,[243] várias das quais inclusive foram

---

[235] *Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.135.

[236] ONU, Conselho Econômico e Social, Comitê DESC. OG-14, supra, pars. 35 e 51: "as obrigações de proteção incluem
[...] a adoção de leis ou outras medidas para assegurar [...] a qualidade dos serviços [...] de saúde e para garantir que médicos e outros profissionais de saúde satisfaçam as condições necessárias de educação, experiência e deontologia ". "As violações das obrigações de proteção decorrem do fato de que um Estado não adote as medidas necessárias para proteger, dentro de sua jurisdição, pessoas contra violações do direito à saúde por terceiros", são incluídas como um exemplo disso "omissões, como a não regulamentação das atividades de indivíduos, grupos ou empresas, a fim de impedir que indivíduos, grupos ou empresas violem o direito à saúde de outros".

[237] O TEDH assinalou que: "entre as disposições fundamentais da Convenção é exigido aos Estados a obrigação de adotar as medidas necessárias para proteger a vida das pessoas sob sua jurisdição. Estes princípios também se aplicam no âmbito da saúde pública, onde as obrigações positivas implicam o estabelecimento, por parte do Estado, de um marco de entidades reguladas, sejam públicas ou privadas, adotando as medidas requeridas para proteger a vida de seus pacientes. "Ver também *Caso Lazar, supra*, pár.66; *Caso Z Vs. Polônia, supra*, pár.76, *Caso Calvelli e Ciglio Vs. Itália*. No. 32967/96. Sentença de 17 de janeiro de 2002, pár.49, *Caso Byrzykowski Vs. Polônia*. No 11562/05. Seção 40 Quarta. Sentença de 27 de junho de 2006, pár.104, e *Caso Silih Vs. Eslovênia*. No. 71463/014. Sentença de 9 de abril de 2009, pár.192.

[238] TEDH, *Caso Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal*, No. 56080/13. Sentença de 19 de dezembro de 2017, págs.194, 195 e 196.

[239] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, págs.120 a 122, 146 e 150. e *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador, supra*, págs.54 e 65.

[240] *Cfr. Mutatis mutandi*, TEDH, *Caso Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal, supra*, pár.195.

[241] *Cfr. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214.Pár. 227, e *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, supra*, par. 134.

[242] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, pár. 125.

[243] Sobre o particular, o Hospital Sótero del Río não contava, no momento dos fatos, com a infraestrutura e material básico para oferecer um atendimento médico adequada ao paciente. Exemplo disso foi a falta de disponibilidade de leitos na unidade médica requerida, a omissão em fornecer a transferência e a falta de respirador mecânico, entre outras, tais como a falta de ambulâncias, bem como de fornecer informação clara e transparente para os familiares. Por sua parte, o pessoal médico que interveio não satisfez as

reconhecidas pelo Estado (*supra* párs.17 e 18). Particularmente, em sua segunda internação se verificou que o Estado era consciente do tratamento intensivo (disposto na ficha clínica) requerido pelo senhor Poblete Vilches, e; não obstante, não o forneceu.

150. A Corte estima que o Estado negou ao senhor Poblete Vilches um tratamento médico de urgência, não obstante havia consciência, por parte do pessoal médico, que a vida do paciente se encontrava em risco se não fosse dispensado o suporte vital requerido e, particularmente, diante de sua situação de idoso (*supra* pár.137). Assim, o Estado não tomou as medidas necessárias, básicas e urgentes que, razoavelmente, poderiam ter sido adotadas para garantir seu direito à vida (*supra* párs.141 e 142). Outrossim, o Estado não apresentou uma justificativa válida para negar os serviços básicos de urgência.

151. Em relação ao nexo causal, a Corte estima que não se pode imputar causalmente o resultado nocivo à falta de atendimento de saúde, por se tratar de uma omissão, e é de toda evidência que as omissões não "causam", mas permitem uma causalidade que "devia" ser interrompida pela conduta juridicamente ordenada. Em consequência, sempre se deve valorizar sobre uma probabilidade acerca da interrupção de uma causalidade que não se interrompeu. Sendo assim, como provado no caso, havia uma alta probabilidade de que um atendimento adequado em matéria de saúde tivesse, pelo menos, prolongado a vida do senhor Poblete Vilches. Portanto, deve concluir-se que a omissão de prestações básicas em matéria de saúde afetou seu direito à vida (artigo 4 da Convenção).

1.2.2 Em relação ao direito à integridade pessoal

152. Em relação ao artigo 5.1 da Convenção, a Corte estabeleceu que a integridade pessoal se encontra direta e imediatamente vinculada ao atendimento à saúde humana,[244] e que a falta de atendimento médico adequado pode promover a violação do artigo 5.1 da Convenção.[245] Nesse sentido, a Corte afirmou que a proteção do direito à integridade pessoal supõe a regulação dos serviços de saúde no âmbito interno, bem como a implementação de uma série de mecanismos tendentes a tutelar a efetividade da referida regulação[246] (*supra* pár.124). Portanto, esta assinalou que, aos efeitos de dar cumprimento à obrigação de garantir o direito à integridade pessoal e no marco da saúde, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado que regule a prestação de serviços de saúde, estabelecendo padrões de qualidade

necessidades vitais do paciente; particularmente com a alta prematura, o antibiótico administrado, as múltiplas versões da causa da morte e o tratamento dado pela sua condição de idoso (*supra*, párs.136 e 137).

[244] *Cfr. Caso Albán Cornejo e outros, supra*, pár.117, e *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador, supra*, pár.43.

[245] *Cfr. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas)*. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C No. 150, pár.103, e *Caso Vera Vera e outra, supra*, pár.44.

[246] *Cfr. Caso Gonzales Lluy Vs. Equador, supra*, pars. 171, e *Caso Albán Cornejo e outros, supra*, pár.121; Ver também: TEDH *Caso Lazar Vs. Romênia*, No. 32146/05. Seção Terceira. Sentença de 16 de maio de 2010, pár.66; *Caso Z Vs. Polônia*, No. 46132/08. Seção Quarta. Sentença de 13 de novembro de 2012, pár.76 e ONU, Comitê DESC, OG- 14, *supra*, pár.12, 33, 35, 36 e 51.

para as instituições públicas e privadas, que permita prevenir qualquer ameaça de violação à integridade pessoal nas referidas prestações.[247]

153. A Corte nota que, em seu depoimento a esta Corte, a Dra. Sandra Castillo Montúfar manifestou que:

> [p]osteriormente à cirurgia, em 5 de fevereiro de 2001, "(...) ao chegar ao domicílio de Vinicio Poblete Vilches encontrou-se um paciente com uma grande deterioração física e psíquica, em um estado febril e entorpecimento [sic] e em estado de coma era uma [sic] paciente grave com um quadro séptico sem respostas a estímulos, sensibilidades verbais ou de grande sensibilidade. Estava inconsciente, portanto, devia ser transferido com suma urgência a um hospital (...).[248]

154. Em relação à segunda internação, os familiares destacaram, sobre a situação do senhor Poblete, que:

> "ele foi hospitalizado no corredor, nu, coberto apenas com um lençol, amarrado e sem supervisão médica durante dois dias"; que "no dia 6 de fevereiro (o senhor Poblete Vilches) estava ainda pior e deitado em uma maca em um corredor e ainda não tinha sido internado na UCI", e que, no dia seguinte, "às cinco e quarenta da manhã e após uma longa agonia (...) ele faleceu".[249]

155. No presente caso, a Corte verificou diferentes omissões no atendimento oferecido que contribuíram para a deterioração da saúde do senhor Poblete Vilches (*supra* págs.133 a 143). As referidas omissões, várias delas reconhecidas pelo próprio Estado, ocorreram, particularmente, tanto na primeira internação (com a alta prematura e a falta de informação aos familiares em relação à condição e cuidado do paciente, a fim de que pudessem identificar adequadamente os sinais de alarme e a maneira como responder), bem como na segunda internação (com a negativa dos serviços básicos requeridos, e, no caso, a ausência de transferência a outro centro com disponibilidade). Particularmente, as citadas situações derivaram em que, durante pelo menos cinco dias, o senhor Poblete Vilches passou por diversos sofrimentos devido à desatenção a suas condições de saúde específicas (*supra* págs.153 e 154). A esse respeito, a Corte

---

[247] *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, par. 132.

[248] *Cfr. Depoimento de Sandra Castillo Montúfar a tabelião, em 11 de outubro de 2017.* (procedimento probatório, Declaração juramentada, ff.4475 a 4476).

[249] *Cfr.* Depoimento de Cesia Leila Siria Poblete Tapia a tabelião, em 6 de outubro de 2017 (procedimento probatório, Declaração juramentada, f.4466), e Depoimento de Alejandra Marcela Fuentes Poblete a tabelião, em 6 de outubro de 2017, (procedimento probatório, Declaração juramentada, f.4472).

estima que tais fatos anteriormente enunciados constituem uma violação de seu direito à integridade pessoal, assim reconhecido pelo próprio Estado.

156. Tendo em vista o anterior, o Tribunal conclui que o Estado é responsável pela violação do dever de garantia dos direitos à vida e integridade pessoal, reconhecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em relação aos direitos à saúde e não discriminação, de acordo com os artigos 26 e 1.1 também da Convenção, em prejuízo do senhor Poblete Vilches.

1.3. Direito ao consentimento informado em matéria de saúde e acesso à informação

1.3.1. Em relação ao senhor Vinicio Poblete e o reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado

157. No presente caso, a Corte adverte que não existe controvérsia sobre as violações da Convenção alegadas em prejuízo do senhor Poblete Vilches, já que o Estado aceitou a responsabilidade internacional pela violação dos direitos ao acesso à informação (artigos 13), à dignidade (artigo 11) e à liberdade pessoal (artigo 7) (*supra* pár.16). Nesse sentido, a Corte acolhe o alcance do referido reconhecimento em prejuízo do senhor Poblete Vilches.

158. Nesse sentido, o Estado reconheceu os seguintes fatos: i) a suposta vítima se encontrava inconsciente no momento em que se decidiu sua intervenção cirúrgica e, por isso, não estava em condições de consentir nenhum tipo de procedimento; ii) os familiares não foram devidamente informados do procedimento que se realizaria à suposta vítima; iii) a única referência à existência de um suposto consentimento por parte da família se encontra no histórico clínico, que, por sua parte, levanta dúvidas sobre a forma na qual foi obtido e sua autenticidade; iv) o histórico clínico não fornece informação ou registro algum que permita entender que o suposto consentimento informado foi oferecido de acordo com os requisitos estabelecidos pelo direito internacional, e v) no histórico médico existem dúvidas sobre se os familiares entenderam a situação na qual se encontrava a suposta vítima. (*supra* par.18).

159. Diante dos familiares do senhor Poblete Vilches, a Corte nota que o Estado reconheceu que, no presente caso, não houve um consentimento prévio, livre, pleno, e informado, de acordo com o artigo 13 da convenção. Entretanto, não reconheceu responsabilidade internacional pela alegada violação do artigo 7 e 11 em prejuízo deles (*supra* págs.30 e 98).

160. Para os efeitos do presente caso, este Tribunal entende que o consentimento informado é parte do elemento da acessibilidade da informação (*supra* pár.121) e, portanto, do direito à saúde (artigo 26). Por isso, o acesso à informação – contemplado

no artigo 13 da CADH –, adquire um caráter instrumental[250] para garantir e respeitar o direito à saúde. Assim, o direito ao acesso à informação é uma garantia para tornar realidade a derivação do direito contemplado no artigo 26 da Convenção, com a possibilidade de registrar outros direitos relacionados, de acordo com as particularidades do caso concreto. Nesse sentido, e sendo que persiste o alcance da controvérsia em relação a aspectos específicos do consentimento a favor dos familiares, a seguir esta Corte se pronunciará sobre: i) o consentimento por representação ou substituição, e ii) a alegada violação do artigo 11 e 7 em prejuízo dos familiares.

1.3.2 Consentimento por substituição e acesso à informação em matéria de saúde a favor dos familiares

161. Em relação ao direito a obter um consentimento informado, a Corte reconheceu que o artigo 13 da Convenção Americana inclui o direito a buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole,[251] o que protege o direito de acesso à informação, incluindo informação relacionada com a saúde das pessoas.[252] Nesse sentido, ficou estabelecido que o consentimento informado consiste "em uma decisão prévia de aceitar ou submeter-se a um ato médico em sentido amplo, obtida de maneira livre, ou seja, sem ameaças nem coerção, indução ou incentivos impróprios, manifestada com posterioridade à obtenção de informação adequada, completa, fidedigna, compreensível e acessível, sempre que esta informação tenha sido realmente entendida, o que permitirá o consentimento pleno do indivíduo". Esta regra não apenas consiste em um ato de aceitação, mas no resultado de um processo no qual devem cumprir-se os seguintes elementos para que seja considerado válido, a saber que seja prévio, livre, pleno e informado.[253] Nesse sentido, como regra geral, o consentimento é pessoal, de modo que deve ser oferecido pela pessoa que realizará o procedimento.[254]

162. A Corte dispõe também que os prestadores de saúde deverão informar ao paciente, pelo menos, sobre: i) a avaliação do diagnóstico; ii) o objetivo, método, duração provável, benefícios e riscos esperados do tratamento proposto; iii) os possíveis

---

[250] *Cfr. Opinião Consultiva OC-23/17, supra*, pár.211. No mesmo sentido, a jurisprudência interamericana reconheceu o caráter instrumental de certos direitos da Convenção Americana, tais como o direito de acesso à informação, na medida em que permitem a satisfação de outros direitos na Convenção, incluídos o direito à saúde, à vida ou à integridade pessoal.

[251] *Cfr. Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C No. 73, pár.64 e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra*, pár.89.

[252] *Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C No. 151, pár.77, e *Caso I.V. Bolívia, supra*, pár. 156. Ver também, ONU, Comitê DESC, OG-14, *O direito ao gozo do mais nível alto possível de saúde, supra*, pár.12.

[253] *Cfr.Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár. 166.

[254] *Cfr.Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár. 182. *Cfr.* Em efeito, conforme as declarações de Helsinque da Associação Médica Mundial. Princípios éticos para as pesquisas médicas envolvendo seres humanos (59ª Assembleia Geral, Seul, Coreia, outubro 2008), Princípio 25 e da Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial sobre os Direitos do Paciente, Adotada pela 34ª Assembleia Médica Mundial Lisboa, Portugal, Setembro/ Outubro 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral Bali, Indonésia, Setembro 1995 e revisada sua redação na 171ª Sessão do Conselho, Santiago, Chile, outubro 2005, Princípio 3. Apenas o paciente poderá concordar em submeter-se a um ato médico.

efeitos desfavoráveis do tratamento proposto; iv) as alternativas de tratamento, incluindo aquelas menos invasivas, e a possível dor ou mal-estar, riscos, benefícios e efeitos secundários do tratamento alternativo proposto; v) as consequências dos tratamentos, e vi) o que se estima acontecerá antes, durante e depois do tratamento.[255]

163. No presente caso, a Corte lembra que os fatos que versam sobre a falta de consentimento informado dos familiares são os que ocorreram em torno ao procedimento cirúrgico efetuado ao senhor Poblete Vilches durante sua primeira internação. Não obstante, em referência à segunda internação, os fatos versam sobre aspectos do acesso à informação por parte dos familiares (*infra* pár.173).

164. A esse respeito, durante sua primeira internação, o senhor Poblete Vilches foi transferido ao "pavilhão" para realizar uma incisão e verificar se ele tinha líquido no coração, apesar de seus parentes terem informado ao pessoal médico que ele não podia sofrer intervenção cirúrgica por ser diabético. Ao sair da intervenção cirúrgica, o senhor Poblete tinha na cintura três ferimentos dos quais saía um tubo de drenagem. No presente caso, as representantes alegaram que os familiares do senhor Poblete Vilches nunca receberam informação antes ou depois da intervenção cirúrgica realizada no senhor Poblete Vilches em sua primeira internação no Hospital Sotero del Río.[256] Ademais, manifestaram que eles nunca autorizaram a referida intervenção e que a autorização que consta no histórico médico é falsa. (*supra* págs.45 a 47).

165. A Corte registra a normativa interna existente no momento dos fatos, particularmente em relação ao consentimento requerido para a prática de procedimentos como os que se referem a este caso, a saber:

> a) o Decreto Supremo Número 42 de 1986, que aprovou o Regulamento Orgânico dos Serviços de Saúde, em seu artigo 105 dispunha que "os profissionais responsáveis pelo tratamento deverão informar, dentro do possível e quando proceder, os pacientes, seus representantes legais ou os familiares daqueles, sobre o diagnóstico e o prognóstico provável de sua doença, as medidas terapêuticas ou médico-cirúrgicas que seriam aplicadas a eles e os riscos que estas ou sua omissão representam, para permitir sua decisão informada, bem como as ações preventivas que correspondam ao paciente ou a seu grupo familiar".
>
> b) as "Normas e Documentos de Ética Médica" de 1986, elaboradas pelo Colégio Médico do Chile, dispunham em seu artigo 15 que "nos casos nos quais fosse terapeuticamente necessário recorrer a tratamentos que representem riscos certos ou mutilação grave

[255] *Cfr. Caso I.V.Vs. Bolívia, supra*, pár.189.
[256] *Cfr.* Depoimento de Cesia Leila Siria Poblete Tapia a tabelião em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, f.4465); Depoimento de Alejandra Marcela Fuentes Poblete a tabelião em 6 de outubro de 2017 (processo probatório, f.4472); Depoimento do senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia à Corte em audiência pública em 19 de outubro de 2017, supra, págs.5 e 6, 8 e 14).

para o paciente, o médico deverá contar com o consentimento expresso, outorgado com conhecimento de causa, pelo doente, ou seus familiares responsáveis quando for menor de idade ou estiver incapacitado para decidir. Em situações de urgência médica ou ausência dos familiares responsáveis, sem que seja possível obter comunicação com eles ou caso não existam, o médico poderá prescindir da autorização que estabelece o inciso precedente, sem deixar de procurar obter a opinião favorável de outro colega no tratamento".[257]

c) Em 1999, o Fundo Nacional de Saúde, em parceria com o Ministério de Saúde do Chile, elaborou a "Carta de Direitos do Paciente" que determinava os passos a seguir para obter o consentimento informado do paciente, ademais de estabelecer os casos em que operam as exceções: menores de idade, incapacidade judicial, deficiências de compreensão, mesmo sendo maior de idade, não tivesse capacidade de discernimento para decidir acerca de um procedimento. Neste último, deve requerer-se o consentimento informado dos parentes ou pessoas mais próximas, a quem legalmente corresponderia a representação.[258]

---

[257] Código de Ética, Colégio Médico do Chile A.G, Reimpressão 2013, Artigo 27 (Atualizado em 2013): "Se o paciente não estivesse em condições de dar seu consentimento por ser menor de idade, por estar incapacitado ou pela urgência da situação, e não for possível obtê-lo de sua família, o medico deverá prestar os cuidados determinados por sua consciência profissional. A opinião do menor de idade deverá ser considerada, segundo sua idade e grau de maturidade". Artigo 28 (Atualizado em 2013): "O direito do paciente a rejeitar total ou parcialmente um teste diagnóstico ou um tratamento deverá ser respeitado, devendo o médico, em todo caso, informar o paciente, de maneira compreensível, as consequências que possam derivar-se de sua negativa. Nesta circunstância, o profissional da saúde não abandonará o doente, devendo procurar que sejam prestados os cuidados gerais necessários. Em casos de urgência médica impostergável, o médico agirá em consciência, protegendo o direito à vida do paciente". Ministério de Saúde, Subsecretaria de Saúde Pública, Lei 20584 de 24 de abril de 2012. Regula os direitos e deveres das pessoas em relação a ações vinculadas a seu atendimento de saúde. Artigo 10: Tratando-se de atendimentos médicos de emergência ou urgência, ou seja, daqueles nas quais a falta de intervenção imediata e impostergável implicar um risco vital ou sequela funcional grave para a pessoa e ela não estiver em condições de receber e entender a informação, esta será proporcionada a seu representante ou à pessoa a cujo cuidado se encontrar, velando porque se limite à situação descrita. Sem desconsiderar o anteriormente citado, a pessoa deverá ser informada, segundo o indicado nos incisos precedentes, quando, de acordo com o médico, as condições nas quais se encontra permitirem, sempre que isso não colocar sua vida em risco. A impossibilidade de entregar a informação não poderá, em nenhum caso dilatar ou adiar o atendimento de saúde de emergência ou urgência. Ministério de Saúde, Subsecretaria de Redes Assistenciais, Decreto No 31 de 26 de novembro de 2012. Aprova Regulamento sobre entrega de informação e expressão de consentimento informado nos atendimentos de saúde. Artigo 4: "se o afetado, segundo o profissional que o está atendendo, não estiver em condições de receber diretamente a informação sobre seu estado de saúde por motivos tais como de ordem emocional ou se tiver dificuldade para entender ou apresentar alteração de consciência, a informação deverá ser entregue a seu representante legal e, na falta dele, à pessoa a cujo cuidado ele se encontrar. Sem desconsiderar o anteriormente exposto, uma vez que recuperar sua capacidade de compreensão, se isso ocorrer, será proporcionada esta informação diretamente a ele. Igual procedimento se adotará em situações de urgência ou emergência médica, ou seja, quando a falta de atendimento imediato significar risco de morte para o afetado ou uma sequela funcional grave e a pessoa não estiver em condições de receber e entender a informação. Nesses casos, a informação proporcionada se limitará à situação da qual se tratar".

[258] Contestação do Estado (processo de mérito, ff.384 a 386).

166. Tendo em vista o anterior, a Corte entende que o consentimento por representação ou substituição se atualiza quando é comprovado que o paciente, por sua condição, não se encontra na capacidade de tomar uma decisão em relação a sua saúde, pelo qual esta faculdade é conferida a seu representante, autoridade, pessoa, familiar ou instituição designada por lei. Entretanto, qualquer limitação na tomada de decisões deve considerar as capacidades evolutivas do paciente e sua condição atual para consentir.[259] Esta Corte considera que, entre os elementos necessários para outorgar o consentimento informado por parte de seus familiares, este também deve ser prévio, livre, pleno e informado,[260] ao menos em se tratando de uma situação de emergência, onde a Corte já reconheceu que existem exceções onde é possível que o pessoal de saúde aja sem a exigência do consentimento, em casos nos quais este não possa ser fornecido pela pessoa e que seja necessário um tratamento médico ou cirúrgico imediato, de urgência ou de emergência, ante um grave risco contra a vida ou a saúde do paciente [261].

167. Nesse sentido, nem as representantes nem o Estado negaram que a referida intervenção cirúrgica praticada ao senhor Poblete Vilches (em sua primeira internação), tenha sido um procedimento de emergência. Tampouco existem elementos de prova que permitam comprovar o contrário. Em virtude do anterior, a Corte estima que o referido procedimento de punção não correspondia a um procedimento de emergência, pelo que, segundo a própria normativa interna (*supra* pár.165), resultava aplicável a obtenção do consentimento por parte dos familiares, o que não se realizou no caso concreto.[262]

168. Em relação ao direito à dignidade, consagrado no artigo 11 da Convenção Americana, a Corte analisou que um aspecto central do reconhecimento da dignidade constitui a possibilidade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que lhe dão sentido a sua existência, conforme suas próprias opções e convicções.[263] Por sua parte, o inciso segundo estabelece

---

[259] Perícia apresentada por Alicia Ely Yemin (processo probatório, f.761). O TEDH determinou que, da violação ao direito a prestar consentimento dos familiares, podem ver afetados seus direitos derivados da omissão de prestar informação clara e precisa sobre o procedimento por aplicar ao paciente. TEDH, *Caso Petrova Vs. Letônia*, No. 4605/05. Sentença de 24 de junho de 2014, pár.87. TEDH, *Caso Glass Vs. Letônia*, No. 61827/09. Sentença de 9 de março de 2004, pár.72.

[260] Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano em relação às aplicações da Biologia e da Medicina, artigo 6 (4), disponível em:https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist/-/conventions/treaty/164, *Declaration on the promotion of patient´s rights in Europe, WHO Regional Office for Europe*, 1994, 3.4 e ONU, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa a desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental, Anand Grover, apresentado de acordo com a resolução 6/29 do Conselho de Direitos Humanos, A/64/272 de 10 de agosto de 2009, resumo. Disponível em:https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement.

[261] *Cfr.Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár.177.

[262] Depoimento do perito Dr. Javier Alejandro Santos, especialista em geriatria e gerontologia, em Audiência do Caso Poblete Vilches Vs. Chile, em 19 de outubro de 2017, na cidade do Panamá, Panamá, pág.53. De acordo com a perícia do Dr. Santos, tratava-se de uma intervenção necessária, que devia ser realizada. "Evidentemente, não foi urgente, porque se realiza em 48 horas, ou seja, o paciente não urgiu, sim, a necessidade dessa prática cirúrgica". "Sim, como rotina, como controle de rotina em um paciente internado por um edema pulmonar, coronário, é algo que deve ser feito".

[263] *Cfr. Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile, supra*, pár.150.

a inviolabilidade da vida privada e familiar, entre outras esferas protegidas. Nesse sentido, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 também da Convenção,[264] que reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa na sociedade em geral.[265]

169. Outrossim, este Tribunal interpretou de maneira ampla o conceito de liberdade, que está consagrado no artigo 7 da Convenção, definindo-a como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que estiver licitamente permitido, permitindo a toda pessoa organizar, conforme à lei, sua vida individual e social segundo suas próprias opções e convicções. A Corte reitera que este direito está relacionado com a liberdade de tomar decisões em matéria de saúde.[266]

170. A este respeito, a Corte reconheceu a relação existente entre a obtenção do consentimento informado antes da realização de qualquer ato médico, a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, como parte do respeito e garantia da dignidade de todo ser humano, bem como em seu direito à liberdade. Portanto, o Tribunal entende que a necessidade de obtenção do consentimento informado protege não apenas o direito dos pacientes a decidir livremente se desejam submeter-se ou não a um ato médico, mas que é um mecanismo fundamental para alcançar o respeito e a garantia de diferentes direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana, como são a dignidade, liberdade pessoal, integridade pessoal, incluído o atendimento à saúde, a vida privada e familiar.[267] Desse modo, a existência de uma conexão entre o consentimento informado com a autonomia pessoal e a liberdade de tomar decisões sobre o próprio corpo e a saúde exige, por um lado, que o Estado assegure e respeite decisões e escolhas feitas de forma livre e responsável e, por outro, que se garanta o acesso à informação relevante para que as pessoas estejam em condições de tomar decisões informadas sobre o curso de ação relativo a seu corpo e saúde de acordo com seu próprio plano de existência.[268]

171. A Corte observa que o direito à obtenção de um consentimento informado por parte dos familiares já foi reconhecido pelo Estado (*supra* párr.16). Nesse sentido, considerando o estabelecido na legislação interna e dado que o senhor Poblete Vilches não se encontrava na capacidade de tomar uma decisão relativa à sua saúde, esta faculdade correspondia ser outorgada a seus familiares.

172. Desse modo, considerando a relação existente entre o consentimento informado em matéria de saúde (artigos 26 e 13) e os artigos 7 e 11 da Convenção Americana, a Corte considera que, no presente caso, o direito dos familiares a tomar decisões livres em matéria de saúde e seu direito a contar com a informação necessária

---

[264] *Cfr. Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile, supra*, pár.169 e *I.V. Vs. Bolívia*, *supra*, par. 153.
[265] *Cfr. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica, supra*, pár.145, e *I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár.153.
[266] *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, par. 151 e 155.
[267] *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, par. 165.
[268] *Cfr. Mutatis mutandi, Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina, supra*, pár.294 e *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár.155.

para tomar estas decisões, assim como seu direito à dignidade, desde os componentes da vida privada e familiar foram afetados ao não ter a possibilidade de outorgar seu consentimento informado.

173. Com base no anteriormente citado, este Tribunal conclui que o Estado descumpriu sua obrigação internacional de obter, por meio de seu pessoal de saúde, o consentimento informado por parte dos familiares do senhor Poblete Vilches para a prática dos atos médicos realizados durante sua primeira internação no Hospital Sótero del Río. Adicionalmente, o Estado violou o direito de acesso à informação dos familiares, dado que não foi fornecida informação clara e precisa sobre a alta do paciente e seus cuidados necessários. Outrossim, esse direito foi violado, pois, durante a segunda internação, não se proporcionou informação clara e acessível relativa ao diagnóstico e atendimento médico concedido ao senhor Poblete Vilches. Portanto, a Corte considera que foi violado o direito a obter um consentimento informado e acesso à informação em matéria de saúde, de acordo com os artigos 26, 13, 11 e 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Poblete Vilches e de seus familiares.

1.4. Conclusão sobre o direito à saúde

174. Considerando o exposto, esta Corte verificou que: i) o direito à saúde é um direito autônomo protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana; ii) este direito, em situações de urgência, exige aos Estados velar por uma adequada regulação dos serviços de saúde, oferecendo os serviços necessários de acordo com os elementos de disponibilidade, acessibilidade, qualidade e aceitabilidade, em condições de igualdade e sem discriminação, mas também tomando medidas positivas relativas a grupos em situação de vulnerabilidade; iii) as pessoas idosas contam com um nível reforçado de proteção relativo aos serviços de saúde de prevenção e urgência; iv) a fim de imputar-se a responsabilidade do Estado por mortes médicas, é necessário que se observe a negação de um serviço essencial ou tratamento, apesar da previsibilidade do risco enfrentado pelo paciente, ou bem uma negligência médica grave, e que se confirme um nexo causal entre a ação e o dano. Quando se trata de uma omissão, deve verificar-se a probabilidade de que a conduta omitida tivesse interrompido o processo causal que resultou no resultado nocivo; v) a falta de atendimento médico adequado pode levar à violação da integridade pessoal; e vi) o consentimento informado é uma obrigação das instituições de saúde, as pessoas idosas ostentam a titularidade desse direito, entretanto, ele pode ser transferido sob certas circunstâncias a seus familiares ou representantes. Outrossim, persiste o dever de informar os pacientes, sempre que proceda, e seus representantes sobre os procedimentos e condição do paciente.

175. No caso concreto, a Corte considera que o Estado do Chile não garantiu que os serviços de saúde oferecidos ao senhor Poblete Vilches respeitassem os padrões referidos, pelo que descumpriu a oferta de medidas básicas, ou seja, de suas obrigações de caráter imediato relacionadas ao direito à saúde em situações de urgência. Outrossim, o Estado descumpriu seu dever de obter o consentimento informado por substituição

dos familiares diante da intervenção cirúrgica praticada, bem como oferecer informação clara e acessível aos familiares em relação ao tratamento e procedimentos praticados ao paciente. As negligências assumidas na segunda internação, particularmente, ao negar um respirador ao paciente, bem como a possibilidade de internação na unidade de cuidados requerida e não ser transferido a outro centro que pudesse oferecer tais medidas, em parte pela sua condição de idoso, reduziu de maneira considerável as possibilidades de recuperação e sobrevivência do paciente, pelo que seu falecimento resulta imputável ao Estado. Outrossim, a Corte afirmou que a idade do senhor Poblete Vilches, como categoria protegida da não discriminação, foi uma limitação para que ele recebesse o atendimento médico requerido.

176. Portanto, este Tribunal considera que o Estado chileno é responsável internacionalmente pela falta de garantia dos direitos à saúde, vida, integridade pessoal, liberdade, dignidade e acesso à informação, de acordo com os artigos 26, 4, 5, 13, 7e 11 da Convenção Americana, em relação com as obrigações de não discriminação do artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Poblete Vilches. Outrossim, o Estado é responsável pela violação dos artigos 26, 13, 7 e 11, em prejuízo de seus familiares.

VII-2
DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL (ARTIGOS 8 E 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Argumentos das partes e da Comissão

177. A *Comissão* alegou que o Estado violou os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, referente ao dever de investigar com a devida diligência e em um prazo razoável os fatos do presente caso, em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches. Acerca da devida diligência, observou que a primeira denúncia criminal foi apresentada pelos familiares do senhor Poblete Vilches em novembro de 2001, e que, em virtude de várias declarações de incompetência, foi até fevereiro de 2002 que se determinou qual era a autoridade judicial competente para conhecê-la. Destacou que foram realizadas diligências no processo até o mês de outubro de 2002, oito meses depois, quando se solicitou ao Hospital Sótero del Río a ficha clínica do senhor Poblete Vilches. Ademais, notou que, entre a interposição da primeira denúncia e a citação dos primeiros declarantes, passou mais de um ano e meio. Também mencionou que, em um período de cinco anos, entre 2003 e 2008, solicitou-se apenas uma perícia médica. Agregou que, até o momento, não foi realizada a exumação do corpo do senhor Poblete Vilches aos efeitos de realizar a autópsia solicitada, em múltiplas ocasiões pelos representantes e destacou que o Estado não justificou a não realização dessas diligências. Adicionalmente, destacou que não conta com informação sobre a adoção de medidas corretivas para obter uma perícia que esclarecesse as dúvidas essenciais para determinar possíveis responsabilidades pela morte do senhor Poblete Vilches.

178. Da mesma forma, a *Comissão* assinalou que o depoimento do imputado Luis Carvajal Freire nunca foi realizado, apesar de que a Primeira Vara Civil comprovou que seguia trabalhando no Hospital Sótero del Río, e que tampouco se obtiveram alguns depoimentos solicitados dentro do processo pelos familiares do senhor Poblete Vilches. Nesse sentido, destacou que, apesar das referidas omissões probatórias, as autoridades judiciais dispuseram em duas oportunidades pelo arquivamento da causa, em dezembro de 2006, e em junho de 2008. Ademais, a Comissão mencionou que, desde a segunda reabertura da investigação, não se conta com informação que permita estabelecer que se tentou corrigir as referidas omissões. Finalmente, em relação à obtenção do consentimento dos familiares para a realização do procedimento de 26 de janeiro de 2001, destacou a omissão do Estado de esclarecer as irregularidades verificadas em relação a esses fatos. Portanto, concluiu que o Estado "não investigou os fatos do presente caso com a devida diligência".

179. Por outra parte, em relação ao dever de investigar em um prazo razoável, a Comissão examinou os quatro critérios estabelecidos na jurisprudência da Corte. Em relação ao primeiro elemento, a complexidade do assunto, observou que o presente caso versa sobre um alegado homicídio culposo em prejuízo de uma única vítima, ocorrido em um hospital público, no qual supostamente estiveram envolvidos alguns médicos, pelo que não encontrou motivos para considerar que este caso tenha envolvido um nível de complexidade que justificasse a demora de mais de 14 anos. Sobre o segundo elemento, a atividade processual do interessado, destacou que foi a pedido da parte, mediante as denúncias criminais, que se iniciaram e impulsionaram as investigações, pelo que argumentou que não é possível considerar que a demora se deveu a ações ou omissões dos familiares do senhor Poblete. Em relação ao terceiro elemento, a conduta das autoridades judiciais, destacou que a reabertura da causa em duas oportunidades não provocou a realização de diligências para corrigir as falhas na investigação por parte das autoridades, e, pelo contrário, destacou que, desde a reabertura em 2008 até hoje, não conta com informação sobre atividade no processo, exceto as respostas dadas pela Corte Suprema de Justiça diante dos pedidos de intervenção por parte dos familiares. Por último, considerou que não resultava necessário analisar o quarto elemento, a violação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Não obstante, destacou que, neste tipo de casos, o resultado do processo penal pode incidir nas perspectivas de reparação. Finalmente, a Comissão concluiu que as investigações realizadas em nível interno não cumpriram com a garantia de prazo razoável. A Comissão considerou que o Estado não conseguiu comprovar como um atraso injustificado no processo careceu de impacto direto no dever de devida diligência na investigação e resolução do processo. Cabe destacar que a Comissão não se pronunciou sobre a violação ao direito a um juiz imparcial.

180. As *representantes* coincidiram com o exposto pela Comissão em torno à violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Nesse sentido, sustentaram que o processo penal não cumpriu com os padrões exigíveis e que as vítimas não tiveram acesso a um recurso eficaz contra a violação de seus direitos, o que teve

como consequência o fato de não poderem gozar de uma proteção judicial efetiva. Ressaltaram a ineficácia com a qual se desenvolveu o processo e, como exemplo disso, assinalaram que não se realizaram as acareações solicitadas. Outrossim, destacaram a falta de diligência e efetividade dos operadores de justiça em impulsionar as investigações, que foram interrompidas e dilatadas injustificadamente, o que provocou a demora de sete anos do processo interno. Adicionalmente, alegaram a violação ao direito a um tribunal imparcial, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches. Em relação ao anterior, estimaram que a solicitação da juíza de realizar estudos sobre as faculdades mentais e Vinicio e Cesia Poblete Tapia foi tomada de modo completamente infundado, sem que do processo pudesse depreender-se algum elemento que a motivasse. Agregaram que a decisão da juíza foi arbitrária, pois carecia de fundamento, e em consequência, a consideraram uma mostra da falta de imparcialidade da julgadora. Concluíram que o Estado falhou em suas obrigações de proporcionar acesso à justiça e à verdade.

181. O *Estado* reconheceu a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação ao direito a um prazo razoável, considerando que a atuação das autoridades chilenas não foi suficientemente diligente (*supra* pár.16). Não obstante, não reconheceu a violação do direito à devida diligência (*supra* pár.20) pelo fato de ter estimado que a Primeira Vara Cível realizou todas as diligências probatórias necessárias. Em particular, o Estado destacou que, em relação à causa da morte do senhor Poblete Vilches, foram realizadas duas perícias médico-legais que estabeleceram que não se havia violado a *lex artis*, descartando o nexo causal entre a ação dos médicos e a morte do paciente. Agregou que as duas denúncias apresentadas foram tramitadas em seu antigo processo penal inquisitivo no qual quem conduzia a investigação era a mesma pessoa que julgava o assunto, prejudicando a imparcialidade exigida pelo devido processo. Destacou que todas as diligências probatórias foram concedidas, exceto a exumação do corpo e as acareações. Nesse sentido, assinalou que foram realizadas 19 das 26 diligências solicitadas, e esclareceu que, no presente caso, houve duas denúncias: a primeira em maio de 2001, na qual todas as diligências solicitadas foram concedidas e o senhor Vinicio e a senhora Cesia Poblete Tapia não solicitaram ser citados a ratificar a *querella*, e a segunda interposta em outubro de 2005, para a qual os senhores Poblete Tapia solicitaram a ratificação da *querella*, sendo citados para abril de 2006, pelo que não foram cinco anos de demora na citação, mas seis meses. O Estado argumentou que a atividade investigativa do tribunal foi positiva e substantiva, esgotando todos os recursos legais a seu alcance. Outrossim, o Estado tampouco reconheceu a violação ao direito a ser julgado por um tribunal imparcial (*supra* pár.20), pois considerou que a vara competente agiu dentro de suas faculdades legais, tendo como motivação a contida nas normas. A esse respeito, destacou que a imparcialidade subjetiva se presume a favor do juiz e, portanto, quem a alega deve prová-la por meio de elementos probatórios específicos e concretos. .

A Considerações da Corte

182. A Corte lembra que, no presente caso, apresentou-se uma primeira *querella* criminal, no ano de 2001, e uma segunda *querella*, no ano de 2005, por parte dos familiares do senhor Poblete Vilches. Em 11 de dezembro de 2006, a Primeira Vara Cível ordenou o arquivamento da causa. Não obstante, em 17 de fevereiro de 2007, desarquivou a causa. Novamente, em 30 junho de 2008, determinou o arquivamento causa e, em 5 de agosto de 2008, ordenou seu desarquivamento. Atualmente, não foram estabelecidas as responsabilidades penais correspondentes pelos fatos do presente caso (supra párs.59 a 79).

183. A Corte lembra que o Estado já reconheceu sua responsabilidade em relação ao descumprimento do prazo razoável, considerando a demora de, aproximadamente, 17 anos na investigação do presente caso sem resultados (*supra* pár.16). A esse respeito, a Corte nota que cessou esta controvérsia. Em virtude do anterior, a seguir, a Corte se referirá à alegada violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, pela alegada violação dos direitos:1) à devida diligência e 2) à imparcialidade judicial.

1. Em relação à devida diligência

184. Esta Corte afirmou que a proteção judicial "constitui um dos pilares básicos da Convenção Americana e do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática".[269] A Corte assinalou que "os artigos 8 e 25 da Convenção também consagram o direito ao acesso à justiça, norma imperativa de Direito Internacional".[270] Outrossim, o princípio de tutela judicial efetiva requer que os procedimentos judiciais sejam acessíveis às partes, sem obstáculos ou demoras indevidas, a fim de alcançar seu objetivo de forma rápida, simples e integral.[271] Somado ao anteriormente citado, este Tribunal afirmou que o artigo 25.1 da Convenção contempla a obrigação dos Estados Partes de garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos violatórios a seus direitos fundamentais,[272] reconhecidos seja na Constituição, nas leis ou na Convenção.[273]

185. Por outra parte, a Corte destacou de forma consistente que o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses

[269] *Cfr. Caso Castillo Páez vs. Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C No. 34, pár.82, e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra*, pár.174.
[270] *Cfr. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C No. 153, pár.131, e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra*, pár.174.
[271] *Cfr. Caso Mejía Idrovo Vs. Equador. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C No.228, pár.106, e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra*, pár.174.
[272] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito, supra*, pár.219, e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru, supra*, pár.174.
[273] *Cfr. Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C No 104. pár.73; *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru, supra*, pár.69, e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia. supra*, pár.185.

particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios.[274] Ademais, a investigação deve ser séria, objetiva e efetiva, e estar orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura e eventual julgamento e punição dos autores dos fatos.[275] Outrossim, a devida diligência exige que o órgão investigador realize todas aquelas atuações e averiguações necessárias para procurar o resultado perseguido.[276]

186. Igualmente, a possibilidade da Corte, no âmbito de sua competência, coadjuvante e complementar, de examinar os procedimentos internos de investigação,[277] pode levar a determinação de falhas na devida diligência em tais procedimentos.[278] Não obstante, isso será procedente assim que se evidenciar que as falhas alegadas possam ter afetado a investigação em seu conjunto, de modo "que conforme o tempo passe, afete-se indevidamente a possibilidade de obter e apresentar provas pertinentes que permitam esclarecer os fatos e determinar as responsabilidades correspondentes".[279] Nesse sentido, não se deve assumir que falhas em medidas específicas de investigação tenham um impacto negativo sobre o conjunto do processo se, apesar delas, a investigação teve um resultado efetivo na determinação dos fatos.[280]

187. Por outra parte, a Corte lembra que, em relação ao tratamento do cadáver da vítima, devem realizar-se algumas diligências mínimas e indispensáveis para a conservação dos elementos de prova e evidências que possam contribuir com o sucesso da investigação, tais como a autópsia.[281] Nesse sentido, a Corte estabeleceu que as autópsias e análises de restos humanos devem realizar-se de forma rigorosa, por profissionais competentes e usando os procedimentos mais apropriados.[282]

188. No presente caso, a Corte reitera que o Estado chileno não reconheceu sua responsabilidade pela violação relativa à devida diligência, em consequência subsiste a controvérsia a respeito (*supra* párs.30 e 181).

189. Este Tribunal adverte que o Estado chileno realizou uma série de diligências probatórias na investigação dos fatos do presente caso, tais como: a) a solicitação da

---

[274] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito, pár.177, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, par. 185.
[275] *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de sábado, 7 de junho de 2003. Série C No. 99, pár.127, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, pár.185.
[276] *Cfr. Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador.Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de março de 2005.Série C No. 120, pár.83, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, pár.185.
[277] *Cfr. Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63, pár.222, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, pár.186.
[278] *Cfr. Caso Yarce e Outras Vs. Colômbia*, pár.282, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, pár.186.
[279] *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2010. Série C No. 217, par. 172, e *Caso Vereda la Esperanza Vs. Colômbia, supra*, par. 186
[280] *Cfr. Caso Luna López Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C No. 269, par. 167, e *Caso Yarce e Outras Vs. Colômbia. supra*, par. 282.
[281] *Cfr. Caso Luna López Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C No. 269, par. 164, e *Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 2014. Série C No. 281, pár.227.
[282] *Cfr. Caso Irmãos Landaeta Mejías e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 2014.Série C No. 281, par. 227.

ficha clínica do senhor Poblete Vilches ao Hospital Sotero del Río; b) depoimentos de alguns denunciados e familiares do senhor Poblete; c) perícias médico-legais, e d) despacho de mandados de prisão contra o médico Luis Carvajal Freire.

190. Entretanto, a Corte constata que nunca foram realizadas diversas diligências probatórias ou atuações judiciais, a saber: a) a exumação do cadáver do senhor Poblete Vilches, com o fim de realizar uma autópsia que determine a causa real de sua morte, solicitada em 12 de novembro de 2001 e ordenada em 13 de fevereiro de 2002 (*supra* pár.60), e solicitada novamente em 7 de outubro de 2005 e em 29 de janeiro de 2007 pelos familiares do senhor Poblete; b) a causa penal pelo falecimento do senhor Poblete Vilches foi extinta em duas ocasiões em um período de, aproximadamente, um ano e seis meses. Ademais, desde a segunda reabertura da causa, em 4 de agosto de 2008, não se conta com evidência de atuações por parte das autoridades judiciais no processo encaminhadas a investigações os fatos ocorridos no presente caso, e a julgar e sancionar os responsáveis;[283] c) a acareação entre o senhor Vinicio Poblete Tapia e a senhora Cesia Leyla Poblete Tapia, com a doutora María Carolina Chacón Fernández, solicitada pelo primeiro em 21 de março de 2006, e d) não se realizou a prisão do doutor Luis Carvajal Freire. O anteriormente citado ocorreu, apesar de, nos dias 28 de fevereiro de 2004, 20 de dezembro de 2004 e 31 de outubro de 2005, a Primeira Vara Cível ter despachado os mandados de prisão contra ele. Ademais, em 6 de abril de 2004, a 19ª Vara Criminal ordenou a prisão contra ele pelo delito de desobediência às ordens da Primeira Vara Cível de Puente Alto. Em 8 de janeiro de 2005, a 19ª Vara Criminal ordenou sua prisão pelo quase-delito de homicídio, e, em 23 de maio de 2007, a Primeira Vara Cível comprovou que o doutor Luis Carvajal Freire continuava trabalhando no Hospital Sótero del Río.

191. Em relação às omissões descritas no parágrafo anterior, esta Corte enfatiza que elas são importantes para a averiguação da verdade jurídica, pois normalmente eram idôneas para esclarecer os fatos ocorridos no presente caso e identificar as responsabilidades correspondentes, tudo o que provocou uma situação de impunidade.[284]

192. Tendo em vista o anterior, a Corte considera que, no presente caso, as falências, atrasos e omissões na investigação penal demonstram que as autoridades estatais não agiram com a devida diligência nem de acordo com as obrigações

[283] Sobre o particular, a Corte constatou que, em 11 de dezembro de 2006, a Primeira Vara resolveu que "não se encontrava suficientemente justificado nos autos a existência de delito denunciado" e declarou que "ficava extinta temporariamente essa causa, até a reunião de novos e melhores dados de investigação". Não obstante, em 29 de janeiro de 2007, a representação do senhor Poblete Tapia solicitou a reabertura do processo, pelo que, em 17 de fevereiro de 2007, a Primeira Vara Cível desarquivou a causa e, em 17 de abril de 2007, o processo voltou a seu estado ativo. Da mesma maneira, em 11 de junho de 2008, a Primeira Vara Cível novamente declarou encerrado o processo e, em 30 de junho de 2008, decidiu mais uma vez a extinção "temporária da causa, até a coleta de novos e melhores dados de investigação". Assim, em 4 de agosto de 2008, em virtude de novos e melhores antecedentes, a representação da família do senhor Poblete Vilches solicitou o desarquivamento judicial e, em 5 de agosto de 2008, a Primeira Vara Cível ordenou o desarquivamento da causa (*supra* párs.71 a 79).

[284] *Cfr. Caso Osorio Rivera e família Vs. Peru, supra*, pár. 184, e *Caso Tenorio Roca e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C No. 314, par. 182.

de investigar e cumprir uma tutela judicial efetiva dentro de um prazo razoável, em função de garantir o esclarecimento dos fatos e determinação das respectivas responsabilidades. Após aproximadamente 17 anos, os fatos do presente caso permanecem impunes. Portanto, este Tribunal considera que o Estado não garantiu o acesso à justiça, contrariando os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 também da Convenção, em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches.

193. Finalmente, a Corte chama a atenção sobre o trabalho que os órgãos médicos colegiados de mediação devem, em todo caso, cumprir no momento de valorizar situações de negação de serviço de saúde ou erro médico. Para isso, é indispensável uma aproximação integral do direito à saúde, desde a perspectiva dos direitos humanos, bem como de impactos diferenciados, a fim de constituir-se como órgãos independentes que, a partir de sua experiência médica, garantam também os direitos dos pacientes.

2. Em relação à imparcialidade judicial

194. O artigo 8.1 da Convenção garante que as decisões nas quais se determinem direitos das pessoas devem ser adotadas pelas autoridades competentes determinadas pela lei interna[285] e sob o procedimento disposto para isso.[286]

195. A Corte destaca que o direito a ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo, devendo-se garantir que o juiz ou o tribunal, no exercício de sua função como julgador, conte com a maior objetividade para enfrentar o julgamento.[287] Este Tribunal estabeleceu que a imparcialidade exige que o juiz que intervém em uma contenda particular se aproxime aos fatos da causa carecendo, de forma subjetiva, de todo preconceito e, outrossim, ofereça garantias suficientes de índole objetiva que inspirem a confiança necessária às partes no caso, assim como aos cidadãos em uma sociedade democrática.[288] A imparcialidade do tribunal implica que seus integrantes não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia.[289] Isso considerando que o juiz deve aparecer como se estivesse agindo sem estar sujeito à influência, incentivo, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indireta,[290] mas única e exclusivamente conforme -e movido pelo Direito.[291]

---

[285] *Cfr. Caso da Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2013. Série C No. 266, pár.158, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, pár.159.

[286] *Cfr. Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, pár.159.

[287] *Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, pár.171, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, par. 162.

[288] *Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, pár.171, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, par. 162.

[289] *Cfr. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135, par.146, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, pár.162.

[290] Princípio 2 dos Princípios Básicos da ONU relativos à Independência da Magistratura.

[291] *Cfr. Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C No. 182, par. 56, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, pár.162.

196. Outrossim, o Tribunal reitera que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida, salvo prova em contrário. Para a análise da imparcialidade subjetiva, o Tribunal deve tentar averiguar os interesses ou motivações pessoais de um juiz em um determinado caso. Em relação ao tipo de evidência necessária para provar a imparcialidade subjetiva, deve-se tentar determinar se o juiz manifestou hostilidade ou se fez o caso ser enviado a ele por motivos pessoais.[292]

197. Uma violação do artigo 8.1 da Convenção pela suposta falta de imparcialidade judicial dos juízes deve ser estabelecida a partir de elementos probatórios específicos e concretos que indiquem que se está efetivamente diante de um caso no qual os juízes claramente se deixaram influenciar por aspectos ou critérios alheios às normas legais.[293] No presente caso, as representantes não contribuíram com elementos probatórios ou indícios que permitam a esta Corte considerar que as autoridades judiciais tenham agido com ausência de imparcialidade.

198. Consequentemente, a Corte conclui que o Estado não é responsável pela violação das garantias judiciais estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção, pela alegada falta de imparcialidade judicial.

VII-3
DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES (ARTIGO 5.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Argumentos da Comissão e das partes

199. A *Comissão* alegou que o Estado violou o artigo 5.1 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento no que diz respeito ao direito à integridade psíquica e moral em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches, com motivo do sofrimento adicional padecido por eles como produto das circunstâncias particulares correspondentes às violações perpetradas contra seus entes queridos e por causa das atuações ou omissões das autoridades estatais diante dos fatos. Em relação aos alegados maus-tratos sofridos pelos familiares do senhor Poblete Vilches, a Comissão manifestou não contar com elementos probatórios que lhe permitam realizar uma análise jurídica relativa a eles. Não obstante o anterior, destacou que o Estado teve conhecimento das alegações das supostas vítimas sobre atos incompatíveis tanto com sua integridade pessoal como a do senhor Poblete Vilches desde a denúncia realizada por eles em 12 de novembro de 2001.

200. As *Representantes* alegaram que o Estado violou o direito à integridade pessoal em prejuízo dos familiares diretos do senhor Poblete Vilches. Assinalaram que seus familiares sofreram uma profunda depressão após a morte do senhor Poblete

[292] *Cfr. Caso Atala Riffo e meninas Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, par. 234.
[293] *Cfr. Caso Atala Riffo e Meninas Vs. Chile. supra*, pár.190, e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, pár.165

Vilches, que afetou sua capacidade de enfrentar suas novas condições de vida e teve grave impacto em suas relações sociais, vínculos familiares e projetos de vida. Sustentando o anteriormente afirmado, enviaram como anexos os relatórios que documentam o quadro depressivo padecido pela senhora Blanca Margarita Tapia Encina e a tentativa de suicídio de Cesia Poblete Tapia após a morte do senhor Poblete Vilches. Nesse sentido, assinalaram que a Comissão identificou violações ao artigo 5.1 "em que atos imputáveis aos Estados resultaram em algum 'trauma emocional', em 'traumas e ansiedade', em impedimentos para 'seguir a vida como (a vítima) teria desejado, em 'efeitos psicológicos derivados' ou em 'violações à autoestima pessoal".

201. As Representantes agregaram que "sem desconsiderar a violação à integridade pessoal que os familiares do senhor Poblete Vilches sofreram como consequência dos fatos que derivaram em sua morte, padeceram também outras violações à integridade pessoal durante a internação do senhor Poblete Vilches por terem sido vítimas diretas de maus-tratos e humilhações" por parte da equipe do Hospital Sótero del Río durante as internações do senhor Poblete Vilches, afetando sua integridade pessoal. Como exemplos dos referidos maus-tratos, as representantes alegaram que a equipe médica tentou impedir que a família visse o senhor Poblete Vilches, "batendo a porta na cara deles", e que a equipe negou informação ou forneceu informação inexata sobre o estado de saúde do senhor Poblete Vilches sempre que os familiares solicitaram.[294] Nesse sentido, agregaram que, em seu entendimento, existiu uma violação autônoma do direito à integridade pessoal da senhora Blanca Tapia Encina e seus filhos, Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia e Cesia Leila Poblete Tapia, de modo que se devia declarar a responsabilidade do Estado do Chile pela violação do artigo 5.1 em conexão com o artigo 1.1 da Convenção em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches.

202. Por sua parte, o *Estado* não reconheceu ter violado o direito à integridade pessoal em prejuízo dos familiares diretos do senhor Vinicio Poblete Vilches, argumentando que não foi possível comprovar que sua morte tenha sido consequência da ação negligente, pelo que "uma suposta violação à integridade pessoal dos familiares teria que ser necessariamente consequência direta de uma violação de parte do Estado em relação à morte do senhor Vinicio Poblete Vilches", o que considera que não ocorreu. Nesse sentido, o Estado lembrou que, em relação à violação ao direito à integridade pessoal pelos alegados maus-tratos recebidos pelo senhor Poblete Vilches e seus familiares, a Comissão assinalou em seu Relatório de Mérito que "não conta com elementos adicionais que lhe permitam estabelecer como provados e, portanto, efetuar uma análise jurídica sobre os alegados maus-tratos sofridos pelo senhor Poblete Vilches e sua família". Por último, em suas Observações Finais, o Estado agregou que, em seu entendimento, não é possível estender sua

[294] Em seu entendimento, os maus-tratos e humilhações padecidos pelos familiares do senhor Poblete Vilches durante a internação provenientes da equipe médica do Hospital Sótero del Río ficaram demonstrados adicionalmente com os depoimentos de Jorge Alejandro Fuentes Poblete, Alejandra M. Fuentes Poblete e Teresa del Carmen Campos Quinteros, "e foram duramente explicados durante o transcurso da audiência pública pelo Sr. Vinicio Poblete Tapia".

responsabilidade internacional pela violação autônoma do direito à integridade dos familiares em virtude de que não se encontra confirmado o nexo causal entre o falecimento do senhor Vinicio Poblete Vilches e a atuação própria do Estado no caso concreto.

B. Considerações da Corte

203. No presente caso, subsiste a controvérsia entre as partes relativa à violação autônoma do direito à integridade em prejuízo de Blanca Tapia Encina, Vinicio Marco Antonio Poblete Vilches, Cesia Leila Siria Poblete Vilches e Gonzalo Poblete Vilches, derivada de seus padecimentos físicos e psicológicos sofridos pela morte do senhor Vinicio Poblete Vilches e a qual se imputa ao Estado, bem como derivados da denegação de justiça e os alegados maus-tratos recebidos no Hospital.

204. O Tribunal entendeu que, em determinados casos de violações graves aos direitos humanos, é possível presumir o dano de certos familiares das vítimas, após o sofrimento e a angústia que os fatos dos referidos casos supõem.[295] Uma vez valorizadas as circunstâncias do presente caso, a Corte determinou que, ao não se tratar de um caso que corresponda a uma violação grave aos direitos humanos em termos de sua jurisprudência, a violação à integridade pessoal dos familiares do senhor Vinicio Poblete Vilches, em atenção a seu sofrimento, deve ser comprovada.[296]

205. Esta Corte também destacou que a contribuição de parte do Estado para criar ou agravar a situação de vulnerabilidade de uma pessoa possui um impacto significativo na integridade das pessoas que a cercam, particularmente dos familiares próximos que se veem obrigados a enfrentar a incerteza e insegurança geradas pela violação de sua família nuclear ou próxima.[297]

206. No caso concreto, as violações físicas e psicológicas dos familiares do senhor Poblete Vilches consistentes em: i) que a senhora Blanca Tapia Encina "caiu em uma profunda depressão que se foi agravando à medida que as tentativas de esclarecer a morte do seu marido e obter justiça foram se frustrando um após o outro. Logo depois, diagnosticaram câncer, doença que, de modo fulminante, desencadeou em sua morte em 13 de janeiro de 2003, ou seja, menos de dois anos após a morte do seu marido. A causa da morte foi determinada como estado séptico, câncer na vesícula biliar com metástase múltipla"; ii) o quadro depressivo padecido pela senhora Cesia Leila Poblete Tapia, ocasionado pela morte do senhor Vinicio Poblete Vilches e que provocou uma tentativa de suicídio; iii) o câncer diagnosticado no senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia, em 2005, a posterior extirpação de seu rim direito e suas respectivas sequelas, assim como a doença pulmonar obstrutiva crônica, "produto de

[295] *Cfr. Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito.* Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C No. 36, par. 114, e *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, par. 67.
[296] *Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra* par. 158, e *Caso Valencia Hinojosa e outra Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2016. Série C No. 327, par. 142.
[297] Caso das Meninas Yean e Bosico. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C No 130, par. 204.

um enfisema pulmonar prévio", o diagnóstico de diabetes tipo mellitus no ano 2013 e a aparição de nódulos de tireoide; e, por último, iv) a morte do senhor Gonzalo Poblete Tapia como consequência de um infarto, quem previamente padecia de uma severa apoplexia desde sua infância produto de uma meningite intra-hospitalar, sendo que manifestou sintomas de depressão e uma deterioração geral de sua saúde.

207. Nesse sentido, a Corte não conta com elementos para determinar de forma fidedigna se os padecimentos físicos e os desenlaces mortais referidos pelos familiares foram consequência necessária dos fatos analisados neste caso. Ao não existir prova que confirme o nexo causal entre suas violações físicas e as imputações realizadas ao Estado, a Corte conclui que não se registrou violação nesse aspecto à integridade pessoal em prejuízo de Blanca Tapia Encina, Vinicio Marco Antonio Poblete Vilches, Cesia Leila Siria Poblete Vilches e Gonzalo Poblete Vilches.

208. Não obstante, o Tribunal estimou violado o direito à integridade psíquica e moral em prejuízo de determinados familiares com motivo do sofrimento que padeceram por causa das atuações ou omissões das autoridades estatais,[298] considerando, entre outros aspectos, as gestões realizadas por eles para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar.[299] Do mesmo modo, foi determinada a violação desse direito em virtude do sofrimento ocasionado a partir dos fatos perpetrados contra seus entes queridos.[300]

209. Sobre o particular, em audiência pública, Vinicio Marco Poblete declarou à Corte que:

> (...) minha família foi destruída pela injustiça, fomos discriminados, humilhados por sermos pobres, pelo órgão do Estado do Chile. O Estado, durante mais de 16 anos, tem conhecimento do que tinha acontecido com meu pai no hospital Sotero del Río e o Estado nunca investigou a morte do meu pai, jamais. (...) Para eles, foi apenas um homem pobre que mataram em um hospital público. Meu pai foi humilhado, maltratado física e psicologicamente por ser uma pessoa idosa em um hospital público. Foi vítima da saúde pública chilena e todos os sofrimentos destruíram minha família (...) foram anos de sofrimento e de injustiça para nós. Sofremos demais, demais com a minha irmã (...).

---

[298] *Cfr. Caso Vera Vera e outra Vs. Equador, supra* pár.104

[299] *Cfr. Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito. supra* pár.114, e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016, par. 161.

[300] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000, págs.162 e 163, e *Caso Vásquez Durand e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Série C No. 332, par. 182.

210. Nesse sentido, o Tribunal estima que, para o caso concreto se confirmou que, com motivo do estreito vínculo familiar que guardavam com a vítima direta, depreendem-se lógicos os sofrimentos ocasionados com motivo do tratamento recebido em um primeiro momento no Hospital Sótero del Río, tais como a impossibilidade de ver seu familiar, a falta de informação sobre um diagnóstico claro do paciente e forma de atende-lo em seu domicílio ao receber a alta e, particularmente, a falta de obtenção de seu consentimento relativo à intervenção em seu familiar (*supra* pár.173). Outrossim, a Corte entende o sofrimento dos familiares derivado do longo processo na busca da justiça, particularmente sobre o esclarecimento dos fatos, bem como da incerteza pela indeterminação da causa de morte do senhor Poblete Vilches, e frente a isso, a resposta oferecida pelas autoridades em diferentes instâncias (*supra* párs.59 e 81). As referidas violações repercutiram no seio familiar e no desenvolvimento de seus planos de vida. Portanto, o Estado resulta responsável pela violação do artigo 5.1 da Convenção, em prejuízo dos familiares do senhor Poblete Vilches.

VIII
REPARAÇÕES
(APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

211. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,[301] a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente e que essa disposição "recolhe uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.[302]

212. A Corte estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos registrados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá analisar a referida concorrência para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.[303]

213. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que possível, a plena restituição, que consiste no restabelecimento da situação anterior. Se isso não for factível, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências produzidas pelas infrações.[304]

---

[301] O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece: "Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte disporá que se garanta ao lesado no gozo do seu direito ou liberdade violados. Disporá, igualmente, se for procedente, que se reparem as consequências da medida ou situação que configurou a violação desses direitos e o pagamento de uma justa indenização à parte lesada".
[302] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparações e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C No. 7, pár.25, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 182.
[303] *Cfr. Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C No. 191, par. 110, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, pár.184.
[304] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparações, supra*, pár.26, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 183.

214. Em consideração às violações à Convenção declaradas nos capítulos anteriores, a Corte procede a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e os representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios determinados em sua jurisprudência em relação à natureza e alcance da obrigação de reparar,[305] com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados à vítima.

A. Parte lesada

215. Este Tribunal, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, considera parte lesada quem foi declarado vítima da violação de algum direito nela reconhecido. Portanto, esta Corte considera como "parte lesada" o senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches (falecido), bem como seus familiares:Blanca Tapia Encina (falecida), Gonzalo Poblete Tapia (falecido), Vinicio Marco Poblete Tapia e Cesia Poblete Tapia (*supra* pár.41).

A. Investigação

216. *A Comissão* solicitou que o Estado realize uma investigação "completa e efetiva" de modo a esclarecer o sucedido e, sendo necessário, "que se imponham as sanções correspondentes". Nesse sentido, a Comissão declarou que o Estado deve continuar a investigação que foi reaberta em 2008, ou iniciar uma nova investigação que possa superar os obstáculos que impediram "a obtenção de justiça" na primeira. A Comissão reiterou a importância de reparações em relação à necessidade de esclarecimento efetivo e completo das ações ou omissões que causaram responsabilidade internacional ao Estado, incluindo aspectos de caráter estrutural em relação ao atendimento médico recebido pelo senhor Poblete Vilches.

217. As *representantes* também solicitaram ordenar ao Estado reabrir a investigação penal e dar as instruções relevantes administrativas para determinar as causas e responsabilidades no caso.

218. O *Estado* fez referência a uma série de diligências solicitadas pelos denunciantes, que foram concedidas, tanto durante a primeira denúncia, como durante a segunda. Em suas alegações finais, em resposta à pergunta realizada pela Corte relativa à possível prescrição da ação penal; o Estado se referiu à legislação penal interna, que estabelece para o instituto da prescrição diferentes prazos segundo o tipo de delito, concluindo que o prazo de prescrição da ação penal, neste caso, é de 5 anos. Em relação à contagem do prazo, referiu que esse começa a correr no dia do cometimento do delito. Agregou que, apesar da suspensão da prescrição ocorrer desde o momento em que o procedimento se dirigiu contra o infrator; em junho de 2008, paralisou-se o processo penal e, como consequência, a contagem da prescrição opera como se nunca tivesse havido suspensão.

[305] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Reparações*, *supra*, pár.189, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 185.

219. A Corte, em sua jurisprudência, assinalou que a prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e que, geralmente, limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar seus autores. Considerando o anterior, e estando os fatos do caso prescritos de acordo com a legislação chilena, a Corte estima que, levando em conta o tipo de violação registrada,[306] não resulta procedente no presente caso ordenar ao Estado reabrir as investigações penais sobre fatos relacionados com o falecimento do senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, em fevereiro de 2001.

220. Sem prejuízo do anterior, a Corte disporá de outras medidas para satisfazer os direitos violados.

C. Satisfação

221. A *Comissão* solicitou que, além da reparação integral por danos materiais e morais, sejam incorporadas "medidas de satisfação moral".

222. As *representantes* solicitaram que se publique a sentença integral "em três jornais de grande circulação no país" e no Diário Oficial do Chile, tal como "a elaboração e publicação de um folheto" que resuma a sentença.

223. As representantes também solicitaram que a Corte ordene ao Estado realizar uma cerimônia pública "de desagravo com reconhecimento de responsabilidade internacional e pedido de desculpas públicas" por intermédio do Ministério de Justiça chileno e do Ministério da Saúde. Em relação a essa cerimônia, as representantes indicaram que autoridades locais e o diretor do Hospital Sótero del Río devem participar e que devem ser convocados os meios de comunicação "em nível nacional para sua difusão". Por outra parte, solicitaram que o Estado envie uma carta oficial ao senhor Vinicio Poblete Tapia e à senhora Cesia Poblete Tapia, onde reconheça as violações a seus direitos e peça desculpas por elas.

224. Por último, as representantes solicitaram que o Estado, tal como a Corte ordenou no *Caso Ruano Torres e outros Vs. El Salvador*, "coloque uma placa em um lugar visível da sede da Unidade de Defensoria Pública (...) dentro do ano seguinte à notificação da sentença"[307] e uma placa comemorativa pelo senhor Poblete Vilches em um lugar a definir, "preferentemente próximo ao Hospital", cujo conteúdo deve ser definido com as vítimas presumidas e o Estado.

225. O *Estado* não se pronunciou a respeito.

i) Publicação da Sentença

[306] *Cfr. Caso Albán Cornejo Vs. Equador, supra*, par. 111; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, par. 176 e *Caso Vera Vera Vs. Equador, supra*, par. 117.

[307] *Caso Ruano Torres e outros Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C No. 303, par. 225.

226. A Corte estima, como já dispôs em outros casos,[308] que o Estado deverá publicar no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente sentença: a) o resumo oficial desta sentença, elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial em um tamanho de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, em um jornal de grande circulação nacional em um tamanho de letra legível e adequado, e c) a presente sentença, na íntegra, disponível por um período de um ano, em um portal de Internet oficial, de maneira acessível ao público e da página de início do portal. O Estado deverá informar de forma imediata a esta Corte uma vez que proceda a realizar cada uma das publicações dispostas, independentemente do prazo de um ano para apresentar seu primeiro relatório disposto no Ponto Resolutivo 19 da Sentença.

ii) Ato público de reconhecimento de responsabilidade

227. A Corte dispõe, como já fez em outros casos,[309] que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional no Chile, no qual deverá se referir às violações de direitos humanos declaradas na presente sentença. Este ato deverá realizar-se mediante uma cerimônia pública na presença de altos funcionários do Estado, bem como com a participação das vítimas deste caso. O Estado deverá definir com as vítimas ou seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, bem como as particularidades requeridas, tai como o lugar e a data de sua realização. Para isso, o Estado conta com o prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente sentença.

D. Reabilitação

228. A *Comissão* não se pronunciou a respeito.

229. As *representantes* solicitaram que as supostas vítimas no presente caso recebam atendimento médico e psicológico. Nesse sentido, solicitaram que o Estado proporcione a cada vítima um valor de US$10 mil pelos gastos relacionados a esses tratamentos médicos e psicológicos. Outrossim, solicitaram a garantia de um atendimento de saúde de qualidade para os múltiplos padecimentos físicos que sofrem atualmente.

230. O *Estado* não se pronunciou a respeito.

231. A *Corte* constata que existe um nexo causal entre os fatos do caso e as violações psicológicas e emocionais sofridas pelas vítimas, que foram registradas no Capítulo VII-3. Em consequência, este Tribunal estima pertinente que, sendo solicitado pelas vítimas, seja fornecido atendimento psicológico profissional como medida de reabilitação das violações psicológicas e emocionais sofridas como consequência dos

[308] *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C No. 88, pár.79, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 199.
[309] *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparações e Custas, supra*, par. 81; *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, par. 336, e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, par. 368.

fatos do presente caso. Portanto, a Corte dispõe a obrigação a cargo do Estado de fornecer, por meio de suas instituições de saúde, o atendimento médico psicológico de forma gratuita e imediata às vítimas, atendendo suas necessidades específicas. No momento de oferecer o tratamento, é essencial atender as circunstâncias e necessidades de cada vítima, com o objetivo de obter um tratamento personalizado e eficaz. Outrossim, os tratamentos deverão incluir o fornecimento de medicamentos e, sendo o caso, transporte e outros gastos diretamente relacionados e estritamente necessários. Particularmente, o referido tratamento deverá ser fornecido, na medida do possível, nos centros mais próximos a seu lugar de residência. As vítimas que solicitarem esta medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente sentença, para dar a conhecer ao Estado sua intenção de receber atendimento psicológico ou psiquiátrico.

E. Garantias de não repetição

232. A *Comissão* solicitou adotar mecanismos de não repetição, incluindo: "i) as medidas legislativas, administrativas e de outra índole necessárias para a implementação do consentimento informado em matéria de saúde, de acordo com os padrões estabelecidos no presente relatório; ii) as medidas necessárias, incluindo medidas orçamentárias, para assegurar que o Hospital Sótero del Río conte com os meios e infraestrutura necessários para oferecer um atendimento adequado, particularmente quando for necessária terapia intensiva; e iii) as medidas de capacitação e treinamento aos operadores judiciais em relação ao dever de investigar possíveis responsabilidades derivadas da morte de uma pessoa como consequência de um atendimento inadequado em saúde".

233. As *representantes* solicitaram a adoção de medidas em direito interno relativas à regulação da conduta dos profissionais da saúde, conforme os padrões relevantes nacionais e internacionais na matéria, bem como medidas legislativas e de qualquer outra índole "destinadas a robustecer a responsabilidade civil e penal dos médicos e servidores da saúde". Também solicitaram a devida implementação da obrigação de transparência ativa em relação às prestações em saúde, com a finalidade de assegurar o direito a oferecer livre consentimento informado a todos os pacientes submetidos a tratamento médico no sistema de saúde pública e privada chilena. Outrossim, solicitaram a capacitação dos profissionais da saúde de hospitais e clínicas públicas e privadas em relação a "direitos humanos, direito penal, direitos dos pacientes e a jurisprudência da Corte Interamericana". Finalmente, pediram a construção de um hospital para idosos ou a remodelação de hospitais existentes com o fim de contar com uma ala de atendimento específico para os idosos e, consequentemente, o aumento de leitos disponíveis para este grupo particular.

234. O *Estado* fez referência a diversas medidas implementadas durante os anos em matéria de consentimento informado no âmbito da saúde, para ajustar-se aos padrões internacionais na matéria. Nesse sentido, mencionou que o documento "Normas e Documentos de Ética Médica", elaborado em 1986 pelo Colégio Médico do

Chile, foi atualizado em 2013 e agora inclui o consentimento informado. Outrossim, assinalou que, em 1º de outubro de 2012, entrou em vigor Lei No. 20.584, que "regula o consentimento informado do paciente, proporcionando-lhe autonomia para decidir a que procedimentos médicos submeter-se" e "o direito a obter informação necessária para prestar o consentimento". Nesse sentido, a Lei anterior se aplica para qualquer tipo de prestador de serviços de saúde, tanto do setor privado quanto do público, e regula a maneira de entregar a informação ao paciente, que deve ser suficiente, oportuna, veraz e compreensível para este ou seu representante legal ou pessoa sob cujo cuidado se encontrar, caso este não puder recebê-la. Também, a Lei inclui a criação de comitês de ética assistencial e comitês de avaliação éticos científicos. O *Estado* também indicou que, em 26 de novembro de 2012, entrou em vigor o "Regulamento sobre entrega de informação e expressão de consentimento informado nos atendimentos de saúde", que desenvolve a normativa anterior e regula a entrega de informação para realizar qualquer atuação em saúde e a forma de obter o consentimento informado do paciente.

235. Em relação ao pedido das representantes de construir um hospital para idosos ou estabelecer pavilhões específicos para eles, o *Estado* classificou de desproporcional e desnecessário, pois destacou contar com o Instituto Nacional de Geriatria (INGER). Ademais, assinalou que realizou uma profunda política pública em matéria de acessibilidade de leitos, o que considera uma clara garantia de não repetição do presente caso. Nesse sentido, ressaltou que existe um aumento de leitos críticos, de 1.234, em 2006, para 2.839, em 2016, e manifestou que o sucesso desta política explica-se pela criação da Unidade de Gestão centralizada de leitos no Ministério de Saúde, que opera 24 horas por dia, sete dias por semana. Finalmente, destacou que outro fundamento para rejeitar a medida é a reflexão sobre a pertinência de que, por vias judiciais, sejam estabelecidas políticas públicas desse nível de detalhe e compromisso para o gasto público, pois considera que "uma decisão com essas características é daquelas onde se dá ao Estado uma margem de apreciação para sua execução".

236. A *Corte* registra e valoriza todas as ações e avanços implementados pelo Estado com o fim de dar cumprimento a suas obrigações em relação à implementação do consentimento informado, segundo os padrões internacionais na matéria. Nesse sentido, reconhece os esforços do Estado chileno na promulgação da Lei No. 20.584 e seu respectivo Regulamento, que regulam a maneira em que deve ser obtido o consentimento informado, e as obrigações dos prestadores de serviços de saúde sobre a informação que devem oferecer aos pacientes. Adicionalmente, a Corte valoriza positivamente o aumento no número de leitos de cuidados e a Unidade de Gestão Centralizada de leitos.[310] Não obstante, a Corte observa que, em relação à disponibilidade de leitos em UCI, não se depreende um aumento significativo em

[310] O Estado informou em relação a leitos que esses passaram de 1234, em 2006, para 2839, em 2016, em virtude do trabalho realizado pelo Ministério de Saúde. (f.856).*Cfr.* Declaração juramentada do Dr. Osvaldo Salgado Cepeda perante tabelião público, (procedimento probatório, f.4641).

sua infraestrutura.[311] Em vista dos fatos e violações registradas; à luz da informação enviada, a Corte estima pertinente determinar as seguintes medidas como garantias de não repetição:[312]

1.Capacitações

237. Com o propósito de reparar o dano de forma integral e de evitar que fatos similares aos do presente caso se repitam, a Corte estima necessário ordenar ao Estado que,[313] dentro de um prazo de um ano, adote programas de educação e formação permanentes dirigidos aos estudantes de medicina e profissionais médicos, bem como a todo o pessoal que faz parte do sistema de saúde e previdência social, incluindo órgãos de mediação, sobre o tratamento adequado às pessoas idosas em matéria de saúde da perspectiva dos direitos humanos e impactos diferenciados. Dentro dos referidos programas, deverá mencionar-se, especialmente, a presente sentença e os instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relativos ao direito à saúde (*supra* párs.118 a 132) e acesso à informação (*supra* párs.160 a 171).[314] O Estado deverá informar anualmente sobre sua implementação.

2. Informe sobre implementação de avanços no Hospital Sotero del Río

238. Outrossim, a Corte considera necessário que o Estado chileno assegure, por meio das medidas suficientes e necessárias, que o Hospital Sótero del Río conte com os meios de infraestrutura indispensáveis para fornecer um atendimento adequado, oportuno e de qualidade a seus pacientes, particularmente relacionados com situações de urgência em atendimento de saúde, oferecendo uma proteção reforçada aos idosos. Para isso, a Corte solicita ao Estado que informe, no prazo de um ano, sobre: a) os avanços implementados, atualmente ao relatório, em infraestrutura da Unidade de Cuidados Intensivos do referido Hospital; b) os protocolos vigentes de atendimento frente a urgências médicas, e c) as ações implementadas para a melhoria no atendimento médico dos pacientes na UCI, particularmente os idosos – da perspectiva geriátrica –, e à luz dos padrões desta sentença. O Estado deverá informar

[311] *Cfr.* Nível de Complexidade em Atendimento Fechado, Departamento de Processos e Transformação Hospitalar, 2012, (procedimento probatório5312). Assinala, na análise comparativa entre o tipo de leitos que dispõem os hospitais de alta complexidade, (12% de leitos críticos, 8% de leitos de cuidados intensivos e 80% de leitos de cuidados básicos). Este desequilíbrio entre a demanda e o tipo de oferta aprofunda a falta de acesso para uma hospitalização oportuna e adequada às necessidades do paciente, mesmo assim se produz um atraso no fluxo de pacientes a partir das unidades críticas.
Cfr. Guia de organização e funcionamento, Unidades de pacientes críticos adultos, Ministério de Saúde, 2004, (procedimento probatório, f.5196). Discorre sobre a situação atual do estado de leitos críticos para adultos no país.

[312] De acordo com o artigo 63.1, as garantias de não repetição tradicionalmente estiveram destinadas a "reparar as consequências das medidas ou situação que configuraram a violação desses direitos".

[313] *Cfr. Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador, supra*, pár.164, e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, pár.368.

[314] *Cfr. Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia, supra* pár. 316, e *Caso I.V.Vs. Bolívia, supra*, pár.342.

anualmente sobre estes avanços por um período de três anos. A Corte valorizará esta informação em sua supervisão e se pronunciará a respeito.

3. Incidência geriátrica na saúde e medidas a favor das pessoas idosas

i) Fortalecimento institucional

239. Em relação à solicitação das representantes de criar um hospital especializado no tratamento médico de idosos, ou a habilitação de uma ala especializada para os idosos dentro dos hospitais já existentes e de robustecer a responsabilidade civil e penal dos servidores de saúde nesses casos, o Tribunal registra a existência do "Instituto Nacional de Geriatria" na melhoria do atendimento médico às pessoas idosas no Chile, pelo que insta o Estado a fortalecer esta instituição e sua incidência na rede hospitalar, tanto pública como privada, vinculando-se também na capacitação disposta no parágrafo 237. Em virtude das particularidades desta medida, a Corte não supervisionará o cumprimento deste ponto.

ii) Cartilha sobre pessoas idosas

240. Como foi feito em outro caso,[315] estima-se pertinente ordenar o Estado a projetar uma publicação ou cartilha que desenvolva, de forma sintética, clara e acessível, os direitos das pessoas idosas em relação à saúde, contemplados nos padrões estabelecidos nesta sentença, bem como as obrigações do pessoal médico ao fornecer atendimento. A referida publicação (impressa e/ou digital) deverá estar disponível em todos os hospitais públicos e privados do Chile, tanto para os pacientes como para o pessoal médico, bem como no portal de Internet do Ministério de Saúde. O Estado deverá informar anualmente sobre a implementação desta medida por um período de três anos, uma vez iniciada a implementação do referido mecanismo.

iii) Proteção integral a pessoas idosas

241. Finalmente, a Corte dispõe que o Estado adote as medidas necessárias, a fim de projetar uma política geral de proteção integral às pessoas idosas, de acordo com os padrões na matéria. Para isso, o Estado deverá implementá-la durante o prazo de três anos, a partir da notificação da sentença.

F. Indenização compensatória

242. A *Comissão* solicitou incorporar na reparação integral aos familiares do senhor Poblete Vilches tanto o dano material quanto o moral.

243. As *representantes* solicitaram uma indenização compensatória pelos danos materiais e imateriais. Em relação aos danos materiais, as representantes indicaram que

[315] *Cfr. Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina, supra*, pár.295. e *Caso I.V. Vs. Bolívia, supra*, pár.341.

não foi possível obter provas do salário do senhor Poblete Vilches, dado que o trabalho que ele desenvolvia era completamente informal. Entretanto, seus filhos declararam que ele ganhava, aproximadamente, quinhentos mil pesos chilenos (500.000) por mês" (aproximadamente US$: 888 em fevereiro de 2001).[316] Em relação à senhora Cesia Poblete Tapia, ela ganhava, aproximadamente, trezentos mil pesos chilenos (300.000) (aproximadamente US$ 532 em fevereiro de 2001)[317] por mês no momento da morte de seu pai; mas, consequentemente, teve que deixar de trabalhar para cuidar de sua mãe e de seu irmão menor inválido. Por outra parte, as representantes agregaram que as supostas vítimas gastaram cerca de sete milhões de pesos chilenos (7.000.000- aproximadamente US$ 12430 em fevereiro de 2001) durante mais de 14 anos em envio de documentos pelo correio para a Comissão Interamericana e ao realizar ligações telefônicas relacionadas com o caso. Outrossim, notaram que toda documentação a respeito, arquivada pelas supostas vítimas, foi queimada em um incêndio ocorrido em sua casa. Solicitaram, também, que se considerem todos os gastos relacionados com a morte do senhor Poblete Vilches, a senhora Blanca Tapia Encina e do senhor Gonzalo Poblete,[318] como, por exemplo, os realizados no funeral, enterro e serviços religiosos. Considerando o exposto, as representantes solicitaram que a Corte conceda uma indenização de vinte mil dólares dos Estados Unidos da América (US$ 20.000) ou a cifra que a Honorável Corte estimar adequada.[319]

244. Em relação aos danos morais, as representantes assinalaram que, como resultado dos fatos do presente caso: i) a senhora Blanca Tapia Encina sofreu depressão profunda, seguida de câncer, doença que a levou a óbito; ii) a senhora Cesia Poblete Tapia também sofreu uma grave depressão e tentou suicidar-se após a morte de seu pai; iii) o senhor Vinicio Marco Poblete Tapia teve que assumir o cuidado de sua família, dedicou seu tempo livre aos processos judiciais e terapias psicológicas, o que o impediu de conseguir um emprego estável e, ademais, começou a sofrer problemas graves de saúde, já que foi diagnosticado com câncer e perdeu seu rim direito, e iv) por último, o senhor Gonzalo Poblete Tapia, quem padecia de uma severa apoplexia desde a infância, "começou a manifestar também sintomas compatíveis com um quadro depressivo como consequência do qual se produziu uma deterioração geral de seu

[316] http://www.sii.cl/pagina/valores/dolar/dolar2001.htm
[317] http://www.sii.cl/pagina/valores/dolar/dolar2001.htm
[318] Em relação a Gonzalo Tapia, 4) Gastos realizados como consequência do funeral de Gonzalo Poblete Tapia:$ 110,000 pesos chilenos (Escrito de petições, argumentos e provas, f.275 a 276).
[319] Para chegar a esta cifra, as representantes listaram os seguintes gastos: i) 12.000 pesos chilenos: gastos de transferência em ambulância particular (aproximadamente US$ 21 em fevereiro de 2001); ii) 469.851 pesos chilenos: gastos de serviço funerário do senhor Poblete Vilches (aproximadamente US$ 834 em fevereiro de 2001); iii) 627.600 pesos chilenos de funeral da senhora Blanca Tapia (aproximadamente US$ 1.114 em janeiro de 2003); iv) 110.000 pesos chilenos: gastos de serviço funerário do senhor Gonzalo Poblete Tapia (aproximadamente US$ 195 em dezembro de 2011); v) 33.777,341 pesos chilenos: gastos de serviços médicos durante a primeira internação da senhora Cesia Poblete Tapia na Clínica Dávila após sua tentativa de suicídio (aproximadamente US$ 59 na atualidade); vi) 21.179 pesos chilenos: gastos por serviços médicos durante a segunda internação da senhora Cesia Poblete Tapia na Clínica Dávila após sua tentativa de suicídio (aproximadamente US$ 37.609 na atualidade); vii) 6.000 pesos chilenos: gastos pelos serviços médicos da doutora Sandra Momtufar Castillo (aproximadamente US$ 10.654 em fevereiro de 2001). (Escrito de petições, argumentos e provas, ff.277 a 278).

estado de saúde" e faleceu de um infarto em 2011. Nesse sentido, as representantes solicitaram a concessão de US$ 600.000 (seiscentos mil dólares dos Estados Unidos da América) a título dede dano moral, ou, caso a Corte não estiver de acordo com o valor solicitado, que essa o determine conforme o princípio de equidade. Do valor solicitado, as representantes solicitaram a entrega de US$ 200,000 (duzentos mil dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Poblete Vilches e que o valor seja repassado a seus herdeiros, US$ 150,000 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Blanca Tapia Encina e que este valor seja repassado a seus herdeiros, US$ 125,000 (cento e vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Cesia Poblete Tapia e US$ 125,000 (cento e vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para o senhor Vinicio Poblete Tapia.

245. O *Estado* assinalou que, em relação ao dano moral, a dor e o sofrimento indicado pelas representantes teriam que ser consequência de um ilícito internacional. Em relação à morte do senhor Poblete Vilches, o Estado assinalou que não se pôde comprovar que seu falecimento tenha sido o resultado de conduta negligente imputável ao Estado. Nesse sentido, o Estado afirmou que, em virtude da falta de um nexo causal, a Corte não poderia considerar a morte do senhor Poblete Vilches como um fato do qual poderia surgir a obrigação de reparação por parte do Estado. Agregou que a Corte tampouco poderia considerar a morte da senhora Blanca Tapia Encina ou do senhor Gonzalo Poblete Tapia, assim como os problemas de saúde que padeceram Cesia Poblete Tapia e Vinicio Poblete Tapia posteriormente à morte de seu pai, dado que resultaram de causas naturais; ou seja, não foram provocadas por fatos imputáveis ao Estado. Em relação ao dano material, o Estado assinalou que em relação aos salários não recebidos pelo senhor Poblete Vilches, as representantes não demonstraram a existência de um nexo causal e que sua morte fosse consequência direta da conduta negligente por parte do Estado. O Estado agregou que, pelas mesmas razões anteriormente assinaladas, tampouco existe um nexo causal entre os danos alegados por gastos relativos aos serviços de funeral, enterros e serviços religiosos realizados após as mortes do senhor Poblete Vilches, da senhora Blanca Tapia Encina e do senhor Gonzalo Poblete Vilches, já que estas não estão diretamente relacionadas com os fatos do presente caso e derivaram de causas naturais.

1. Dano Material

246. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe: "a perda ou redução das rendas das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e das consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso"[320] Por isso, a Corte determinará a pertinência de outorgar reparações pecuniárias e os valores respectivos devidos neste caso.

[320] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparações, supra*, par. 43, e *Caso Pacheco León e outros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de novembro de 2017 Série C No 342, par. 217.

247. Em relação ao *lucro cessante*, a Corte observa que as representantes não apresentaram prova concreta sobre os salários não recebidos pelo senhor Poblete Vilches, dado que o posto que ocupava era de caráter informal e apenas se conta com o salário aproximado indicado pelos seus filhos, que consta de 500 mil pesos chilenos por mês. Em virtude de que o Estado foi considerado responsável por violações aos artigos 26, 4, 5, 13, 11 e 7 da Convenção, e considerando as condições particulares do senhor Poblete Vilches, a Corte dispõe que o Estado deve pagar, em caráter de indenização compensatória com motivo do lucro cessante, o valor de US$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

248. Por outra parte, a Corte observa que não se registrou no capítulo correspondente (*supra* pár. 207) as violações derivadas da morte da senhora Blanca Margarita Tapia Encina e Gonzalo Poblete Tapia pelo que não se concederá lucro cessante ou dano emergente por esses fatos.

249. Em relação ao *dano emergente*, a Corte constata que, derivado da morte do senhor Poblete Vilches e das violações declaradas no capítulo VII da presente sentença, foram realizados gastos relacionados com o transporte de ambulância do senhor Poblete Vilches, e seu posterior funeral, enterro e serviços religiosos.[321] Este Tribunal entende que, em virtude do incêndio sofrido na residência familiar, alguns comprovantes foram destruídos ou se perderam com o passar do tempo. Considerando o anteriormente citado, a Corte estima que se conceda um valor razoável de US$ 1.000 (mil dólares dos Estados Unidos da América).

250. Os valores estabelecidos pela Corte, a título de lucro cessante e dano emergente, deverão ser entregues a seus dois filhos em partes iguais, no prazo de um ano a partir da notificação da sentença.

2. Dano Moral

251. Em relação ao dano moral, este Tribunal determinou que "pode envolver tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, o menoscabo de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família".[322]

252. De acordo com os critérios desenvolvidos pela Corte sobre o conceito de dano moral[323] e, atendendo às circunstâncias do presente caso, o caráter das violações cometidas, a Corte determina, por equidade, o valor de US$ 100.000 (cem

[321] As representantes indicaram que os gastos correspondentes ao transporte de ambulância do Hospital Sotero del Río ao domicílio familiar após a primeira internação foram de $12.000 pesos chilenos, de acordo com o comprovante apresentado no anexo 16 do Escrito de Petições, Argumentos e Provas e os gastos referentes ao funeral do senhor Poblete Vilches correspondem a $ 469,851 pesos chilenos, segundo o disposto nos comprovantes incluídos no anexo 72 do Escrito de Petições, Argumentos e Provas.(Escrito de petições, argumentos e provas, f.277).

[322] *Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C No. 77, pár.84 e *Caso Pacheco León e outros Vs. Honduras, supra*, pár.217.

[323] *Cfr. Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas, supra*, pár.84. e *Caso Pacheco León e outros Vs. Hondu*ras, *supra*, pár.217.

mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do senhor Poblete Vilches.[324] O valor estabelecido pela Corte deverá ser entregue a seus herdeiros como beneficiários da reparação no prazo de um ano, a partir da notificação da sentença.

253. Adicionalmente, em vista da violação registrada em prejuízo dos familiares, que derivaram em danos em sua esfera moral e psicológica, a Corte determina, por equidade, as seguintes somas em dinheiro, correspondente a US$ 15.000 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos quatro familiares vítimas do presente caso (*supra* pár. 244). No caso das pessoas falecidas, o valor deverá ser entregue a seus herdeiros.

G. Gastos e Custas

254. A *Comissão* não se pronunciou em relação a gastos e custas.

255. As *representantes* assinalaram que as vítimas presumidas gastaram em torno de 7 milhões de pesos chilenos durante mais de 14 anos em envio de documentos pelo correio para a Comissão Interamericana e realizando ligações telefônicas relacionadas ao caso. Ademais, as representantes notaram que, toda a documentação relativa ao caso arquivada pelas supostas vítimas, foi queimada no incêndio de sua casa.

256. O *Estado* não se pronunciou a respeito.

257. A *Corte* reitera que, conforme sua jurisprudência,[325] os custos e gastos fazem parte do conceito de reparação, toda vez que a atividade realizada pelas vítimas com o fim de obter justiça, tanto em nível nacional quanto internacional, implica gastos que devem ser compensadas quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Em relação ao reembolso dos custos e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar, prudentemente, seu alcance, que envolve os gastos criados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os criados no curso do processo diante do sistema interamericano, considerando as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação deve ser realizada considerando os gastos apontados pelas partes, sempre que seu *quantum* for razoável.[326]

258. Este Tribunal assinalou que "as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custos e gastos e as provas que as sustentam devem apresentar-se à Corte no primeiro momento processual que for concedido, ou seja, no escrito de petições e argumentos, sem desconsiderar que tais pretensões se atualizem em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos realizados em ocasião

---

[324] *Cfr. Caso Albán Cornejo Vs. Equador, supra*, pár.153; *Ximénes Lopes Vs. Brasil, supra,pár. 238 e Suárez Peralta Vs. Equador, supra*, pár.214.
[325] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparações, supra*, par. 42, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, pár.214.
[326] *Cfr. Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C No. 39, pár.82, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 214.

do procedimento perante esta Corte".[327] Outrossim, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas se requer que as partes argumentem no sentido de relacionar a prova com o fato que se considera representado, e que, ao tratar-se de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com clareza suas naturezas e sua justificativa.[328]

259. No presente caso, a Corte constata que os representantes não se referiram ao valor dos gastos realizados durante o litígio em nível nacional nem apresentaram provas. Portanto, a Corte não conta com o respaldo probatório para determinar os gastos realizados. Em relação aos desembolsos realizados durante o processo internacional, tampouco foi apresentada prova para estabelecê-los devido a sua desaparição no incêndio ocorrido na residência familiar. Entretanto, a Corte considera razoável supor que, durante os anos de tramitação do presente caso, a vítima tenha realizado gastos econômicos. Por outra parte, a Corte também considera razoável que as vítimas do presente caso e seus representantes tenham realizado diversos gastos relativos a honorários, coleta de provas, transporte, serviços de comunicação, entre outros, no trâmite internacional do presente caso. Consequentemente, a Corte decide determinar um valor razoável na soma de US$ 15.000 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) com motivo do trabalho realizado no litígio do presente caso, que deverá ser entregue às vítimas sobreviventes no presente caso, que poderão repassá-lo a quem corresponder, o que não será supervisionado pela Corte.

H. Devolução dos gastos ao Fundo de Assistência Legal de Vítimas

260. Em 2008, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos criou o Fundo de Assistência Legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante também "FALV"), com o "objeto de facilitar o acesso ao sistema interamericano de direitos humanos a aquelas pessoas que atualmente não dispõem dos recursos necessários para levar seu caso ao sistema".[329] As representantes, em seu escrito de petições, argumentos e provas, solicitaram acolher-se ao Fundo de Assistência da Corte. Mediante Resolução emitida pelo Presidente da Corte Interamericana em 21 de setembro de 2017,[330] foi declarado procedente a aplicação do Fundo para cobrir os gastos de: i) viagem e estadia necessários para que as duas defensoras interamericanas participem da audiência pública e exercer seu trabalho de representação; ii) viagem

[327] *Cfr. Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações, supra*, pár.79, e *Caso Zegarra Marín Vs. Peru, supra*, par. 230.
[328] *Cfr. 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, pár.277, e *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, supra*, par. 215.
[329] AG/RES.2426 (XXXVIII-O/08), Resolução adotada pela Assembleia Geral da OEA durante a celebração do XXXVIII Período Ordinário de Sessões da OEA, na quarta sessão plenária, celebrada em 3 de junho de 2008, "Criação do Fundo de Assistência Legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos", Ponto Resolutivo 2.a), e CP/RES.963 (1728/09), Resolução adotada em 11 de novembro de 2009 pelo Conselho Permanente da OEA, "Regulamento para o Funcionamento do Fundo de Assistência Legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos", artigo 1.1.
[330] *Cfr.* Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Convocação de audiência. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de setembro de 2017, pár.21.

e estadia necessários para que o senhor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia, o senhor Javier Alejandro Santos compareçam na referida audiência e apresentar seu depoimento e parecer pericial, respectivamente; iii) os custos gerados pelos depoimentos por *declaração juramentada* de cinco declarantes ou peritos no total propostos pelas defensoras, segundo se especifica na parte resolutiva desta decisão; iv) os demais gastos razoáveis e necessários que tenham realizado ou possam realizar as defensoras interamericanas.

261. Mediante nota da Secretaria da Corte de 12 de janeiro de 2018,[331] foi enviado relatório ao Estado sobre os gastos realizados em aplicação do Fundo de Assistência no presente caso, que chegaram ao valor de US 10.939,93[332] (dez mil novecentos e trinta e nove dólares dos Estados Unidos da América e noventa e três centavos)[333] e, segundo o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o funcionamento do referido Fundo, foi concedido um prazo para que o Estado chileno apresentasse as observações que estimasse pertinentes.[334] Considerando o anterior, a referida soma deverá ser devolvida no prazo de noventa dias, contados a partir da notificação da presente decisão.

I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

262. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e moral, bem como a devolução das custas e gastos estabelecidos na presente sentença diretamente à pessoa nela indicada, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente sentença, nos termos dos seguintes parágrafos.

263. Caso o beneficiário venha a falecer antes de receber as respectivas indenizações, estas se efetuarão diretamente a seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.

264. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda chilena, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio vigente na bolsa de Nova Iorque, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

---

331 (Processo de mérito, ff.1327 a 1328).

332 O valor requerido corresponde a: i) passagens aéreas das defensoras e depoentes em audiência no valor de US$ 6.977,45 (seis mil novecentos e setenta e sete dólares dos Estados Unidos da América), ii) gastos no valor de US$ 2.893,00 (dois mil oitocentos e noventa e três dólares dos Estados Unidos da América), iii) gastos em transporte no valor de US$ 570 (quinhentos e setenta dólares dos Estados Unidos da América), e iv) *declaração juramentada* no valor de US$ 499,48 (quatrocentos e noventa e nove dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e oito centavos).

333 O valor requerido corresponde a: i) passagens aéreas de US$ 6.977,45 (seis mil novecentos e setenta e sete dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e cinco centavos), ii) gastos no valor de US$ 2.893,00 (dois mil oitocentos e noventa e três dólares dos Estados Unidos da América), iii) gastos de transporte por US$ 570,00 (quinhentos e setenta dólares dos Estados Unidos da América), e iv) gastos de declaração juramentada no valor de US$ 499,48 (quatrocentos e noventa e nove dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e oito centavos) (processo de mérito, f. 1328).

334 Mediante comunicação de 6 de fevereiro de 2018, o Estado indicou que não tinha observações ao Relatório de gastos do Fundo de Assistência (processo de mérito, f.1382).

265. Se, por causas atribuíveis ao beneficiário das indenizações ou a seus herdeiros, não fosse possível pagar as somas determinadas dentro do prazo indicado, o Estado consignará os valores a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira chilena solvente, em dólares dos Estados Unidos da América, e nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e a prática bancária do Estado. Se não for reclamada a indenização correspondente uma vez transcorridos dez anos, os valores serão devolvidos ao Estado com a incidência de juros.

266. As somas determinadas na presente sentença, como indenização por dano moral, e como devolução de custas e gastos deverão ser entregues às pessoas indicadas em forma integral, conforme o estabelecido nesta sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.

267. Caso o Estado se constitua em mora, incluindo a devolução dos gastos ao Fundo de Assistência Legal de Vítimas, deverá pagar juros sobre a soma devida, correspondente à taxa de juros bancária moratória na República do Chile.

IX
PONTOS RESOLUTIVOS

Portanto,

A CORTE

DECIDE,

Por unanimidade, que:

1. Aceita o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional realizado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 25 a 34 da presente sentença.

DECLARA:

Por unanimidade, que:

2.O Estado é responsável pela violação do direito à saúde, de acordo com o artigo 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 também da Convenção, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches, nos termos dos parágrafos 99 a 143 e 174 a 176 da presente sentença.

3.O Estado é responsável pela violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção Americana, em relação aos artigos 26 e 1.1 também da Convenção, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches, nos termos dos parágrafos 144 a 151 e 174 a 176 da presente sentença.

4.O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, em relação aos artigos 26 e 1.1 também da

Convenção, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches, nos termos dos parágrafos 158 a 160 e 174 a 176 da presente sentença. O Estado é responsável pela violação do direito à saúde, de acordo com o artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 26 1.1 da também da Convenção, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches, nos termos dos parágrafos 158 a 160 e 174 a 176 da presente sentença.

5.O Estado é responsável pela violação do direito a obter um consentimento informado e acesso à informação em matéria de saúde, de acordo com os artigos 26, 13, 7 e 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 também da Convenção, em prejuízo do senhor Vinicio Poblete Vilches e de seus familiares, nos termos dos parágrafos 161 a 173 e 174 a 176 da presente sentença.

6.O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 também da Convenção, em prejuízo de seus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia e Cesia Poblete Tapia, nos termos dos parágrafos 182 a 193 da presente sentença.

7.O Estado é responsável pela violação à integridade pessoal, reconhecida no artigo 5.1 da Convenção Americana, em prejuízo de seus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia e Cesia Poblete Tapia, nos termos dos parágrafos 203 a 210 da presente sentença.

8.O Estado não é responsável pela violação do direito à previdência social, de acordo com o artigo 26 da Convenção Americana, nem do direito à imparcialidade judicial, de acordo com o artigo 8 também da Convenção, nos termos do parágrafo 99 e 194 a 198, respectivamente, da presente sentença.

E DISPÕE:

Por unanimidade, que:

9.Esta sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação.

10.O Estado deve, dentro do prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta sentença, realizar as publicações indicadas no parágrafo 226 da presente decisão.

11.O Estado deve, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta sentença, realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade, nos termos do parágrafo 227 da presente decisão.

12.O Estado deve fornecer, por meio de suas instituições de saúde, o atendimento médico psicológico de forma gratuita e imediata às vítimas, no modo e no prazo determinados no parágrafo 231 da presente decisão.

13.O Estado deve implementar, no prazo de um ano, programas permanentes de educação em direitos humanos, nos termos referidos no parágrafo 237 desta sentença.

Por quatro votos a favor e um contra, que:

14.O Estado deve informar ao Tribunal, no prazo de um ano, sobre os avanços que implementou no hospital de referência, nos termos do parágrafo 238 da presente sentença.

15.O Estado deve fortalecer o Instituto Nacional de Geriatria e sua incidência na rede hospitalar, de acordo com o estabelecido no parágrafo 239 desta sentença, bem como confeccionar uma publicação ou cartilha que desenvolva os direitos das pessoas idosas em matéria de saúde, de acordo com o estabelecido no parágrafo 240 desta sentença.

16.O Estado deve adotar as medidas necessárias, a fim de elaborar uma política geral de proteção integral às pessoas idosas, nos termos referidos no parágrafo 241 desta sentença.

Voto dissidente do juiz Humberto Antonio Sierra Porto

Por unanimidade, que:

17.O Estado deve pagar os valores determinados nos parágrafos 247, 249, 252, 253 e 259 da presente sentença, a título de compensação por dano material e moral e pela devolução de custas e gastos, nos termos dos referidos parágrafos e do previsto nos parágrafos 250, 253, 259 e 262 a 267 desta sentença.

18.O Estado deve devolver ao Fundo de Assistência Legal de Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos o valor gasto durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 261 desta sentença.

19.O Estado deve, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta sentença, entregar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la, sem desconsiderar o estabelecido nos parágrafos 226 e 231 da presente decisão.

20.A Corte supervisionará o cumprimento integral desta sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cumprimento total ao nela disposto.

O juiz Humberto Sierra Porto deu a conhecer seu voto individual parcialmente dissidente, que acompanha esta sentença.

Prolatada em espanhol, em San José, Costa Rica, em 8 de março de 2018.

Corte IDH.Caso *Poblete Vilches e outros Vs.Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 9 de março de 2018.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente

HUMBERTO A. SIERRA PORTO ELIZABETH ODIO BENITO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

EMILIA SEGARES RODRÍGUEZ
Secretária Adjunta

Comunique-se e execute-se,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente

Emilia Segares Rodríguez
Secretária Adjunta

VOTO CONCORRENTE DO JUIZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

À SENTENÇA DE 8 DE MARÇO DE 2018 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

NO CASO DE POBLETE VILCHES E OUTROS VS. CHILE

I. Introdução

1. Com o habitual respeito pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, também "a Corte" ou "o Tribunal"), permito-me formular o presente voto concorrente. O voto fundamenta-se na análise de mérito realizada pela Corte sobre a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos direitos à saúde, vida, integridade pessoal e acesso à informação. Em concreto, explicarei as razões pelas quais aderi ao voto da maioria na declaração de responsabilidade internacional pela violação ao direito à saúde (*supra*, párr.143), e farei algumas reflexões sobre a análise da Corte sobre violações aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (doravante, também "DESCA") sobre a base do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, também "a Convenção"). Nesse sentido, advirto que minhas reflexões complementam o já expressado em meus

votos parcialmente dissidentes dos casos *Lagos del Campo Vs. Peru*,[335] *Trabalhadores Dispensados de Petroperu e outros Vs. Peru*,[336] e *San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela*;[337] bem como no meu voto concorrente do caso *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador.*

II. Em relação a minha adesão à declaração de responsabilidade internacional por violação ao direito à saúde

2. Na presente sentença, a Corte concluiu, essencialmente, (i) que os serviços de saúde oferecidos ao senhor Poblete Vilches não cumpriram os padrões de disponibilidade, acessibilidade, qualidade e aceitabilidade, o que constituiu uma violação a seu direito à saúde; (ii) que o Estado descumpriu seu dever de obter o consentimento informado dos familiares da vítima diante da intervenção cirúrgica realizada; e (iii) que o Estado violou seu direito à vida e à integridade pessoal, pois a falta de um adequado atendimento médico derivou em um resultado nocivo e, em última instância, em sua morte (párs.174-175). Portanto, o Tribunal considerou o Estado chileno responsável pela violação aos artigos 26, 4, 5, 13, 7 e 11 da Convenção Americana em relação às obrigações de não discriminação, previstas no artigo 1.1 do mesmo instrumento; bem como da violação aos numerais 26, 13, 7 e 11, em prejuízo de seus familiares (par.176).

3. Mesmo compartilhando o critério defendido pelos meus colegas juízes, manifestado em minha adesão a sua posição nos Pontos Resolutivos da sentença (*supra*, Ponto Resolutivo 2), é relevante esclarecer que isto não significa um distanciamento do já argumentado em outros votos dissidentes ou concorrentes anteriores.[338] Reitero que a justiciabilidade dos DESCA, por meio de uma aplicação direta do artigo 26 da Convenção, apresenta pelo menos duas grandes falhas: a primeira, que o mencionado artigo 26 não contém propriamente um catálogo de direitos, mas remete à Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante, "a Carta da OEA"), e que, por sua vez, a Carta da OEA tampouco contém um catálogo de direitos claros e precisos que permita derivar deles obrigações exigíveis aos Estados por meio do sistema de petições individuais, e em todo caso reconhece direitos de natureza prestacional.[339]

---

[335] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto.

[336] *Caso Trabalhadores Dispensados de Petroperú e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto.

[337] *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C No. 348. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto A. Sierra Porto.

[338] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto A. Sierra Porto; e *Caso Trabalhadores Dispensados de Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto A. Sierra Porto.

[339] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto, pár. 9 e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto, págs.7 a 9.

A segunda, que o argumento utilizado na sentença para justificar a competência da Corte ignora que os Estados pactuaram, no Protocolo de San Salvador,[340] que a competência da Corte para conhecer sobre violações aos DESCA, por meio do sistema de petições individuais, restringe-se a alguns aspectos do direito à liberdade sindical e o direito à educação.[341]

4. Sem desconsiderar o anteriormente citado, não restam dúvidas de que as violações aos direitos humanos do senhor Poblete Viches, declaradas nesta sentença, foram resultado do deficiente tratamento médico recebido, que comprometeu sua integridade pessoal e sua vida. A Corte determinou que o Estado negou à vítima um tratamento médico de urgência, não obstante existia um risco, pelo que concluiu que o Estado não teria adotado as medidas necessárias para garantir seu direito à vida, em violação ao artigo 4.1 da Convenção em relação ao artigo 26 e 1.1 do mesmo instrumento (pár.150). Em sentido similar, a Corte considerou que as distintas omissões do pessoal médico do hospital contribuíram com a deterioração da saúde do senhor Poblete, afetando assim sua integridade pessoal, em violação ao artigo 5.1 da Convenção em relação com o artigo 26 e 1.1 do mesmo instrumento.

5. A Corte acertou ao vincular sua análise das violações à vida e à integridade pessoal da vítima à luz de diversos aspectos prestacionais do direito à saúde. No que diz respeito a este ponto da análise, a Corte seguiu a tese –em minha visão correta - que havia sustentado ao longo de sua jurisprudência de analisar as violações em matéria de DESCA por conexão.[342] A análise deste caso comprovou a pertinência da aproximação da Corte a este tipo de situações antes do caso *Lagos del Campo*. Em efeito, como já mencionei em outras ocasiões, a análise dos DESCA por conexão permite definir as obrigações em matéria de direito à saúde em expandir as competências da Corte além do que corresponderia a qualquer Tribunal, e o que uma leitura atenta do direito na Convenção Americana, do Protocolo de San Salvador e do direito internacional permitem.

6. Isto não quer dizer que a análise deste caso constitui um acerto em todos seus níveis. A sentença inclui múltiplas referências expressas à aproximação que a Corte realizou a partir do caso *Lagos del Campo*, no que se refere à possibilidade de declarar violações ao artigo 26 de maneira autônoma e por uma violação "individual" (pár.100-132), e declarou a responsabilidade internacional do Estado nesses termos

---

[340] O *Protocolo* adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais *"Protocolo de San Salvador"*, estabelece, no artigo 19.6 o seguinte: "Caso os direitos estabelecidos no parágrafo a) do artigo 8 e no artigo 13 fossem violados por uma ação imputável diretamente a um Estado Parte do presente Protocolo, tal situação poderia dar lugar, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e quando proceder, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos".

[341] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017.Série C No. 340.Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto, págs. 15 a 17.

[342] *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298, pár. 191 e 229; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C No. 57, 89 e 90; *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340, pár.154.

(pár.143). Mas se a sentença for lida de forma detalhada, é possível perceber que a análise relacionada com a violação ao direito à saúde está intimamente ligada aos problemas sofridos pelo senhor Poblete Vilches em relação a sua vida e sua integridade pessoal. Na verdade, é bastante difícil, senão impossível, discernir onde começa e onde termina o ilícito internacional relativo a cada um dos direitos que se declaram violados. Nesse sentido, é possível afirmar que as considerações relacionadas com as obrigações do Estado em matéria de saúde contidas na sentença passam a ter sentido prático uma vez que se refletem na análise dos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção. Segundo minha consideração, resulta desnecessária a análise do artigo 26 entendido de maneira autônoma, apesar de ter uma enorme relevância quando considerado em conexão com o direito à vida e à integridade pessoal. No caso concreto, esta análise deriva em uma duplicidade desnecessária em relação à declaração dos direitos convencionais violados, o que se manifesta na medida em que as condutas e omissões imputadas ao Estado como violadoras dos direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal são, em essência, as mesmas.

7. Considerando o anteriormente citado, esclareço que meu voto a favor da sentença no Ponto Resolutivo 2 não deve ser entendido como uma aceitação da tese – em meu conceito errada - que a Corte sustentou recentemente sobre a possibilidade de declarar violações autônomas ao artigo 26 da Convenção Americana. Pelo contrário, deve ser entendido como um voto a favor da responsabilidade internacional do Chile pela falta de atendimento médico do senhor Poblete Vilches, o que derivou na violação a seus direitos à integridade pessoal e à vida em relação ao direito à saúde.

III. Reflexões sobre a análise da violação ao direito à saúde no presente caso

8. Por outro lado, este caso também permite elaborar algumas reflexões adicionais às já expostas em outras ocasiões sobre a problemática aproximação que a Corte decidiu adotar na análise da violação autônoma ao artigo 26 da Convenção. Estas reflexões devem ser lidas em relação com os argumentos já expostos em meus outros votos dissidentes ou concorrentes de casos recentes.[343]

9. Em primeiro lugar, e em relação ao mencionado no ponto anterior, cabe questionar o sentido prático da ação da Corte ao declarar a violação ao artigo 26 de maneira autônoma, quando a violação registrada neste caso é à integridade pessoal e à vida do senhor Poblete Vilches. A análise parece sugerir que, quando se produz uma violação à integridade pessoal ou à vida de uma pessoa, como resultado de um

[343] *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto. *Caso Trabalhadores Dispensados de Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto. *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C. No. 348; *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298. Voto Concorrente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

atendimento médico deficiente, gera-se uma violação automática ao direito à saúde em sua dimensão "individual" (págs.150 e 155); entretanto, a sentença não estabelece com clareza qual é a violação específica ao direito à saúde da vítima nessa dimensão "individual", mas centra-se em estabelecer as razões pelas quais o Estado descumpriu seus deveres e obrigações em matéria de prestação adequada do serviço de saúde, e daí deriva que se afetou sua saúde (pár138). A Corte, desta forma, assume uma posição consequencialista que funde –e confunde- a violação à integridade e à vida do senhor Poblete Vilches, com a violação a seu direito à saúde. Este é o mesmo erro conceitual no qual a Corte incorreu em *Lagos del Campo, Trabalhadores Dispensados de Petroperu e outros*, e em *San Miguel Sosa e outras*.

10. Esta omissão conceitual, estimo, exerce um efeito direto na segurança jurídica da qual também somos guardiões, pois resulta na impossibilidade de realizar uma adequada subsunção de um fato concreto em relação a uma norma. Na verdade, esta aproximação parece subsumir a norma em relação a um fato. Nesse sentido, cabe questionar: qual é, exatamente, o catálogo de DESCA protegidos pela Convenção? Onde começa e onde termina esse catálogo? Esta incerteza jurídica não afeta apenas os Estados, mas as vítimas de violações de direitos fundamentais que busquem utilizar o sistema de petições individuais. Por exemplo: cabe questionar, em relação a qual agravo se deveriam esgotar os recursos da jurisdição interna? Um que se configure em atenção à dimensão "individual", ou um que se configure na dimensão "coletiva", mas que tenha efeitos particulares? Em minha opinião, a abordagem dos casos antes citados não tem uma resposta a nenhuma das perguntas apresentadas. Como Tribunal, estamos obrigados a dar uma resposta que permita previsibilidade; disso depende a confiança pública na institucionalidade interamericana.

11. Estas reflexões não são motivadas unicamente no espírito de gerar um vigoroso debate de ideias, mas também pela autêntica preocupação das consequências e do impacto que possam gerar nossas decisões. No atual clima de insegurança jurídica gerado pelo caso *Lagos del Campo*, abre-se a possibilidade de uma onda de petições individuais baseadas em supostas violações a DESCA que poderiam agravar o problema do excesso de casos da Comissão, o que redundaria precisamente em prejuízo das pessoas que se pretende proteger. Como Tribunal, temos a responsabilidade e a obrigação de não desconhecer esta realidade, nem muitas outras realidades nas quais nossas decisões serão finalmente aplicadas.

12. Ademais, este tipo de análise faz parecer ocioso o depoimento de responsabilidade internacional do Estado por violação ao direito à saúde, pois, na verdade, o bem afetado –e registrado ante esta Corte– é a integridade pessoal e a vida do senhor Poblete Vilches. Isto reforça a prudência da tese que sustenta que o direito à saúde deve ser analisado, em sua faceta "individual", em relação ao direito à integridade pessoal ou à vida, e em sua faceta "progressiva", em relação à suficiência dos serviços de saúde fornecidos pelo Estado. Orientar a análise desta forma permitiria que a Corte identificasse, por um lado, quanto é possível vincular as ações do Estado em matéria de prestação de serviços de saúde com a violação à integridade pessoal

ou à vida de uma pessoa. Por outro lado, permitiria avaliar quando a política pública em matéria de DESCA no Estado é *per se* violatória das obrigações de progressividade estabelecidas no artigo 26 da Convenção. Na primeira hipótese, a análise se faria sobre a base do artigo 4 e/ou 5 em relação ao artigo 26 e 1.1; e, na segunda hipótese, se faria diretamente sobre a base do artigo 26 em relação ao artigo 1.1 da Convenção.

13. Uma aproximação desta natureza permitiria distinguir aqueles casos nos quais o Estado é responsável pela violação a um direito individual como resultado do atendimento médico deficiente em um hospital público, e aqueles onde os elementos prestacionais em matéria de serviços de saúde são em si mesmos violatórios do artigo 26 da Convenção. Claro que entrar na análise de aspectos prestacionais requer um esforço metodológico e conceitual de enorme transcendência, mas permitiria estabelecer certa racionalidade e objetividade na atribuição de responsabilidade do Estado sobre a base do artigo 26. Também permitiria estabelecer um nexo causal entre o depoimento de violação ao direito à saúde e as medidas de reparação orientadas a melhorar a política pública de um Estado. Ocorre que, neste caso, a Corte avaliou a prestação de um serviço de saúde em um hospital público, e daí deriva uma violação "individual" ao direito de saúde do senhor Poblete Vilches sobre a base do artigo 26 da Convenção.

14. Mas a metodologia seguida pela Corte dificulta –ou impossibilita, neste caso– identificar o nexo causal entre as ações e omissões do Estado e a violação ao direito à saúde do senhor Poblete Vilches.Certo, a Sentença considerou uma série de atos que determinaram a violação do direito à saúde.[344] Entretanto, não ficou claro como esses atos repercutiram na saúde da vítima, e parece que como existiu uma série de omissões na prestação do serviço, isso implicou uma violação automática ao direito à saúde. Talvez, para solucionar este problema, teria sido necessário determinar com clareza em que consiste o direito à saúde em sua faceta "individual", e estabelecer, com clareza, como as ações estatais violam esse direito. Mas, inclusive nesse pressuposto, o Tribunal teria que agir como legislador, pois o direito à saúde é, tal e como está regulado no artigo 26 da Convenção, um direito prestacional. Portanto, declarar um Estado responsável pela violação a esse direito porque uma pessoa não teve acesso a um adequado serviço médico, implicaria que, de um fato concreto, julgue-se um sistema de prestação de serviços de saúde.

15. Em segundo lugar, reitero meu desacordo com os alcances que a sentença dá ao princípio de interdependência e indivisibilidade em relação com sua interpretação ao artigo 26. Em efeito, o referido princípio assinala que desfrutar de um direito depende para sua existência da realização de outros, mas isso não implica que automaticamente devem incorporar-se os DESCA ao conteúdo da Convenção. Da

[344] Por exemplo: a sentença menciona as seguintes:(i) a falta de informação aos familiares em relação à condição e cuidados do paciente; (ii) a realização de uma intervenção cirúrgica sem o consentimento informado; (iii) a alta concedida de forma precipitada; (iv) a falta de provisão de tratamento intensivo requerida na UCI Médica; (v) a falta de disponibilidade de camas; (vi) a falta de assistência através de um respirador mecânico; e (v) a omissão de dispensar o paciente da transferência a outro centro médico que contasse com as instalações necessárias.

mesma forma, em relação ao princípio de indivisibilidade, é verdade que os direitos estão intrinsecamente conectados e não devem ser vistos de forma isolada, mas a indivisibilidade dos direitos tampouco é suficiente para modificar a competência de um tribunal, como propõe quem pretende uma justiciabilidade direta por meio da interpretação ampla do artigo 26 da Convenção.[345] Na verdade, os princípios de indivisibilidade e interdependência são congruentes com uma análise dos DESCA da perspectiva da conectividade, pois sua aplicação não implica uma expansão ilimitada das competências da Corte, mas sim permite um entendimento mais amplo dos direitos protegidos pela Convenção.

16. Por outro lado, a sentença afirma que "resulta claro interpretar que a Convenção Americana incorporou em seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), por meio de uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação previstas no artigo 29 da Convenção; particularmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e inclusive reconhecidos em matéria interna" (pár.103). A partir desta interpretação, a sentença sugere que os DESCA que possam ser objeto de análise por meio do sistema de petições individuais são aqueles contidos na Carta da OEA, aqueles reconhecidos na Declaração Americana, aqueles reconhecidos em "matéria interna", e aqueles que se derivem do *corpus iuris* internacional e nacional na matéria.

17. Segundo esta aproximação, o artigo 26 é uma espécie de norma de remissão a toda a normativa nacional e internacional que se refere aos DESCA, o que potencialmente reconheceria à Corte, em virtude de uma leitura peculiar do artigo 29 da Convenção, a competência para declarar violações a qualquer direito previsto em qualquer instrumento nacional e internacional que o contenha, sempre que se possa categorizar como um DESC. Esta interpretação é tão alheia das regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e da Convenção Americana,[346] e tão distante do sistema de fontes de direito previsto pelo direito internacional,[347] que resulta um ato de criação normativa e de expansão de competências como talvez

[345] *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2015.Série C No. 298. Voto Concorrente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, pár.4.

[346] No *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto. Neste voto afirmei o seguinte: "Se tentar construir um catálogo de DESC a partir da Carta é uma tarefa interpretativa complexa, utilizar os tratados de direitos humanos existentes para dar conteúdo ao artigo 26 da CADH, a única coisa que pode gerar é uma dinâmica de "vis expansiva" da responsabilidade internacional dos Estados. Ou seja, ao não contar com um catálogo definido dos DESC cuja infração gera responsabilidade dos Estados, estes não podem prevenir nem reparar internamente as possíveis infrações porque, basicamente, a Corte IDH pode modificar o catálogo dos direitos, dependendo do caso."

[347] Cabe lembrar que o artigo 38.a do Estatuto da Corte Internacional de Justiça assinala: "1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito".

nunca antes visto pela comunidade internacional. Seguindo esta lógica maximalista, sobre a base do artigo 29 da Convenção, a Corte teria competência para declarar a responsabilidade internacional do Estado quando se registrar a violação de um DESCA reconhecido em alguma norma de direito nacional ou internacional, sem maiores considerações de ordem formal. Nesse sentido, cabe recordar à maioria que a Corte Interamericana é um tribunal internacional, não um tribunal constitucional, e que a Convenção Americana é um tratado internacional, e não uma constituição nacional.

18. Em relação ao anterior, mesmo podendo parecer óbvias, é fundamental recordar o significado de algumas normas básicas do direito internacional. A primeira regra é o artigo 26 da Convenção de Viena, que prevê a obrigação dos Estados de cumprir de boa-fé com as normas acordadas por eles. Isto significa que as obrigações internacionais dependem, em primeiro lugar, de sua aceitação por parte dos Estados signatários de um tratado, pelo que uma norma que não foi aceita por um Estado como fonte de obrigação internacional (como uma norma contida no direito nacional de outro Estado, ou uma norma contida em um tratado sobre o qual a Corte não tem competência), não pode ser exigida no plano internacional mediante o sistema de petições individuais do Sistema Interamericano. É certo que os tribunais internacionais desempenham um papel no desenvolvimento do direito, mas este papel deve estar limitado de forma que a Corte não se transforme em um legislador irrestrito, como a posição assumida pela maioria requer em matéria de DESCA.

19. A segunda norma é o artigo 29 da Convenção Americana, que prevê – *inter alia* – que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de:

> 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;
>
> 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.

20. O artigo 29 da Convenção desempenha o importante papel de evitar que, de uma interpretação da Convenção Americana, os Estados possam limitar o gozo ou exercício de um direito contido no direito nacional ou no direito internacional. Para a Corte Interamericana, esta norma serviu para interpretar as cláusulas da Convenção à luz de outros instrumentos nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos e, desta forma, dar maior conteúdo a eles.[348] Mas uma coisa é utilizar o artigo 29

[348] *Caso Trabalhadores Dispensados de Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto, pars. 14 a 20. *Caso família Pacheco Tineo Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C No. 272, par. 143.

da Convenção para evitar que os Estados limitem direitos reconhecidos no âmbito nacional ou em outros instrumentos internacionais ao invocar a Convenção, e que a Corte o utilize como meio interpretativo para atualizar o conteúdo normativo das cláusulas da Convenção, e outra muito diferente é utilizar o artigo 29 da Convenção como uma espécie de norma de remissão para outras normas de direito nacional e internacional para, assim, "afirmar" a competência da Corte para declarar violações de direitos previstos em instrumentos nacionais e internacionais sobre os que a Corte claramente carece de competência. De toda forma, essa leitura é um abuso do princípio *pro persona* e uma violação ao princípio de segurança jurídica que não lhe permitiria aos Estados preverem o tipo de conduta que devem realizar em cumprimento de suas obrigações internacionais.

21. Como complemento do anterior, é importante assinalar que as normas de direitos humanos previstas em instrumentos como a Declaração Americana de Direitos Humanos, ou outros atos da mesma natureza, sim têm um valor normativo que é relevante para a identificação do conteúdo das obrigações internacionais previstas pela Convenção.[349] Mas isto não significa que estes instrumentos gozem da mesma obrigatoriedade que um tratado internacional, e devam ser reconhecidos como normas de *soft law*. Isto implica que sua obrigatoriedade dentro do sistema de fontes de direito internacional está "relativizada", e que não constitui uma fonte de direitos e obrigações autônoma que pode dar lugar à responsabilidade internacional do Estado pelo seu descumprimento. Isto é importante, pois a Corte deve ser especialmente cuidadosa para não confundir as obrigações que surgem para os Estados em virtude de cláusulas convencionais, que reconhecem direitos e obrigações de exigibilidade imediata, e sobre as que a Corte tem competência, daquelas normas ou princípios que servem para a interpretação de ditas cláusulas convencionais.

22. Como expressei em outras ocasiões, é importante lembrar que a utilização de normas externas à Convenção para sua interpretação deve operar sobre uma série de pressupostos sobre o valor normativo que têm tanto as normas e princípios que são interpretados (por exemplo: a Convenção), como aquelas que se utilizam como parâmetros de interpretação (por exemplo: a Declaração Americana).[350] Ou seja, a interpretação feita pela Corte não é –nem deve ser– absolutamente livre, mas deve realizar-se no marco do previsto por regras secundárias de direito internacional que

[349] O então Juiz da Corte IDH, Sergio García Ramírez, no artigo intitulado "O controle judicial interno de convencionalidade" publicado na IUS Revista do Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, México, no.28, julhodezembro de 2011, págs.123-159, expôs que: no direito internacional dos direitos humanos, figuram, além dos tratados e dos protocolos aludidos como direito "duro" de caráter imperioso e vinculante, outras fontes de caráter diversos, como declarações, estatutos e regulamentos, opiniões consultivas, sentenças, outras resoluções jurisdicionais, recomendações, relatórios, princípios, relatorias, conclusões de encontros internacionais, e, assim, sucessivamente, que constituem um direito "suave" (*soft law*) que não conta com o mesmo caráter imperativo e vinculante. Existe uma forte tendência a dotar esta *soft law* de crescente eficácia.

[350] *Cfr.* O direito à Informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Opinião Consultiva OC-16/99, par. 114, e Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (Interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador), Opinião Consultiva OC22/16, par. 49.

determinam a obrigatoriedade das fontes do direito e a maneira como elas devem ser interpretadas (como é o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). A Corte Interamericana é um tribunal internacional e, portanto, é razoável assumir que se comporte como tal. Este trabalho será especialmente relevante na medida em que a Corte começar a "desenvolver" o conteúdo dos DESCA à luz da interpretação seguida desde o caso *Lagos del Campo* e com a qual manifestei meu desacordo.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Juiz

Emilia Segares Rodríguez

Secretária Adjunta

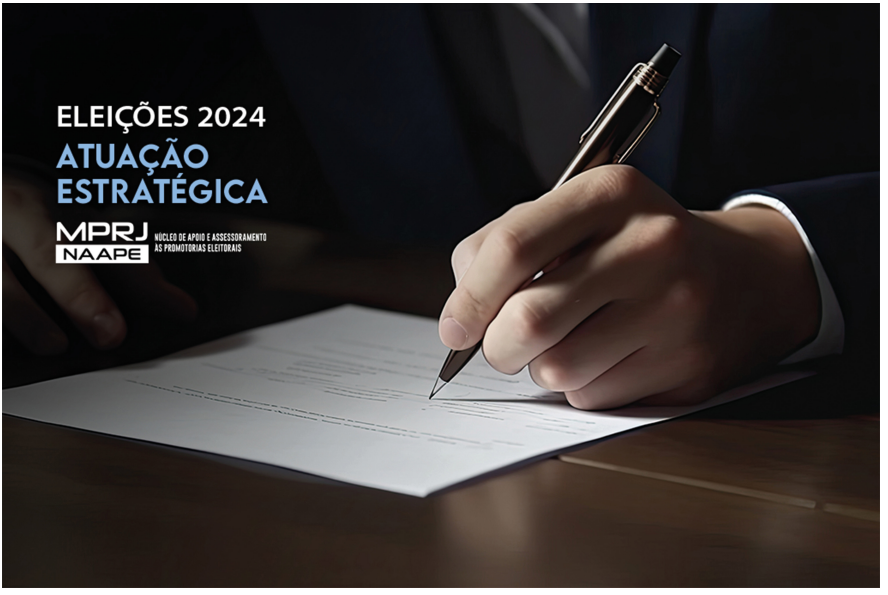
Nota do tradutor: No original há aparente erro material na sentença ao suprimir a passagem em colchetes, motivo pelo qual foi acrescido trecho condizente com a referência trazida na nota de rodapé sobre o Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. supra, par. 38.



Detalhe da imagem da capa



Noticiário



MPRJ cria o Núcleo de Apoio e Assessoramento às Promotorias Eleitorais

Uma das diretrizes de atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), que consta em seu Mapa Estratégico, é o aprimoramento da atuação na área eleitoral. Para isso, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano de Oliveira Mattos, assinou a Resolução GPGJ nº 2583, publicada em 27/03 no Diário Oficial (DOERJ), que cria o Núcleo de Apoio e Assessoramento às Promotorias Eleitorais (NAAPE) do Estado do Rio de Janeiro. Essa é mais uma ação da Procuradoria-Geral de Justiça para garantir a probidade das eleições municipais de 2024.

A estrutura funcionará vinculada à Coordenação de cada Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI/MPRJ), com a finalidade de prestar apoio administrativo e técnico-jurídico aos Promotores de Justiça investidos nas funções eleitorais. Caberá ao novo núcleo reunir normas, decisões e julgados que possam embasar a atuação desses membros. Além disso, a equipe do NAAPE irá produzir relatórios com base em diligências designadas pelos Promotores, ações que são indispensáveis para garantir que o processo eleitoral transcorra com transparência e legalidade.

"Acreditamos que o incremento na estrutura administrativa, através da criação do NAAPE, trará o adequado suporte ao Promotor de Justiça investido na função eleitoral e,

por consequência, maior eficiência em sua atuação na defesa do regime democrático", pontuou o Promotor de Justiça Roberto Goes Vieira, Secretário-Geral do MPRJ. Vale lembrar que a instituição já contava, desde 2014, com o Núcleo de Assessoramento às Promotorias Eleitorais (NAPE), com atuação apenas de bacharéis em Direito, enquanto o NAAPE inclui a participação também de servidores de apoio administrativo.

Eleições limpas

No dia 26/12, após reunião com o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ), Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, anunciou que será realizado um "pente fino" nos pedidos de candidatura para as eleições municipais. O objetivo das instituições é combater a influência de organizações criminosas nas Câmaras e Prefeituras do Estado.

Luciano Mattos ressaltou que, na reunião, foram definidas ações articuladas e integradas de inteligência que resultarão em um protocolo efetivo de atuação repressiva às candidaturas ligadas ao crime organizado. "As instituições estão trabalhando em conjunto e com toda a dedicação nas eleições deste ano, para que tenhamos um pleito limpo, justo e eficaz, sem que condutas criminosas e intervenções ilícitas representem risco à normalidade do processo eleitoral", disse o PGJ.



MPRJ e Secretaria de Estado de Segurança Pública unem esforços para atuar em investigações sensíveis

Alinhar ações para aprimorar a atuação das polícias, principalmente da Polícia Judiciária, que é a polícia que trabalha com investigações: esse foi um dos temas da reunião entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e a Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP), realizada no dia 10/04, na sede do MPRJ.

Os coordenadores do Grupo de Atuação Especializada no Combate ao Crime Organizado (GAECO/MPRJ), Promotor de Justiça Fabio Corrêa, de Segurança Pública (COGESP/MPRJ), Promotor de Justiça Alexandre Themístocles, e de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ), Promotor de Justiça Eduardo Campos, receberam o Secretário de Estado de Segurança, Victor Santos, e sua equipe, para a apresentação da nova equipe da SESP. O encontro foi solicitado pelo Secretário, que se colocou à disposição do MPRJ para contribuir nas investigações mais sensíveis do Estado do Rio de Janeiro.

"É fundamental o diálogo entre as instituições e setores que atuam na Segurança Pública, sobretudo para tentar otimizar a resolução de investigações sensíveis e buscar evoluir no campo das investigações financeiras. Há, ainda, o objetivo comum de incrementar os fluxos de informações e as ferramentas e sistemas disponíveis", destacou o coordenador do GAECO/MPRJ, Promotor de Justiça Fabio Corrêa.

"Estamos buscando um alinhamento entre diversas estruturas do MPRJ e da Secretaria de Segurança Pública para identificar quais são as ações prioritárias e atuar de forma estratégica e colaborativa, buscando o melhor resultado, no menor espaço de tempo possível", disse o Coordenador da COGESP/MPRJ, Promotor de Justiça Alexandre Themístocles.

O coordenador de Segurança e Inteligência do MPRJ, Eduardo Campos, ressaltou que a aproximação das instituições é a melhor forma de contribuir para a segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. "É importante a aproximação da Secretaria e o MPRJ, sendo essa uma oportunidade que temos de estreitar a relação e buscar a melhor forma de o Ministério Público contribuir para a Segurança Pública no Estado. Estamos alinhados nisso e creio que a iniciativa vai render bons frutos daqui para frente", pontuou.

O secretário de Segurança, Victor Santos, também destacou a relevância da parceria. "Nos colocamos à disposição do Ministério Público para coordenar e integrar as forças policiais junto com o GAECO/MPRJ, no sentido de buscar o melhor resultado das investigações mais sensíveis. O MPRJ é um parceiro importante e estratégico para a Secretaria de Segurança Pública e para as políticas públicas de segurança", declarou.

Também participaram o Tenente-Coronel Maurílio Nunes da Conceição, o Delegado Pablo da Costa Sartori, e o Comissário da Polícia, Gerson Carvalho Muguet.



PGJ participa de evento de combate à cibercriminalidade do CNMP, em Brasília

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou, no dia 15/05, da 18ª edição do Projeto "Segurança Pública em Foco", no Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em Brasília. Nesta edição, foi discutido o tema "Combate à cibercriminalidade", desenvolvido pela Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP (CSP/CNMP).

"Há algum tempo fui procurado por Juan Bautista Mahiques, Procurador-Geral de Buenos Aires e Presidente da IAP (Associação Internacional dos Membros dos Ministérios Públicos) para firmar um convênio de cooperação com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). A ideia que se teve com o Presidente da IAP é um trabalho junto à América do Sul. Sabemos que esse tipo de criminalidade não tem fronteiras", disse Luciano Mattos, acrescentando que o CNMP também será fundamental na cooperação entre os Ministérios Públicos da América do Sul para intercâmbio de informações e para aprimorar as técnicas de investigação. "Já temos uma minuta que será encaminhada ao CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais), buscando que haja uma adesão dos Ministérios Públicos estaduais, o federal e, também, Ministérios Públicos de outros países da América do Sul", adiantou o PGJ.

O evento foi conduzido pelo Conselheiro do CNMP e Presidente da CSP, Jaime de Cassio Miranda. "É um prazer enorme recebê-los para tratarmos mais uma vez desse importante tema. Ao longo dos anos, nós sofremos um choque de tecnologia e a internet passou a fazer parte de nossas vidas. A primeira lei que trata

de cibercriminalidade é de 2012, e o que nós observamos é que temos que melhorar a educação da nossa população e melhorar também a qualidade do trabalho que é feito pelos nossos entes estatais. A investigação é importantíssima, mas a prevenção é fundamental", disse o conselheiro.

A primeira apresentação foi do Delegado de Polícia e Diretor Estadual de Investigações Criminais da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, Daniel Sá Fortes Régis, que demonstrou dados e divulgou as medidas que estão sendo tomadas em seu estado. Todas as cidades com mais de 300 mil habitantes terão uma delegacia especializada em estelionato, com policiais com formação diferenciada e uma visão diferente das investigações.

O Coordenador de Planejamento Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), Rafael Martins Fernandes, falou do cenário desafiador em todo o país e das categorias desse tipo de crime. Segundo ele, as fraudes eletrônicas são as que aparecem em maior número.



Em novembro do ano passado, o MPRJ sediou a Conferência Internacional de Cooperação no Combate aos Crimes Cibernéticos. Especialistas de diversos países que atuam no enfrentamento aos crimes praticados através do ambiente digital compartilharam experiências, discutiram maneiras de aprimorar as investigações, relataram alguns dos principais desafios e apontaram caminhos para avançar no tema.



PGJ apresenta o Painel de Monitoramento de Operações Policiais do MPRJ para a Ouvidora Nacional do CNMP

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebeu, no dia 17/05, a Ouvidora Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Ivana Cei, e o Membro Auxiliar da Ouvidoria Nacional, Oswaldo D'Albuquerque Lima Neto, para apresentar o Painel de Monitoramento de Operações Policiais. A reunião contou com a participação e mediação do assessor da Secretaria-Geral de Planejamento Institucional, o Promotor de Justiça Sidney Rosa, que explicou aos convidados como funciona a ferramenta desenvolvida pela equipe da Gerência de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (GADG/MPRJ).

Alimentado por informações da Polícia Civil e da Polícia Militar a respeito de operações de seus agentes, o painel trata os dados relacionados à atuação das corporações, especialmente na questão da letalidade policial, mortes decorrentes da atuação de agentes do estado e mortes de agentes e policiais feridos, além dos resultados das ações. De acordo com Sidney Rosa, a ferramenta visa tirar análises, alertas de aumento de operações policiais e letalidades policiais.

"Com isso, o MPRJ passa a ter um controle muito maior de dados para fazer esse controle externo da atividade policial e cumprir de forma mais eficaz as decisões da

ADPF-365, que estabelece maiores requisitos para o controle das atividades policiais. Acredito que o MPRJ esteja na vanguarda do tratamento deste tipo de dado e do próprio cumprimento das determinações do Supremo Tribunal Federal (STF) no que tange ao controle das atividades policiais", finalizou Sidney Rosa.



PGJ participa da solenidade de posse do novo Presidente do CNPG, Jarbas Soares Junior

Foi realizada no dia 12/06 a solenidade de posse do Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais, Jarbas Soares Junior, no cargo de Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG). O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, esteve presente no evento, realizado no auditório da Procuradoria-Geral da República, em Brasília.

Jarbas Soares agradeceu aos presentes pela confiança e apoio na missão de construir um Ministério Público mais moderno e eficiente. "Esse MP mais lúcido, experiente, maduro, menos impulsivo, mais inteligente, coeso, consciente do seu papel no xadrez constitucional que o CNPG buscará consolidar neste momento em que assumo a presidência", disse.

O Procurador-Geral da República, Paulo Gonet, enalteceu e fez votos de sucesso ao novo Presidente do Conselho. "Aqui temos o lugar propício para a construção e efetivação de soluções que vençam tantos desafios", apontou Gonet, que afirmou: "Estaremos invariavelmente ao seu lado em um esforço contínuo para o engrandecimento das nossas instituições e dos direitos decorrentes da dignidade ínsita às funções que o constituinte nos confiou".



Estiveram presentes representantes dos três Poderes, membros, servidores e colaboradores dos Ministérios Públicos, conselheiros do CNMP e do CNJ, ministros do STF e do STJ, representantes de entidades de classe e da sociedade civil, policiais, entre outras autoridades, familiares e amigos.

Também falaram na solenidade o Governador de Minas Gerais, Romeu Zema; o Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça (Consepre), Carlos Alberto França; o Advogado Marcos Vinicius Furtado Coelho, em nome do Conselho Federal da OAB; e o Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Tarcísio Bonfim.

Jarbas Soares foi eleito por aclamação no dia 17 de abril e sucede o Procurador-Geral de Justiça do Pará, César Mattar Júnior. A posse administrativa foi realizada no dia 15 de maio, em reunião do CNPG realizada na sede do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABUSO
142-144, 149, 157, 160, 174-175, 183, 237, 239, 242, 289, 291, 306, 309, 330, 348, 353, 355, 462, 515

ADOLESCENTE
141-142, 144, 152-154, 156-161, 194, 196, 202, 206-207, 456

ALIMENTOS GRAVÍDICOS
199-201

BULLYING
12, 141, 143, 145-147, 149-151, 153, 155, 157, 160

COMBATE AO ABUSO
142-144

CONCURSO PÚBLICO
13, 54, 63, 65, 67-68, 80, 83, 85, 283, 285, 287, 298, 329

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
74, 76, 83

CONTRATO
13, 43, 56, 105, 182-183, 187, 192, 249-250, 252, 254-255, 257-263, 265, 267-271, 288, 379 386, 388, 397

COTAS RACIAIS
11, 49-50, 52-53, 55-61, 63-64, 66, 69, 71-72, 74-75, 77, 79-81, 83, 85

CRIANÇA
70, 141-142, 144, 152-154, 156-159, 161, 194, 196, 198-199, 201-204, 206-207, 239, 454, 456

CYBERBULYING
142

DESEJO
103-105, 111, 249-254, 256, 259-261, 263-267

DESONERAÇÃO
12, 231

DIREITO ELEITORAL
14, 237, 242, 244, 338, 355

DIREITO SUSTENTÁVEL
12, 239

DÚVIDA RAZOÁVEL
110, 118-119, 129, 203

ELEITOR
231, 237, 242, 352

ESPIRITUALIDADE
237, 240, 244

EXECUÇÃO PENAL
88-91, 95, 98

EXPLORAÇÃO SEXUAL
141-144, 157, 160

FEMINISMO
194, 204

FRAUDE
26, 31, 49-50, 52-53, 57-60, 62, 64, 66, 71, 75-77, 79-81, 84-85, 157, 379, 386, 395, 526

GERENCIAMENTO DE DESASTRES
208, 221, 225

GESTÃO DE RISCO
208, 221

GESTÃO PÚBLICA
180, 207, 209

HIPOSSUFICIÊNCIA
11, 87-88, 91-94, 96, 98-99, 181, 314, 316, 326, 333, 335

INSOLVÊNCIA
87, 89, 91, 93, 97+98

JORDI FERRER BELTRÁN
12, 135, 140, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 173, 175, 177-178

LEI Nº 14.811/2024
141-143, 145-146, 149, 151, 153, 155, 157-158, 160

LINGUAGEM
12, 43, 166, 179, 181, 183-189, 191-192, 250, 269

LITERATURA
36, 53, 250, 252, 259

MEIO DE PROVA
115, 122, 124, 129, 162-163, 168-169, 171, 173

MORAL
15, 31, 113, 149, 152, 177, 249-252, 254, 256, 259, 263, 265-268, 270-271, 347, 375, 377, 386, 413, 415, 427, 442, 484, 487, 489, 492, 498-499, 501, 503, 506

PATERNIDADE
193, 195, 198-203

PENA DE MULTA
87, 89-92, 94-98, 284

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO
13, 277-282

PODER RELIGIOSO
237-239, 241-242

PODERES PROBATÓRIOS
12, 161-172, 174-175, 177

POLÍTICA NACIONAL
96, 141-144, 160, 180, 211-212, 223

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
110, 112, 119-121, 125, 129

PROVA INDICIÁRIA
11, 109-111, 114-125, 127-139

PROVA PERICIAL
19-21, 23, 27, 30, 32-34, 36-39, 41, 45, 47

RELIGIÃO
150, 189, 237, 239, 241, 243, 459

SUSTENTABILIDADE
215, 229-230

TÉCNICAS PROCESSUAIS
20

VULNERABILIDADE LINGUÍSTICA
12, 179, 181, 183, 185-187,189-190

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani
Coordenação-Geral

Márcio Paulo Veloso Ferreira
Supervisão

Ana Montenegro
Produtora Executiva

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão

Gabriela Leonardo
Maria Eduarda Nunes
Estagiárias

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br

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*:

rmp@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br