

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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

nº 79 jan./mar. 2021

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2020 (1 - 78)
2021 (79,

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

Pedro Elias Erthal Sanglard
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

Gláucia Maria da Costa Santana
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Patrícia Silveira da Rosa
Pedro Elias Erthal Sanglard
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Márcia Maria Tamburini Porto
Patrícia Mothé Glioche Béze
Ana Cintia Lazary Serour
Elizabeth Carneiro de Lima

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Walberto Fernandes Lima
Luiz Fabião Guasque
Sumaya Therezinha Helayel
Márcio Mothé Fernandes

Pelos Promotores de Justiça

Conceição Maria Tavares de Oliveira
Antônio José Campos Moreira
Flávia de Araujo Ferrer
Cláudio Varela

**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**

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

Abrimos o ano de 2021 diante de um cenário o qual outrora parecia impensável: a Pandemia do Coronavírus (COVID-19) prossegue em escala mundial, resultando em milhares de óbitos. Até o fechamento desta edição, somaram-se mais de 2 milhões de mortes e mais de 137 milhões de infectados em perspectiva global, de acordo com dados oficiais disponibilizados pela Organização Mundial de Saúde.

O Brasil, por sua vez, vive dias de profunda tristeza e perplexidade, inscrevendo-se eternamente nos compêndios históricos da Pandemia por razões trágicas. No início do ano, em função do processo evolutivo do contágio entre as pessoas, o País figurava nas lamentáveis primeiras colocações mundiais entre os casos de óbito por Covid-19 e, no mês de março, alcançou o embaraçoso patamar de nação onde mais se morre em função da doença no planeta. Contabilizou-se um total de mais de 355 mil óbitos, sendo 58.924 apenas no mês de março, e um total de mais de 13 milhões de infectados, conforme os dados apurados junto às secretarias de Saúde pelo consórcio formado pelos veículos de imprensa G1, O Globo, Extra, Estadão, Folha e UOL.

Repousa na ciência, entretanto, a esperança pela cura e conseqüente extinção deste panorama desolador. Instituições científicas, privadas e públicas, de diferentes países se uniram em torno de esforços com o propósito de produzirem soluções imunizantes contra o vírus. Exaustivas pesquisas resultaram no desenvolvimento de diferentes vacinas em tempo recorde, as quais começam a ser aplicadas em diversos países, inclusive no Brasil.

Em face deste cenário demasiado preocupante, o qual permanece impondo o isolamento e o remodelamento de hábitos e práticas cotidianas, bem como em meio a calorosos debates políticos, religiosos e sociais, envolvendo o Coronavírus e questões de saúde pública, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro traz a público sua 79ª edição, a primeira de 2021 e a 131ª de sua história.

O presente volume, em permanente sintonia com o dever de divulgar novos saberes e contribuir com os debates, pesquisas e a análise sistêmica dos institutos jurídicos, oferece aos seus leitores, na seção “Doutrina”, temas como a teoria da cegueira deliberada e a problemática da lavagem de dinheiro; o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público relacionado à liberdade de expressão dos membros do *Parquet* nas mídias sociais; o combate à desinformação política (*fake news*); o direito fundamental à moradia e convivência social assegurado às pessoas com deficiência; o fenômeno da “pornografia de vingança” e a tendência de criminalização desta conduta; o Direito Sancionador e a consensualidade por meio do acordo de não persecução cível; a recuperação judicial como jurisdição voluntária; a discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa; acesso judicialmente autorizado a dados criptografados para instrução de investigações criminais e a regulação jurídica da criptografia; o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, entre outros.

A seção “Observatório Jurídico” traz a lume dois estudos que ressaltam a questão dos desafios futuros, um de autoria de Ives Gandra, acompanhado de uma reflexão acerca do ano de 2020, e outro de Manoel Murrieta, o qual resalta o desafio do Ministério Público em potencializar sua atuação para alcançar os diferentes setores sociais e atender a uma população dividida sobre a Pandemia.

A seção “Observatório Filosófico” nos convida à leitura de três reflexões de essência filosófica: o estabelecimento de algumas notas a partir da leitura e estudo do diálogo Críton, de Platão, da lavra de Gustavo Lunz; uma síntese das principais ideias do intelectual italiano Guglielmo Ferrero, escrito em coautoria por Marcelo Machado Costa Lima e Getúlio Braga Júnior; e a relevância do tempo subjetivo na ética levinasiana, de autoria de Adolfo Borges Filho.

A seção “Peças Processuais” espelha a prática ministerial dos membros do *Parquet* por meio da reprodução de pareceres e peças processuais, os quais incursionam em relevantes temas da seara jurídica e judicial.

A seção “Memória Institucional” retrata o Programa Personalidades do Ministério Público por meio da reprodução da entrevista realizada com os membros aposentados do MPRJ, Leny Costa de Assis e Luiz Sérgio Wigderowitz.

A seção “Jurisprudencial” apresenta a construção jurisprudencial emanada de recentes julgados dos nossos Tribunais Superiores, o STF e o STJ, de indiscutível relevância.

A seção “Jurisprudência Internacional” reproduz casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, trazendo, nesta edição, a Opinião Consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia, acerca do tema do meio ambiente e direitos humanos.

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

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A posição preferencial da liberdade de expressão e o Conselho Nacional do Ministério Público <i>André Farah</i> | 19 |
| A cegueira deliberada na lavagem de dinheiro <i>Emerson Garcia</i> | 39 |
| A criminalização da “pornografia de vingança” como reação à violência de gênero: uma análise de direito comparado <i>Fabrcio Pinto Weiblen</i> | 57 |
| O Direito Sancionador e a Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível <i>Fabrcio Rocha Bastos</i> | 99 |
| A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Paula Sarno Braga</i> <i>Felipe Vieira Batista</i> | 119 |
| Acesso a dados criptografados no contexto de investigações criminais: o “estado da arte” <i>Gustavo Eloi Razera</i> | 143 |
| Breves apontamentos sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas <i>João Carlos Mendes de Abreu</i> | 167 |
| O Ministério Público na defesa do regime democrático: o combate à desinformação política (<i>fake news</i>) – um desafio que ainda se descortina <i>Kleber Couto Pinto</i> | 181 |
| A trajetória das Políticas Públicas de moradia para pessoas com deficiência e para pessoas com transtorno mental no Estado do Rio de Janeiro <i>Renata Scharfstein</i> | 199 |
| A discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa <i>Rita Tourinho</i> | 239 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Sobre o conceito de jurisdição voluntária <i>Robson Renault Godinho</i> | 263 |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|

Observatório Jurídico

| | |
|----------------------------------------------------------|-----|
| Reflexões e desafios de 2020 <i>Ives Gandra</i> | 283 |
|----------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| O desafio do Ministério Público em potencializar sua atuação para alcançar aos diferentes setores sociais e atender a uma população dividida sobre a pandemia <i>Manoel Murrieta</i> | 285 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Observatório Filosófico

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A Justiça Humana e o julgamento do <i>Outro</i> na filosofia levinasiana – O “chamado da humanidade” em prol dos direitos humanos <i>Adolfo Borges Filho</i> | 291 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Notas “arriscadas” sobre o diálogo Crítón, de Platão <i>Gustavo Lunz</i> | 299 |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A legitimidade do exercício do poder em Guglielmo Ferrero <i>Marcelo Machado Costa Lima</i> <i>Getúlio Braga Júnior</i> | 305 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Peças Processuais

Pareceres

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Parecer. Consultoria Jurídica. Processo Administrativo. Análise Jurídica. Denunciante anônimo. Hipótese em que se autoriza a utilização dos dados pessoais do comunicante pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. <i>Emerson Garcia</i> | 315 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Peças

Peça Processual. Parecer do Ministério Público na Apelação Cível nº 0238988-11.2017.8.19.0001. Pretensão de responsabilidade civil em face do Município e da CEDAE, empresa pública responsável pelo fornecimento de serviço essencial. Serviço de esgoto entupido. Preliminarmente. Arguição de incidente de assunção de competência. Medida processual contrária à efetividade dos direitos

fundamentais de efetividade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei deve impedir sua eficácia. (...) A moradia em condições dignas no que respeita à saúde e condições mínimas de conforto é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III).

Luiz Fabião Guasque 323

Peça Processual. Agravo de Instrumento que tem por origem a ação civil pública nº 0004802-03.2019.8.19.0024, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município de Itaguaí, tendo como fundamento, em síntese, a ausência de suporte municipal mínimo a permitir o funcionamento de dois equipamentos de acolhimento institucional da Comarca, quais sejam, a casa Lar Cantinho da Esperança e o Abrigo Infante-juvenil.

Vinícius Leal Cavalleiro

Fernanda Abreu Ottoni do Amaral 335

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória 353

Leny Costa de Assis e Luiz Sérgio Wigderowitz: duas visões no combate ao crime 355

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 147.584 / Rio de Janeiro. INTIMAÇÃO – DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES – MANIFESTAÇÃO – OPORTUNIDADE – NULIDADE RELATIVA. A falta de intimação, após o encerramento da instrução, para manifestação das partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento pressupõe a insurgência em momento oportuno. ROUBO – GRAVE AMEAÇA – FUNDADO TEMOR. A efetiva intenção do agente de realizar o mal prometido não se revela imprescindível à caracterização da grave ameaça exigida pelo tipo penal roubo, bastando seja o meio utilizado para a subtração do bem revestido de aptidão a causar fundado temor ao ofendido. ROUBO – GRAVE AMEAÇA – CORRÉUS – VÍNCULO SUBJETIVO. Ante a vinculação subjetiva, a caracterizar concurso de agentes, a circunstância de não ter o corrêu implementado grave ameaça é desinfluyente – artigo 29 do Código Penal.

Primeira Turma, 02/06/2020 393

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.615 / São Paulo. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Regime jurídico do funcionalismo público. Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013 do Estado de São Paulo. Criação de empregos públicos na Universidade de São Paulo. Alegação de contrariedade ao art. 39, *Caput*, da CF. Unicidade de regime. Improcedência.

Plenário, Sessão Virtual de 22/05/2020 a 28/05/2020 **401**

Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.347 / Distrito Federal. Ementa: Constitucional e Administrativo. Restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação. Ausência de razoabilidade. Violação aos princípios da publicidade e transparência. Suspensão do artigo 6º-b da Lei nº 13.979/11, incluído pela MP 928/2020. Medida Cautelar referendada.

Plenário, 30/04/2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência) **427**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 179163 / Rio de Janeiro (2012/0096803-4). Processual Penal. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição. Reiterado inconformismo da parte. Não cabimento dos declaratórios. Nítido caráter protelatório. Embargos de declaração do particular rejeitados. Certificação do trânsito em julgado. Baixa imediata dos autos.

Sessão Virtual de 07/10/2020 a 13/10/2020 **461**

Jurisprudência Cível

Embargos de Declaração no Conflito Negativo de Competência nº 163.441 / Piauí (2019/0023182-1). Controvérsia sobre a validade de lei local, que transmudou o regime celetista para o estatutário. Competência da justiça comum estadual. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para fixar a competência da justiça comum estadual.

Primeira Sessão, 27/05/2020 **471**

Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.170 / Rio de Janeiro (2016/0087251-1). Processual civil. Administrativo. Improbidade. Prescrição. Lei nº 8.429/92, Art. 23, I e II. Cargo efetivo. Cargo em comissão ou função comissionada. Exercício concomitante ou não. Prevalência do vínculo efetivo, em detrimento do temporário, para contagem do prazo prescricional

Segunda Turma, 05/03/2020 **479**

Jurisprudência Internacional

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Nota Introdutória | 495 |
| Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia..... | 497 |

Noticiário

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| MPRJ empossa Rafael Altenburg Odebrecht Curi Gismondi como Promotor de Justiça substituto | 621 |
| Luciano Mattos toma posse como novo Procurador-Geral de Justiça | 625 |
| MPRJ empossa oito novos integrantes do Conselho Superior para o biênio 2021-2023 | 635 |
| Corregedora-Geral do MPRJ toma posse como Presidente do Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União..... | 637 |
| ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO..... | 643 |



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A posição preferencial da liberdade de expressão e o Conselho Nacional do Ministério Público

The preferred position of free speech and the Public Ministry National Council

André Farah*

Sumário

1. Introdução. 2. Liberdade de expressão e posição preferencial. 2.1. O Supremo Tribunal Federal e a posição preferencial. 2.2. O Conselho Nacional do Ministério Público e a posição preferencial. 2.3. Consequências da opção pela posição preferencial. 3. O Conselho Nacional do Ministério Público e as manifestações dos membros do *Parquet* na Internet. 3.1. A exigência de conduta ilibada. 3.2. A extensão à vida privada. 3.3. As presunções. 4. O ônus argumentativo do Conselho Nacional do Ministério Público. 5. Proposições. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente texto estuda o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público relacionado à liberdade de expressão dos membros do *Parquet* nas mídias sociais. Adotando a posição preferencial, aponta os fundamentos dessa liberdade e as consequências dessa posição. Três assuntos são analisados: a conduta ilibada, a extensão à vida privada e o uso de presunções. Verificada a incompatibilidade entre a postura do Conselho e a posição preferencial, chega-se à necessidade de o mesmo mais bem se desincumbir do seu ônus argumentativo. Ao final, são apresentadas proposições que se adéquam à posição preferencial. O estudo constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivos descritivo-explicativos sobre o tema, utilizando para tal o procedimento de pesquisa bibliográfico.

Abstract

The paper studies the position of Public Ministry National Council related to the free speech of Parquet members in social media. Adopting the preferred position, it points out the foundations of this freedom and the consequences of that position. Three subjects

* Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor convidado do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB-MPRJ). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).

are analyzed: the unblemished conduct, the extension to the private life and the use of presumptions. Given the incompatibility between the position of the Council and the preferential position, it is necessary to do better to discharge its argumentative burden. At the end, propositions are presented that fit the preferred position. The study consists of a qualitative type research, with descriptive and explanatory aims for the theme, using the bibliographic search procedure for such.

Palavras-chave: Posição preferencial. Liberdade de expressão. Conselho Nacional do Ministério Público. Ônus argumentativo.

Keywords: *Preferred position. Free speech. Public Ministry National Council. Argumentative burden.*

1. Introdução

O maior acesso do brasileiro à Internet e às redes sociais trouxe um aumento da interação entre as pessoas. Por inúmeros fatores, nem sempre os discursos lançados no universo online são inofensivos e acríticos. Assim, é mesmo intuitivo o grande trabalho do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na matéria.

O presente trabalho tem como tema a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público (MP) nas mídias sociais. O seu objetivo geral é analisar a adoção da posição preferencial da liberdade de expressão pelo CNMP, na teoria e na prática. A hipótese é que, se o Conselho diz seguir esse predicado da referida liberdade, o faz também concretamente.

Nesse sentido, os objetivos específicos são estudar os fundamentos da liberdade de expressão e as consequências da posição preferencial, o posicionamento do CNMP no tocante aos tópicos da conduta ilibada, da extensão à vida privada e do uso de presunções, o ônus argumentativo do Conselho para derrotar a citada posição e apresentar proposições, caso haja desarmonia entre o discurso e a prática do CNMP quanto ao respeito à posição preferencial. O estudo, assim, constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivos descritivo-explicativos, utilizando para tal o procedimento de pesquisa bibliográfica.

2. Liberdade de expressão e posição preferencial

A liberdade de expressão é um direito fundamental ordinariamente concebido como de primeira geração. Assim, se costuma entender por se exigir do Estado um não fazer (MENDES, BRANCO, 2019, p. 268-269). Como direito de conotação liberal, em sua essência, existe para bloquear avanços indevidos do poder público, através das suas mais diversas faces, sobre o patrimônio jurídico da pessoa.

Como fundamentos à justificação da liberdade de expressão, podem ser apontados a busca da verdade, o autogoverno democrático, a autorrealização e a

democracia cultural. Como busca da verdade, entende-se que em uma sociedade deve haver um espaço aberto – um mercado de ideias – onde os debates são amplamente possíveis e que é nesse local que as ideias são trocadas, encontrando-se a verdade exatamente nesse ambiente robusto de câmbio de informações e opiniões (MACHADO, 2002, p. 238). Propõe-se aí um Estado neutro que não interfira nesse desenho, porquanto a figura estatal é tida como suspeita.

O autogoverno democrático, por sua vez, justifica a liberdade de expressão por dois ângulos. Por um, em matéria de discurso político, afirma que todos devem poder se manifestar livremente (POST, 2011, p. 482-483). Por outro, sob a ótica do auditório, esse fundamento diz que tudo que é importante ser dito deve o ser para que as pessoas tenham as informações e opiniões necessárias para bem realizarem suas decisões políticas, por exemplo, pelo exercício do direito ao voto (MEIKLEJOHN, 1948, p. 22-27).

A autorrealização, como justificação, diz que é preciso um espaço para que a pessoa possa se expressar, porque assim florescerá e se desenvolverá. Ao Estado se imporia uma zona na qual estaria vetado invadir (FISS, 1987, p. 785), já que nela a pessoa construiria sua autonomia e identidade. Por aí o ente estatal não poderia impor comportamentos e a pessoa teria um espaço para o progresso da sua dignidade humana (CHANDER, LÊ, 2015, p. 510).

Por fim, a democracia cultural propõe uma interação rica entre a pessoa e a cultura, em que uma influencia a outra, moldando-se uma e outra a partir desse diálogo (BALKIN, 2004b, p. 08). O mesmo processo ocorre em uma visão coletiva e a sociedade em si também é influenciada. Nesse aspecto, a democracia cultural amplia os fundamentos da liberdade de expressão já que no núcleo de proteção deste direito não se encontra apenas o discurso político, mas também a expressão cultural (BALKIN, 2004a, p. 32).

Com esse influxo de justificações, é dito que a liberdade de expressão encontra-se em uma posição preferencial. Mais ainda por se considerar que a mesma é uma verdadeira condição para o exercício dos demais direitos (PECK, 2000, p. 02-03).

Nesse sentido, a posição preferencial, nascida da doutrina da primeira emenda à Constituição norte-americana (MCKAY, 1959, p. 1.183-1.185), não significa a existência de um direito absoluto. Qualificada por uma proteção reforçada, a liberdade de expressão, então, recebe um peso maior (MARTEL, 2004, p. 99-100) quando da ponderação de interesses no caso concreto. A assunção da liberdade de expressão como um direito com posição preferencial não significa, portanto, uma constante prevalência. Porém, importa em reconhecer uma série de consequências, que serão objeto de explanação mais abaixo.

2.1. O Supremo Tribunal Federal e a posição preferencial

Apresentada uma breve análise da liberdade de expressão e sua posição preferencial, na presente subseção, serão expostos alguns casos no quais o Supremo

Tribunal Federal (STF) usou de algum modo essa qualificação do referido direito. A ideia é apenas evidenciar que a Corte paulatinamente vem adotando tal postura.

Em 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130-7/DF, julgado famoso em que o tribunal pleno entendeu pela não recepção da Lei de Imprensa frente ao ordenamento jurídico constitucional de 1988, o ministro Celso de Mello já começava a destacar a posição preferencial da liberdade de expressão. No ano de 2016, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.404/DF, em que o tribunal pleno discutiu dispositivo da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – que previa punição para os veículos de rádio e televisão que transmitissem programação em horário diverso do autorizado, o STF entendeu pela violação à referida liberdade. Explicou que o correto é haver horário recomendado, com dever de exibição ao público de aviso de classificação etária. Em seu voto, o ministro Luiz Fux ressaltou a posição preferencial da liberdade de expressão, assim como o ministro Marco Aurélio fez alusão à respectiva doutrina.

Mais recentemente, em 2018, na Reclamação (Rcl.) nº 22.328/RJ, na qual a Abril Comunicações S.A. reclamou ao STF contra decisão que determinou a retirada do seu sítio eletrônico de matéria jornalística, a primeira turma do Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a irrisignação, expressando na ementa do julgado a adoção da posição preferencial da liberdade de expressão. Por sua vez, em 2019, o ministro Luís Roberto Barroso analisou monocraticamente o Recurso Extraordinário (RE) nº 682.895/RJ. No mesmo, debateu-se a possibilidade da imprensa informar o que se passava em comissão parlamentar de inquérito constituída para investigar a ocorrência de crimes e financiamento de partidos políticos. O ministro prestigiou a liberdade e disse “que seu afastamento é excepcional e que o ônus argumentativo de sua superação deve ser atribuído a quem sustenta o direito oposto. Assim, é necessário o escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas da liberdade de expressão”.

É interessante notar que esses julgamentos acima citados serviram diversas vezes de paradigma para inúmeras decisões, especialmente, monocráticas, nas quais, concordando com os mesmos, os ministros da Corte decidiram a favor da liberdade de expressão. Portanto, é possível concluir que a doutrina da posição preferencial vem, cada vez mais, expandindo-se na Suprema Corte brasileira.

2.2. O Conselho Nacional do Ministério Público e a posição preferencial

O CNMP expressamente adota a posição preferencial da liberdade de expressão. Isso é relevante. Não apenas por assim fazendo o órgão colocar-se ao lado do entendimento do STF, em obediência à sua interpretação sobre o tema, mas por conferir, em tese, previsibilidade às suas decisões.

Na Revisão de Processo Administrativo Disciplinar, foi analisada uma postagem na rede social *Facebook*, na qual o membro do MP fazia um certo desabafo e pedia

providências¹. Em âmbito local, o autor das palavras sofreu sanção disciplinar de advertência, por se ter compreendido que o mesmo ofendeu o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. No julgamento do caso (CNMP, 2018c), o CNMP fundamentou sua decisão na posição preferencial da liberdade de expressão e comparou a interpretação lançada na origem com a posição que propôs para a solução da questão. Com isso, explicou que não foram emitidas ofensas ou palavras de baixo calão, tendo havido respeito e cobrança na referida postagem, além de ter ressaltado o papel da crítica como guia de controle da Administração Pública. Assim, à unanimidade, julgou procedente a revisão, para absolver o autor da postagem.

Semelhantes colocações foram feitas na Revisão de Processo Disciplinar (CNMP, 2018d), em que o membro do MP, na rede social *Facebook*, fez críticas ao afastamento para concorrer-se a cargo político eletivo². O CNMP afirmou inexistirem excesso de linguagem, palavras chulas ou de baixo calão. Registrou, ainda, a impossibilidade de censura ao exercício do direito de crítica, quando ausente sentido calunioso, difamatório ou injurioso, ainda que o destinatário o conceba como injusto. E mais uma vez, fez menção à posição preferencial da liberdade de expressão, dizendo que esta “constitui elemento fundamental para a construção da Democracia, porquanto assegura que mesmo as ideias minoritárias possam ser manifestadas e debatidas publicamente no âmbito da sociedade”. Ao final e à unanimidade, a revisão foi julgada procedente, para absolver o membro do MP.

Dos exemplos acima, é possível extrair quatro pontos. Em primeiro lugar, o CNMP insere as manifestações dos membros do MP na Internet dentro do estudo sobre a liberdade de expressão. Em segundo lugar, o órgão conhece e adota a posição preferencial da liberdade de expressão, fazendo citação inclusive ao STF. Em terceiro lugar, porém, não expõe integralmente todos os fundamentos da referida liberdade que a elevam à aludida posição. E, em quarto lugar, não expõe as consequências da adoção da posição preferencial, sobretudo nos julgamentos em que profere condenação.

¹ O conteúdo da mensagem, omitindo-se apenas o nome do envolvido, é o seguinte: “Em 2014 os colegas de Praia Grande pleitearam a nomenclaturação do 9º Cargo à PGJ. Em 23/09/2015 houve aprovação do pleito pelo OE. De acordo com os índices de gestão do MPSP, a comarca de Praia Grande é sabidamente uma das mais sobrecarregadas comarcas de entrância final em volume de feitos e procedimentos no Estado. Porém, quase chegando ao 2º semestre de 2016, a definição das atribuições de referido cargo ainda não foi definida pelo OE. Consequência: sobrecarga absurda aos colegas, levando o valoroso colega [nome omitido] a sofrer acidente na última quinta-feira às 22h30min, quando retornava para sua casa, após deixar a sede da promotoria de justiça em tal horário, isso em razão do conhecido esmero e responsabilidade com que atua na grande quantidade de feitos e procedimentos que possui. Que o evento sensibilize nossos dignos Procuradores de Justiça integrantes do OE”.

² As postagens têm os seguintes conteúdos, omitindo-se apenas o nome do envolvido: “A ‘Cultura do Afastamento’ para o Executivo prossegue... O Procurador-Geral de Justiça, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 217, §1º, da Lei Complementar 734, de 26 de novembro de 1993, autoriza o afastamento do 2º Promotor de Justiça de Presidente Prudente, [nome omitido], da Parte Permanente do Quadro do Ministério Público, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, artigo 1º, inciso IV, alínea ‘b’, sem prejuízo dos vencimentos e das demais vantagens de ser cargo, para concorrer ao cargo eletivo de Prefeito Municipal de Presidente Prudente, a partir de 02 de junho de 2016, até o término de sua participação no pleito eleitoral (Protocolado nº 70.792/2016-MPESP)” e “sem prejuízo dos vencimentos??? Nova modalidade de férias e vc ganha uma campanha custeada ainda que indiretamente pelo MP...uma vergonha!”.

A próxima subseção tratará deste quarto ponto. Isso não significa, todavia, que nas segunda e terceira seções o assunto não será explorado. Já o ressaltado no terceiro ponto acima, será desenvolvido na próxima seção.

2.3. Consequências da opção pela posição preferencial

A opção pela adoção da posição preferencial da liberdade de expressão traz algumas consequências. Olhando para as experiências de outros países, é possível enxergar o desenvolvimento da ideia. Como exemplos, podem ser citados alguns raciocínios da Suprema Corte norte-americana e da Corte Constitucional da Colômbia.

Na história da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, enxerga-se uma série de consequências por ter-se elevado a liberdade de expressão a uma posição preferencial. Além da construção de parâmetros como do perigo real e iminente, do *actual malice*, da vedação à discriminação de conteúdo e da vedação à censura, que neste trabalho não terão maior atenção, a proibição de regras vagas e o escrutínio estrito são temas nodais e conferem um resultado decisório significativamente diferenciado.

Da mesma forma, a Corte Constitucional da Colômbia já qualificou a posição da liberdade de expressão como preferencial (2007), extraindo daí quatro presunções, três ônus e a existência de uma margem de tolerância. Das presunções, importam para o presente trabalho a cobertura do discurso no âmbito de proteção da liberdade, a primazia da mesma frente a direitos e princípios constitucionais e a suspeita de inconstitucionalidade das limitações, com conseqüente exercício de um controle de constitucionalidade mais rigoroso. Dos ônus decisórios, o Tribunal exige uma carga definitiva, uma carga argumentativa e uma carga probatória. A primeira significa exigir que se diga qual a finalidade buscada com a limitação, seu fundamento legal e taxativo e qual a incidência do exercício da liberdade de expressão sobre o outro bem. A segunda pressupõe o atendimento da primeira e reclama a exposição de argumentos que derrotem as presunções a favor da liberdade. A terceira impõe sejam evidenciados os elementos fáticos, técnicos ou científicos que embasam a decisão limitativa. Já com relação à margem de tolerância, a Corte destaca a necessidade de complacência com os riscos de danos ocasionados por essa liberdade, em detrimento do risco de uma restrição geral à liberdade.

3. O Conselho Nacional do Ministério Público e as manifestações dos membros do *Parquet* na Internet

O CNMP foi criado em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, e instalado no ano subsequente, na onda do que se convencionou chamar pacto de estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Órgão constitucionalmente autônomo (GARCIA, 2017, p. 234), porquanto faltante personalidade jurídica e, ao mesmo tempo, de previsão constitucional sem inserção em qualquer ramo do MP, o Conselho ainda está em sua adolescência. Esta é uma constatação importante para

entender que a maturidade é um predicado em construção em sua vida e que o progressivo amadurecimento vem com o tempo.

Com composição heterogênea, reúne em suas mãos, entre outras competências administrativas, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do *Parquet*. Nesse sentido, pode aplicar sanções disciplinares, respeitado o devido processo. Pode, ainda, exercer seu poder revisional de processo findo. Para tanto, o Conselho possui uma Corregedoria Nacional, que, claro, pode instaurar sindicância e processo administrativo disciplinar, *ad referendum* do colegiado, em desfavor de integrante do MP, restando a aplicação da sanção como competência do referido Colegiado. As sanções possíveis de serem aplicadas são aquelas que decorrem da legislação própria. Assim, podem ser citadas as previstas no art. 130-A, §2º, III, da Constituição de 1988 e as decorrentes do regime jurídico próprio da unidade do MP.

É nesse cenário que o CNMP vem cada vez mais se deparando com representações contra membros do MP por conta do uso da liberdade de expressão na Internet, sobretudo nas mídias sociais. Talvez isso se explique porque o brasileiro, de um modo geral, encontrou na progressiva abrangência de acesso à Internet, um canal para expor fatos e opiniões. Comprova isso a pesquisa do IBGE (2018) no sentido da crescente cobertura da rede em território nacional. Nessa pesquisa, constatou-se que a maior funcionalidade da soma entre smartphones e imediato ingresso no mundo online é a troca de mensagens. Houve, dessa forma, um aumento significativo de interações no universo digital. É intuitivo que se isso ocorreu, eventuais excessos igualmente tenham acontecido. Portanto, não é de se estranhar que o trabalho do CNMP tenha se elevado quanto à matéria.

Apesar disso, o presente trabalho, ao analisar várias decisões do Conselho, enxergou um padrão de resposta que não se coaduna com uma doutrina forte da liberdade de expressão, especialmente se considerada a posição preferencial. Com intuito construtivo, serão apreciados temas específicos encontrados na análise citada, para, após, desenhar algumas proposições. Os assuntos escolhidos, conduta ilibada, vida privada e presunções, seguem nas subseções a seguir.

3.1. A exigência de conduta ilibada

O dever de manter conduta ilibada é uma exigência comum nas leis dos vários ramos do MP. A Constituição de 1988 faz semelhante exigência e diz que para determinados cargos, em especial de Tribunais e órgãos de cúpula, o pretendente precisa satisfazer o requisito de reputação ilibada. São exemplos o Tribunal de Contas da União, a regra do quinto constitucional para preenchimento de vagas nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, o STF, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar, o CNMP e o Advogado-Geral da União.

O problema se inicia quando se busca conceituar conduta ilibada. O CNMP (2014b), na Revisão de Processo Disciplinar nº 0.00.000.001194/2014-74, precisou

enfrentar o tema. Em postagem na rede social *Facebook*, referente às manifestações de junho de 2013, na qual se viu preso em um engarrafamento no trânsito da cidade em que trabalha, por conta de protestos públicos, o membro do MP conclamou a violência policial e demonstrou apreço à época ditatorial vivida no país.

Em seu julgado, o CNMP enquadrou a conduta do integrante do *Parquet* como violadora de conduta ilibada. Demonstrando algum grau de contradição e, ao mesmo tempo, utilizando-se de uma explicação ampla e abrangente, o Conselho disse:

[a] conduta ilibada que se requer (...) não é a de todo imaculada, indene de quaisquer críticas: sabe-se que são seres humanos e, como tal, passíveis de erro e de correspondentes contestações.

O que se cobra, porém, é uma especial cautela nos âmbitos público e privado da vida do agente público, a ponto de que não se permita excessos de conduta que, por desviarem em muito do padrão médio de ética estabelecido aos agentes do Estado – mais rigoroso que aquele imposto às pessoas em geral –, tornam-se *reprováveis*. Vale dizer: a *conduta ilibada* que se requer é a conduta de parcimônia, equilíbrio, sobriedade nos mais variados aspectos da vida, de modo a que se ponham a salvo de maiores objeções da sociedade – ou, numa palavra, é o dever de decoro.

Assim é que, pelo sentido inverso, quando o agente público, em sua vida pública ou particular, dispensa os limites da razoabilidade e coloca-se a praticar condutas extremadas, expõe-se a maus juízos, repreensões e críticas de similar contundência, os quais, quando compreendidos globalmente, implicam mácula à sua conduta, retirando-lhe o atributo de *ilibada*. (itálico no original)

Em que pese na comparação entre reputação e conduta ilibadas, esta ter uma conotação pontual, referente a um ato apenas, vale o auxílio interpretativo do que seja reputação ilibada, para evidenciar a amplitude da ideia. José Afonso da Silva (2010, p. 546), quando analisa o requisito de reputação ilibada, relacionado à escolha de pessoas para serem ministros do STF, explica a conjugação de dois fatores: uma perfeita idoneidade moral e uma avaliação objetiva. É interessante notar, e é isso que se deseja enfatizar aqui, que ao tempo em que uma perfeita idoneidade moral dá ensejo a uma exigência bastante alargada do que é algo ilibado, a avaliação objetiva dá a entender que a não subjetividade deseja que esse campo largo não seja ainda mais amplo.

O STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.624/SP, estudou a possibilidade de o Tribunal local, em vez de rejeitar a lista enviada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para composição do quinto constitucional, pela classe da

advocacia, criar uma lista nova. A Corte (2006), através do ministro Sepúlveda Pertence, disse que o juízo a respeito da reputação ilibada teria sido transferido à entidade de classe, mas que o Tribunal poderia, ainda assim, recusar indicação, com base em razões objetivas. Apesar disso, o ministro acabou por evidenciar a dificuldade da questão, ao exemplificar, em sua visão, a correta razão objetiva, quando asseverou ser a mesma o caso de “indicação de candidato condenado pela prática de crime infamante da sua reputação moral”. O raciocínio do ministro Sepúlveda Pertence não ajuda. As perguntas que surgem são inúmeras, como o que seria um crime infamante, ou quem julgaria ser o mesmo relacionado à sua reputação moral ou ainda se o condenado por crime não infamante preencheria a condição de reputação ilibada ou mesmo o que é reputação moral. E ainda para demonstrar quão árduo é o tema, nesse mesmo julgado, o ministro Joaquim Barbosa expressamente disse que reputação ilibada e idoneidade moral são conceitos diferentes, restando sobre esta a possibilidade de comprovação.

Outro caso ainda se mostra útil. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 27.920/DF, são interessantes as palavras do ministro Cezar Peluso. O STF (2009b) debatia a possibilidade de a lista sêxtupla enviada pela OAB ser rejeitada em bloco, pelo STJ, sem motivação e, assim, restituída à origem. O ministro, ao analisar a exigência de reputação ilibada, claramente disse tratar-se de requisito subjetivo, em que não se declinam as razões para o entendimento sobre o cumprimento ou não dessa condição. E o que é relevante, realçou ter a expressão conteúdo indeterminado.

O seguinte raciocínio pode ajudar. Jane Pereira (2018, p. 253-256) aponta a preocupação na conformação legislativa de cláusulas abertas como as inseridas em conceitos jurídicos indeterminados e a repercussão negativa sobre direitos fundamentais. A situação que analisa diz respeito à prisão civil e ao conceito de depositário infiel. Diz a autora que “a legislação na matéria teria sempre caráter restritivo, pois, quanto mais abrangente fosse a definição legal dessa modalidade de ajuste, menor seria o âmbito de vigência do direito fundamental” e avisa que “o legislador deverá, ao concretizar o conceito indeterminado, abster-se de transformá-lo em algo completamente diverso do que é”, não sendo possível “comprimir excessivamente ou esvaziar a garantia constitucional”.

Fazendo um paralelo com a lição supra e substituindo a decisão do legislador, no exercício da conformação legislativa, pela decisão do CNMP, no exercício do poder administrativo disciplinar, é possível dizer que, ainda que não se esteja no campo da liberdade de expressão, o uso do conceito indeterminado de conduta ilibada precisa ser restritivo. Avançando na argumentação e adentrando na seara da liberdade de expressão, com mais razão é preciso formatar-se um conceito de conduta ilibada ainda de menor abrangência. Isso é uma derivação da própria assunção, pelo CNMP, da posição preferencial da liberdade de expressão, como já exposto acima, sobretudo quando se disse vetar-se a utilização de conceitos amplos e abrangentes para restringir-se a referida liberdade.

Além disso, é importante frisar, o uso deste conceito vem sendo feito com fins punitivos e regras com tal característica merecem interpretação restritiva, assim

como normas que asseguram direitos, interpretação extensiva (BARROSO, 2001, p. 121-122). A proibição, então, merece restrição, em especial quando se está frente a conceito jurídico indeterminado. Por outro lado, a interpretação em relação a direito fundamental deve ser ampliativa.

Desta forma, é possível concluir que, mesmo em casos que não tratem da liberdade de expressão, os contornos do que é conduta ilibada merecem revisão e linhas mais amenas a favor da liberdade. Versando a situação sobre liberdade de expressão, o delineamento do que é conduta ilibada deve ser diferenciado e ainda mais comprimido.

3.2. A extensão à vida privada

Mais um tema absolutamente árduo e que o CNMP vem enfrentando e respondendo com certa uniformidade é em relação ao transbordamento dos deveres impostos aos membros do MP para suas vidas privadas. Com frequência e pautado nos regimes jurídicos específicos, reflexos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, o Conselho cobra que a antes citada conduta ilibada seja um dever até mesmo na vida particular. Explica que por conta das funções que exerce e o cargo que ocupa, o integrante do *Parquet* deve ceder sua vida privada para a imposição do dever legal de manter sua conduta ilibada.

O CNMP (2018a), no julgamento de Processo Administrativo Disciplinar de fato oriundo da Bahia, expressamente disse que a “membros do Ministério Público, a distinção entre a figura pública e particular torna-se menos nítida, sendo-lhes exigidos determinados deveres relacionados à vida privada”. O problema dessa colocação é que, apesar de tornar menos nítido o aspecto público do privado da vida do membro do *Parquet*, é realmente preciso um esforço então dobrado, por parte do CNMP, para criar parâmetros para dizer o que é reservado à vida privada. Sem fazer isso, por consequência, o Conselho deixa claro inexistir, de verdade, uma vida particular a tais agentes públicos, o que viola a autonomia. Assim, o argumento da menor nitidez entre o público e o privado auxilia pouco na resposta aos casos que surgem. Ao estreitar esses lados, é preciso um trabalho maior para reservar uma parcela do cotidiano para o que é vetado ao Estado se imiscuir.

Um caso julgado pelo CNMP (2018e)³, ainda que o resultado tenha sido a absolvição, merece atenção. No mesmo, a filha de um membro do MP vinha sofrendo *bullying* e assédio no *Facebook*. Sabedor da situação, o referido membro postou uma mensagem, sem se identificar como tal, na mesma rede social e depois, no curso do processo, apagou o que havia escrito e excluiu sua conta. Nessa hipótese, está no acórdão que, segundo a Corregedoria Nacional do CNMP, o integrante do *Parquet*

³ O membro, sabedor da situação em que passava sua filha, fez a seguinte postagem: “Ei! Você, seu filho de uma égua! Pedófilo, safado! Você que criou esses *fakes* para seduzir meninhas sertanejas, dentre elas, minha filha, se cuide seboso, pois, tô na sua cola com uma turminha que você vai adorar conhecer. Cabra de peia! Pode correr. Pode se esconder. Porque você vai se lascar!”.

deve “portar-se (...) de maneira irretocável inclusive em suas relações privadas”. Além disso, o próprio relator asseverou que o membro “não pode usar expressões de baixo calão em suas manifestações públicas” e reconheceu ter havido excesso de linguagem. Porém, ao final, entendeu pela não caracterização de fato punível disciplinarmente.

Por outro lado, o Conselho (2018b) já fez referência a um critério para configuração de um comentário como infração disciplinar. Neste raciocínio, fixou cinco fatores. O primeiro é que a postagem se desse em âmbito não estritamente privado, categorizando que página da Internet tem alcance potencializado. O segundo refere-se ao uso de linguagem altamente inapropriada. O terceiro aponta para um conteúdo desrespeitoso e ofensivo. O quarto exige que a mesma desborde da liberdade de manifestação e expressão. E o quinto pede que a publicação desrespeite as orientações da Recomendação de Caráter Geral da CN-CNMP nº 01/2016.

Apesar disso tudo, algumas reflexões são necessárias. Não se ignora o que ponderou o ministro Gilmar Mendes, na apontada ADPF nº 130-7/DF, no sentido da legitimidade da limitação legal à liberdade de expressão se obedecido o princípio da proporcionalidade. No entanto, e por causa disso, é importante que se identifique e expresse claramente qual é o outro bem jurídico fundamental em jogo.

Além disso, não parece acertada a interpretação que busca dar o conteúdo da Constituição a partir da leitura da lei. Apropriado, na verdade, é o contrário. Daí falar-se em eficácia irradiante dos direitos fundamentais, como dimensão objetiva destes (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 220-221 e 343-344). Portanto, não basta o CNMP apenas olhar a regra legal e aplicar sanção disciplinar ao membro do MP. Antes, precisa interpretar a ordem jurídica, o regime jurídico e, especificamente, o dever legal de reputação ilibada na vida privada, a dar efetivo espaço para a liberdade de expressão. Isso se mostra imprescindível, sobretudo em respeito à autonomia dessas pessoas, mesmo considerando os cargos que ocupam.

Nesse sentido, é preciso lembrar que um dos fundamentos da liberdade de expressão é a autorrealização, como já destacado. Autorrealização e autonomia privada se inter-relacionam, já que esta “corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”, o que expressa sua autodeterminação (SARMENTO, 2016, p. 140), na busca da autorrealização. Ocorre que quando o CNMP age da forma como foi colocada, sem permitir um espaço para a vida privada, força indevidamente o membro do MP, mesmo em um espaço particular, a não ser um indivíduo comum (SARMENTO, 2016, p. 143).

Parece que o CNMP propõe-se a moldar um tipo de purismo ou perfeccionismo nos integrantes do *Parquet*, nas suas vidas não públicas, o que não deve acontecer. É importante uma zona de não interferência, ainda para esse tipo de pessoa. Caso contrário, para elas, restará vetado falar-se em vida privada. Neste espaço, o Estado não deve interferir, sob pena de violação da autonomia de ditos indivíduos.

Pensar como correta essa intensidade de intervenção estatal é, por outro lado, tornar esse tipo de agente público um sujeito de segunda categoria, em um

paradoxo até mesmo difícil de explicar. Sem o âmbito privado que todas as demais pessoas possuem, ficando delineado, por influência externa, o exercício do direito de se expressar no mundo online, com pessoas que lhe são próximas, a este indivíduo resta apenas e tão somente tratar tudo que faz como se estivesse agindo em sua vida pública. Estranhamente, isso se daria com o profissional do direito que tem como função a defesa do regime democrático, logo este que exige uma liberdade de expressão pujante.

Dessa forma, a autorrealização, fundamento da liberdade de expressão, reclama o respeito à autonomia e à autodeterminação. O CNMP, por sua vez, conquanto a previsão legal mencionada do dever de reputação ilibada na vida particular, deve olhar para a Constituição e, com base na apontada liberdade, abrir um espaço de tutela do referido âmbito privado. Precisa, no ponto, ser auto contido e não tornar a vida do integrante do *Parquet* em somente pública.

Com essas palavras, não se ignora a relevância do cargo e do MP na sociedade atual. Entretanto, é relevante que o CNMP resguarde algum espaço de vida privada do membro. Se não é possível proibi-lo de acessar a Internet e de abrir conta em redes sociais, o Colegiado deve encontrar uma posição que consinta com a existência da vida privada no mundo digital, tal qual existe no real. Nessa zona, é preciso que o CNMP entenda haver, como regra, uma não autorização de intromissão.

3.3. As presunções

O tema relacionado a presunções pode parecer simples. Porém, quando se trata de liberdade de expressão toma uma proporção distinta. Pelo que já se expôs acima, a assunção da posição preferencial traz como consequência algumas presunções a favor da referida liberdade.

No ponto, é importante avaliar se o CNMP toma isso em consideração. Para tanto, vale a pena estudar um julgamento não tão recente, mas emblemático do que aqui se escreve. Em 06 de setembro de 2012, entre as trocas de mensagens eletrônicas, através de e-mails, entre membros de um ramo do MP, um escreveu ao outro as letras "vtclb". Analisando essa conduta específica, o CNMP (2014a) textualmente disse que "é de se presumir que a expressão 'vtc', que o acusado utilizou (...) corresponda à abreviação (...) de uma expressão idiomática vulgarmente utilizada com a finalidade de insultar o interlocutor". Além disso, o Conselho ainda afirmou que as letras possuíam sentido dúbio e provocativo. De forma até jocosa, o membro processado, quando ouvido no curso do processo, defendeu-se aduzindo que "vtc" teria outros vários sentidos diversos do conferido pelo CNMP. No encerramento sobre o assunto, o Colegiado ainda afirmou que a compreensão das siglas mais se aproximaria de "uma expressão vulgarmente conhecida na rede mundial de computadores", fazendo, no acórdão, uma nota de rodapé com a URL de um endereço na Internet em que um dicionário daria o significado correto do que seria "vtc".

Disso tudo, verifica-se que o CNMP presumiu o sentido de uma sigla, categorizou-a como de sentido duvidoso e, em momento algum, disse claramente o que significaria a citada sigla. Além disso, não rebateu a razão pela qual o sentido correto não era o explicado pelo membro processado. No fim, com o intuito de legitimar sua decisão, após uma nota de rodapé que faz referência a um dicionário informal, só que ainda sem explicar o que era o objeto sobre o qual recaía sua decisão.

Sem expressar categoricamente o significado da sigla e presumindo sentidos em desfavor do discurso, já que, ao final, entendeu como ilícita essa conduta do membro do MP, o CNMP não respeitou a posição preferencial da liberdade de expressão e as presunções de cobertura do discurso no âmbito de proteção da liberdade e de primazia da mesma frente a direitos e princípios constitucionais. É importante repisar, a decisão expressamente fez presunção contrária à liberdade de expressão e olvidou de minudenciar considerações do por que seria devido afastar as presunções acima em favor desse direito. Sem se saber o real significado da sigla, não é possível até mesmo controlar o argumento decisório do Conselho, quando afirma que a finalidade do membro do MP era insultar o interlocutor, e mesmo concordar ou não com o sentido dúbio e provocativo que o órgão conferiu.

Vê-se também que não foi cumprido o ônus decisório na acepção da carga definitiva. Sem se saber, insista-se, a definição da mencionada sigla, torna-se até mesmo impossível checar qual a incidência do exercício da liberdade de expressão sobre eventual outro bem ou interesse.

4. O ônus argumentativo do Conselho Nacional do Ministério Público

Nas seções e subseções anteriores, foi visto que o CNMP adota a posição preferencial da liberdade de expressão e o que isso significa. Também foram apresentados importantes assuntos que merecem tratamento à luz dessa liberdade. Os casos relacionados a esses temas, como dito pela Corte Constitucional da Colômbia e visto acima, exigem um ônus argumentativo do CNMP. Isso serve para checar efetivamente a derrotabilidade da posição preferencial no caso concreto. Bem exercendo essa difícil tarefa, o Conselho respeitará direitos e tornará mais forte sua posição no cumprimento de sua missão constitucional.

A preocupação com o ônus argumentativo é importante pelos motivos que agora serão expostos. Em primeiro lugar, significa o respeito ao direito à informação da sociedade e do integrante do *Parquet*. Veja que ao adotar a posição preferencial no seu discurso, mas não expondo de forma criteriosa como essa característica é superada, o Conselho acaba não explicando ao seu auditório, com a profundidade necessária, como os integrantes do *Parquet* devem agir no mundo online. Sendo destinatários das decisões do CNMP, a sociedade e os referidos membros são titulares do direito de receber o conteúdo reflexivo do Conselho, presente nas soluções dos casos (CARVALHO, 1999, p. 153-154). Assim, o cumprimento apurado do ônus

argumentativo que suplante a posição preferencial da liberdade de expressão é um dever que recai sobre o Conselho.

Além disso, o Conselho, levando a sério esse ônus, mostrar-se-á mais responsivo e consentâneo com a necessária *accountability* que recai sobre si. É preciso que o CNMP tenha em mente a existência de uma expectativa de justificação das escolhas decisórias que ele toma e que afetam as pessoas, assim como que o mesmo é responsável pelas suas decisões e responsivo pelas suas falhas (PEREL, ELKIN-KOREN, 2016, p. 481). Logo, a imprescindibilidade de justificação não é algo meramente formal. Ao contrário, é algo primordial, especialmente sob a ótica de que o próprio Conselho acaba sendo controlado pelas decisões que toma. Daí a exigência do cumprimento do ônus argumentativo ser um ponto de elevada relevância.

Por outro lado, é claro que se bem cumprido o mencionado ônus, o capital institucional do CNMP se elevará. Considerando a natureza quantitativa, dinâmica e relacional da ideia de capital institucional (RIBEIRO, 2015, p. 322-328), é intuitivo que a execução na maior medida possível desse encargo trará maior legitimidade ou credibilidade. Não há dúvida que pessoas podem gostar ou não de uma decisão. Porém, estando ela bem fundamentada – no caso, seguindo a lógica adotada de posição preferencial da liberdade de expressão – faz com que os destinatários dela entendam-na como correta.

Ainda na sequência dessa ideia, em que pese aqui estar sendo desenvolvido e proposto um trabalho custoso, o CNMP, ao buscar ao máximo cumprir com exatidão seu ônus argumentativo, estará adotando uma posição estratégica. A depender do contexto, esta ideia e a de capital institucional caminham juntas. Dessa forma, seja pela adoção da teoria das escolhas racionais, com o intuito de influir o conteúdo do direito de acordo com as suas preferências, seja pela adoção da teoria dos jogos, com olhos na atitude de terceiros, para alcançar um objetivo (MELLO, 2015, p. 281-283), o Conselho pode ser estratégico. Ao pautar suas decisões na posição preferencial, ainda que seja para recusá-la no caso concreto, assume o que o STF vem progressivamente adotando. E, ao apresentar critérios claros de seu raciocínio, eleva seu capital institucional.

O que se disse nesta seção, de certa forma, compele o CNMP a mais bem se desincumbir do seu ônus argumentativo. A liberdade de expressão, seus fundamentos e a posição preferencial cobram do Conselho uma postura mais detida em suas decisões, ainda que a solução seja pela não prevalência desse direito. A formulação mais metódica do conteúdo decisório do CNMP ainda permite que se tenha a segurança necessária do que outras composições futuras do Conselho podem decidir. É que explorando a fundo a lógica da posição preferencial e fazendo da jurisprudência algo exemplar, os destinatários entenderão melhor como se comportar no terreno online.

Como encerramento da presente seção, somado ao que já exposto em seções anteriores, é de se concluir pela necessidade de o CNMP mais bem cumprir o ônus argumentativo que lhe recai. Com este propósito, a próxima seção tratará de apresentar parâmetros de como desenvolver a posição preferencial da liberdade de expressão.

5. Proposições

O trabalho até o momento buscou ser descritivo. Apresentou os fundamentos da liberdade de expressão e as consequências da adoção da posição preferencial. Todavia, apontou, com base nessas noções, que as decisões do CNMP não cumprem o encargo de justificar a superação da posição preferencial, quando ele mesmo deseja isso. Com isso em mente, nesta seção serão apresentadas proposições em conformidade com o referido atributo da liberdade de expressão.

Em um primeiro plano, é de se recordar o ensinamento da Corte Constitucional da Colômbia ao declinar as presunções relacionadas à posição preferencial. O Tribunal salientou, entre outras, duas presunções importantes para o que se deseja aqui enfatizar. São a presunção de cobertura do discurso no âmbito de proteção da liberdade de expressão e a presunção de primazia da mesma frente a outros direitos e princípios constitucionais. Disso, é possível uma primeira proposição. O CNMP, no exercício do ônus argumentativo que recai sobre seus ombros, deve se esforçar para apontar um raciocínio oposto ao que leva à punição do discurso. Apresentadas as duas visões, somente deve haver sancionamento se a perspectiva pela não punição for descabida e, portanto, o outro ângulo prevalecer, sem sombra de dúvida. Isso se assemelha ao apontado por Brugger (2007, p. 124) no sentido de que “ao examinar se o conteúdo de uma mensagem justifica que ela seja restringida, os tribunais não podem escolher a interpretação punitiva da mensagem se existir uma interpretação alternativa razoável”. Esta proposição, de certo modo, ainda vai ao encontro da margem de tolerância a favor da liberdade, destacado pelo Tribunal colombiano acima.

De lógica parecida é o assunto ligado à conduta ilibada. Como demonstrado, a expressão possui fluidez e se qualifica como um conceito indeterminado. Ocorre que palavras amplas e vagas não devem, como regra, servir para restringir a liberdade de expressão, ante a sua posição preferencial. Ao contrário, o Conselho, no desempenho de seu ônus argumentativo, deve comprimir a abrangência do significado de conduta ilibada. Desta forma, a proposição, neste ponto, é que, diversamente do que vem sendo feito, o CNMP reduza o raio de atuação que tem conferido à expressão conduta ilibada. Esta lógica se adéqua ainda à suspeita de inconstitucionalidade das limitações à liberdade de expressão, que autoriza um controle de constitucionalidade mais rigoroso.

Por outro lado, o tema da extensão à vida privada merece destaque. O Conselho, a partir de suas decisões, tem encolhido a vida particular do integrante do *Parquet*, ao exigir que tenha a mesma conduta ilibada de sua vida pública. Isso não é correto, por todas as razões já ditas. A vida virtual não pode ignorar a vida real. Se em um ambiente privado, com pessoas conhecidas, por exemplo, em um jantar na casa de um amigo, o membro do MP deve poder ser apenas uma pessoa comum, inclusive com exposição de ideias políticas e uso de palavras chulas, o mesmo deve ser outorgado no universo online. O argumento que parece ser adotado pelo CNMP de que na Internet tudo tem alcance hiperdimensionado não convence e não se atenta à necessidade de resguardo de uma vida privada. Além disso, não contempla a possibilidade de o membro do MP poder reduzir os alvos de sua manifestação. Assim, para a proteção necessária da

vida privada, a proposição é que o Conselho atribua mais peso ao fato de o perfil da rede social ser fechado apenas para pessoas conhecidas do integrante do *Parquet* e que, na mesma, este não se identifique como tal, mas seja tão somente um cidadão comum, que pode fazer comentários políticos e críticas, inclusive utilizando-se de palavras chulas. Nesse ambiente online, só existirão pessoas determinadas (amigas, seguidoras) porque assim desejam estar, o que permite a presunção de que conhecem e aceitam a forma com que o titular da conta leva sua vida. Nesse espaço particular, não faz sentido, como regra, proibir o indivíduo comum de falar sobre o que lhe interessa.

Além disso tudo, algumas ideias precisam ser lançadas em relação às presunções. A par das presunções expostas a favor da liberdade de expressão, por conta da posição preferencial, presunções contrárias a esse direito não são permitidas. Como demonstrado em caso concreto, o CNMP não deve presumir o significado de siglas ou, até mesmo, de sentido em determinada postagem. Isso não se dá apenas por causa da inexistência de presunções desfavoráveis à liberdade de expressão, mas igualmente porque o Conselho tem o ônus argumentativo de declinar, de forma minuciosa, o raciocínio que derrota a posição preferencial. Como as presunções têm como efeito saltar etapas de um raciocínio para chegar mais rápido a um resultado, o uso delas contra o referido direito de liberdade viola o ônus de justificação que recai no CNMP. Portanto, a proposição que se faz é a absoluta proscrição do uso de presunções desfavoráveis à liberdade de expressão, por parte do Conselho em suas decisões.

6. Conclusão

O presente trabalho buscou, a partir do estudo de decisões do CNMP, avaliar como o Colegiado vem se posicionando no tema da liberdade de expressão dos membros do MP na Internet, sobretudo nas mídias sociais. O norte seguido foi a adoção, pelo Conselho, da posição preferencial da referida liberdade. Com isso em mente, a primeira seção explicou os fundamentos da liberdade de expressão e a posição preferencial, apontando para julgados proferidos pelo STF, pela Corte Constitucional da Colômbia e pelo próprio CNMP. Assim, este primeiro momento descreveu o quadro referente à posição preferencial e as consequências de sua adoção.

A segunda seção, em que pese também descritiva, seguiu a estratégia de evidenciar, a partir de julgamentos levados a efeito pelo Conselho, algumas falhas de concepção em matérias específicas. Tomando como pressuposto a aludida posição preferencial, foram estudados três assuntos: a exigência de conduta ilibada, a extensão para a vida privada e o uso de presunções. Em todos estes temas, o trabalho trouxe aportes doutrinários, fortes na ideia de liberdade de expressão e posição preferencial, que apontam para soluções diversas das tomadas pelo CNMP.

Já a terceira seção, ligada à constatação ocorrida na segunda seção e com olhos nas lições extraídas da primeira seção, expôs a relevância de o Conselho se desincumbir de um ônus argumentativo minucioso para a derrotabilidade da posição preferencial da liberdade de expressão. As ideias de direito à informação, *accountability*,

capital institucional, posição estratégica e segurança jurídica deram a necessária consistência para que se exija do CNMP um esforço maior no exercício do citado ônus argumentativo.

A quarta seção é propositiva e leva em consideração tudo que foi visto nas demais seções. Ao cabo, ela não deixa de ser a constatação de que o Conselho não vem dando a devida atenção à posição preferencial da liberdade de expressão, ao julgar os casos de postagens dos membros do *Parquet* nas mídias sociais. No entanto, serve para, de forma reflexiva, apontar novos parâmetros de tratamento do assunto.

De maneira didática, o presente trabalho oferece as seguintes proposições:

1- O CNMP deve se esforçar para apontar um raciocínio oposto ao que leva à punição do discurso, ou seja, apresentar duas visões antagônicas, somente concluindo pela aplicação de sanção se a perspectiva pela não punição for sem dúvida descabida.

2- O Conselho deve reduzir o raio de atuação que tem conferido à expressão conduta ilibada.

3- O CNMP deve atribuir mais relevância ao fato de o perfil de um membro do *Parquet*, em sua rede social, ser fechado e que nela o mesmo não se identifique como tal.

4- O Conselho não deve fazer uso de presunções desfavoráveis à liberdade de expressão, em suas decisões.

Referências bibliográficas

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. *NYU Law Review*, v. 79, 2004.

_____. How rights change: freedom of speech in the digital era. *Sydney Law Review*, v. 26, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Processo Administrativo Disciplinar nº 0.00.000.001354/2013-02. Relator: Leonardo Carvalho. Julgado em 03.02.2014. Disponível em: <<https://aplicativos.cnmp.mp.br/jurisprudenciaWeb/buscaAvancada.seam?tipoJurisprudencia=2&numSeq=001354&numAno=2013&numDv=02&isJurisprudencia=true&dsPesquisa=&nuProcesso=001354%2F2013-02>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Revisão de Processo Disciplinar nº 0.00.000.001194/2014-74. Relator: Fábio George Cruz da Nóbrega. Julgado em 01.12.2014. Disponível em: <<https://aplicativos.cnmp.mp.br/jurisprudenciaWeb/buscaAvancada.seam?tipoJurisprudencia=2&numSeq=001194&numAno=2014&numDv=74&isJurisprudencia=true&dsPesquisa=&nuProcesso=001194%2F2014-74>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00556/2017-05. Relator: Demerval Farias Gomes Filho. Julgado em 27.02.2018. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=1.00556&ano=2017&digitoVerificador=05&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=1.00556%2F2017-05#>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00043/2018-02. Relator: Lauro Machado Nogueira. Julgado em 14.08.2018. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=1.00043&ano=2018&digitoVerificador=02&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=1.00043%2F2018-02#>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Revisão de Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00098/2018-03. Relator: Leonardo Accioly da Silva. Julgado em 14.08.2018. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=1.00098&ano=2018&digitoVerificador=03&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=1.00098%2F2018-03#>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00475/2018-97. Relator: Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior. Julgado em 11.09.2018. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=1.00475&ano=2018&digitoVerificador=97&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=1.00475%2F2018-97#>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00424/2018-00. Relator: Leonardo Accioly da Silva. Julgado em 11.12.2018. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=1.00424&ano=2018&digitoVerificador=&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=1.00424%2F2018#>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. IBGE. *Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*: 2017/IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.404/DF – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 31/08/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação Acórdão Eletrônico. DJe-168 Divul 31-07-2017 Public 01-08-2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009; Ement Vol - 02381-01 PP-00001; RTJ Vol-00213-01 PP-00020.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 25.624/SP - São Paulo. Mandado de Segurança. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 06/09/2006. Órgão Julgador: Tribunal

Pleno. Publicação DJ 19-12-2006 PP-00036 Ement Vol-02261-05 PP-00946; RTJ Vol-00207-02 PP-00617.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 22328/RJ – Rio de Janeiro. Reclamação. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 06/03/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação Processo Eletrônico. DJe-090 Divulg 09-05-2018 Public 10-05-2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 682.895/RJ – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 20/02/2019. Publicação DJe-040 Divulg 26/02/2019 Public 27/02/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 27.920/DF - Distrito Federal. Recurso em Mandado de Segurança. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 06/10/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-228 Divulg 03-12-2009 Public 04-12-2009 Ement Vol-02385-02 PP-00244.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, nº 15, jan.-fev.-mar./2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Free Speech. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 2, 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-391/07. Segunda sala de revisão. Relator: Magistrado Manuel Jose Cepeda Espinosa. Decisão por maioria. Julgado em 22.05.2007. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

FISS, Owen M. Why the state? *Harvard Law Review*, v. 100, n. 4, 1987.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2002.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, n. 48, 2004.

MCKAY, Robert B. The Preference for Freedom. *NYU Law Review*, v. 34, 1959.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free speech and its relation to self-government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PECK, Robert S. *Libraries, The First Amendment, and Cyberspace: What you need to know*. Chicago and London: American Library Association, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement. *Stanford Technology Law Review*, v. 19, 2016.

POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review*, v. 97, n. 03, 2011.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O Conceito de Capital Institucional e suas Características. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

A cegueira deliberada na lavagem de dinheiro

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. As origens da teoria da cegueira deliberada no direito anglo-saxão. 3. O juízo de certeza na cegueira deliberada. 4. As regras de experiência e a cegueira deliberada. 5. A lavagem de dinheiro, a cegueira deliberada e o elemento subjetivo do agir. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

A responsabilidade penal das pessoas naturais é subjetiva, o que exige a prática consciente e voluntária de uma conduta que se subsuma à descrição típica, exceção feita às situações em que é encampado o elemento normativo da culpa. Além disso, para que esteja presente o concurso de pessoas, é necessário que haja conhecimento da conduta alheia, que se ajusta às elementares do tipo, e voluntária adesão ao seu desenvolvimento.

De acordo com a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*¹), a responsabilização será possível ainda que ausente o conhecimento efetivo, o qual cede lugar ao desconhecimento voluntário, que tem por objetivo construir um estado de ignorância que venha a afastar a possibilidade de punição daquele que praticou ou concorreu para a prática do ato. Esse desconhecimento tanto pode ser construído como simplesmente preservado: no primeiro caso, o agente adota medidas que lhe permitam alegar o desconhecimento dos fatos; no segundo, embora os desconhecesse *ab initio*, poderia facilmente evoluir em entendimento e compreensão, mas opta por permanecer no estado de ignorância. O fim almejado é o de afastar o conhecimento e a voluntariedade que lhe é correlata quando esses fatores configuram o elemento

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ A expressão *willful blindness* foi inicialmente cunhada por autoridades inglesas e coexiste com outras que expressam o mesmo conceito, a exemplo de *connivance, conscious avoidance, constructive knowledge, deliberate ignorance, deliberate indifference, deliberate or willful shutting for the eyes, knowledge of the second degree, purposely abstaining from ascertaining e studied ignorance*. Cf. ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. In. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, Issue 2, p. 191 (191-192). Note-se que *willful* é a grafia utilizada nos Estados Unidos da América, enquanto *wilful* é a preferida nos demais países de língua inglesa.

subjetivo da infração penal. De modo simples e objetivo, trata-se de um “esforço calculado para evitar as sanções da lei apesar da violação à sua substância”².

A aplicação da teoria da cegueira deliberada, na percepção de Bernardo Feijoo Sánchez³, pode ser vista, sob uma perspectiva dogmática mais clássica, como uma variedade de *actio libera in causa*, na qual o agente, em uma espécie de “*dolo por assunção*”, busca se colocar em situação que impeça a sua responsabilização pelo ilícito praticado.

A compreensão da teoria da cegueira deliberada no âmbito da lavagem de dinheiro exige reflexões em torno de suas origens no direito anglo-saxão, dos contornos estruturais do conhecimento e da forma como é utilizado no âmbito da responsabilização penal, seara em que se leva em consideração, no seu delineamento, o nível de convicção subjetiva do agente e as evidências objetivas que permitem demonstrá-lo.⁴ Esse é o norte que atribuímos à análise a ser realizada.

2. As origens da teoria da cegueira deliberada no direito anglo-saxão

No direito inglês, as origens da doutrina remontam à segunda metade do século XIX. Em *Regina vs. Sleep*⁵, de 1861, bens públicos foram encontrados na posse do réu, o que exigia, para a sua responsabilização criminal, a prova de que tinha conhecimento atual (*actual knowledge*) a respeito de sua origem. No entender do Tribunal, a condenação poderia ser embasada no fato de o réu se colocar em uma situação de desconhecimento deliberado. A teoria somente voltou a ser invocada em *Bosley vs. Davies*⁶, de 1875. O Tribunal condenou um hoteleiro por exploração de jogo ilegal, já que a polícia encontrara algumas pessoas jogando cartas com apostas em dinheiro, sendo que essas pessoas estavam em uma sala privativa do local. Entendeu-se que o conhecimento atual pode ser aferido a partir da ignorância deliberada por parte daquele que podia impedir a prática ilegal.

No direito norte-americano, a Suprema Corte da Califórnia invocou a doutrina em *People vs. Brown*⁷, de 1887. No caso concreto, apesar da absolvição do réu, entendeu-se que o conhecimento estaria presente quando o agente suspeitasse do ilícito e deixasse de se inteirar dos fatos, de modo a manter o seu desconhecimento. Em *Spurr vs.*

² *U.S. vs. Jewell*, 532 F.2d 697, 704 (9th Circuit). O writ of *certiorari* para a Suprema Corte norte-americana foi negado (426 U.S. 951, 1976).

³ La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. In: *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, jul./2015, p. 1(2).

⁴ Cf. ROBBINS. *The Ostrich Instruction*... p. 191 (192).

⁵ 169 *Eng. Rep.* 1296 (Cr. Cas. Res. 1861). De acordo com o Juiz Willes, “*the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked, or that he willfully abstained from acquiring that knowledge*” (169 *Eng. Rep.* 1302).

⁶ 1 *Q.B.D.* 84, 1875. Nas palavras do Juiz Davis, “*actual knowledge in the sense of seeing or hearing by the party charged is not necessary, but there must be some circumstances from which it may be inferred that he or his servants had connived at what was going on*” (1 *Q.B.D.* 88).

⁷ 74 *Cal.* 306, 16 P., 1887. De acordo com o Tribunal, “*if a case could arise... in wich it should appear that he suspected the fact, and abstained from inquiry lest he should know, knowledge might be inferred*” (74 *Cal.* 306, 16 P, 3).

U.S.⁸, de 1899, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a cegueira deliberada atendia à exigência de *actual knowledge*. O presidente de instituição financeira era acusado de ter certificado a existência de fundos, em favor de uma empresa, que veio a emitir cheques. Como os fundos não existiam, os cheques não foram honrados. Em sua defesa, argumentou o réu que apenas acreditou nas informações que lhe foram repassadas por outros funcionários da instituição, as quais eram inverídicas, tendo atuado, portanto, de boa-fé. A Suprema Corte, nesse caso, apesar de ter reconhecido a nulidade da condenação por razões processuais, ressaltou que o dolo pode ser presumido caso identificada uma ignorância propositada a respeito da existência dos fundos ou se o agente simplesmente permanece indiferente em relação ao seu *munus* de realizar a devida verificação. A partir de então, a *willful blindness doctrine* passou a ter larga aplicação no direito norte-americano, principalmente em casos de crime falimentar; de afronta à livre competição, com base no *Elkins Act*, de 1903; a partir da década de setenta do século XX, no combate ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; entendendo-se a uma pluralidade de crimes distintos⁹.

Em razão desse entendimento a respeito do dolo, há muito sedimentado no direito anglo-saxão, o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), editado em 1962, pelo *American Law Institute*, com o objetivo de estimular a padronização da legislação penal dos Estados, passou a dispor expressamente sobre a matéria no § 1.13 (*General Definitions*), capítulo 2.02 (*General Requirements of Culpability*), item 7. De acordo com esse preceito, a:

[e]xigência de conhecimento é satisfeita pela elevada probabilidade de conhecimento. Quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de um ilícito, esse conhecimento está presente se uma pessoa está ciente da grande probabilidade de sua existência, a menos que atualmente acredite que o fato não existe.

Essa definição de conhecimento terminou por ser expressamente encampada pela Suprema Corte em *Leary vs. U.S.*¹⁰. No caso concreto, Timothy Leary, professor e ativista, fora condenado com base no *Marihuana Tax Act*, de 1937, por estar transportando, de modo consciente, maconha importada ilegalmente, com conhecimento de que fora importada ilegalmente. De acordo com a lei (§ 176), a posse desse entorpecente era suficiente para embasar a acusação de importação ilegal, a menos que a razão dessa posse fosse explicada de modo satisfatório para o júri. A Suprema Corte, no entanto, considerou a norma inconstitucional, em razão da impossibilidade de se afirmar que a maior parte dos usuários de maconha estava consciente da grande probabilidade de que a maconha tenha sido importada. Poucos meses depois, em

⁸ 174 U.S. 728, 1899. No entendimento do Tribunal, “*evil design may be presumed if the officer purposely keeps himself in ignorance of whether the drawer has Money in the bank*” (174 U.S. 735).

⁹ Cf. ROBBINS. *The Ostrich Instruction...*, p. 201-203.

¹⁰ 395 U.S. 646, nº 93, 1969.

*Turner vs. United States*¹¹, o Tribunal invocou a ignorância deliberada e o disposto no *Model Penal Code*, para decidir que traficantes de heroína inevitavelmente têm consciência de que o produto é contrabandeado, “a menos que coloquem em prática uma ignorância estudada, à qual não têm direito”.

Na linha evolutiva da *willful blindness doctrine*, observa Robbins¹² que os Tribunais americanos se distanciaram do objetivo de estabelecer uma correlação entre ignorância deliberada e conhecimento, passando a adotar uma definição expandida de conhecimento, de modo a incluir a ignorância deliberada.

Em *U.S. vs. Jewell*¹³, de 1976, a Corte de Apelação do Nono Circuito lançou novas luzes sobre a temática. A partir de então, as instruções ao júri a respeito da ignorância deliberada passaram a ser conhecidas como “*Jewell instructions*”¹⁴. No caso concreto, Jewell foi acusado de conscientemente ter a posse de uma substância controlada com a intenção de distribuí-la, já que atravessara a fronteira mexicana com 50 quilos de maconha, escondidos em um compartimento secreto na mala do seu carro. As circunstâncias, portanto, indicariam que Jewell tinha *actual knowledge* a respeito da presença da maconha. No entanto, também existiam evidências de que Jewell fora abordado por um estranho, em um bar mexicano, ocasião em que foi convidado a fumar maconha e acolheu a proposta de receber cem dólares para que dirigisse um carro até os Estados Unidos e o deixasse em um local determinado. Desse modo, não teria conhecimento atual do conteúdo do compartimento, já que, de modo deliberado, evitara esse conhecimento na esperança de escapar da condenação caso o entorpecente fosse descoberto. No julgamento, Jewell postulou que o júri fosse instruído no sentido de que apenas o *actual knowledge* poderia embasar a condenação, o que foi negado, sendo igualmente apresentada a ignorância com o objetivo consciente de eximir-se de responsabilidade. Jewell foi condenado, o que foi confirmado pela Corte do Nono Circuito, que estatuiu uma tripla argumentação para igualar a ignorância deliberada ao conhecimento positivo: a teoria está sedimentada no direito norte-americano; a justificativa substantiva é a de que ambos são igualmente culpáveis, sendo a ignorância deliberada uma estratégia de defesa para aqueles que traficam drogas; e, no senso comum, diz-se que alguém “conhece fatos” em relação aos quais não se está absolutamente certo. O conhecimento, portanto, abrange tanto a ignorância deliberada como o conhecimento positivo, sendo adotado o padrão do *Model Penal Code*.

3. O juízo de certeza na cegueira deliberada

David Hume¹⁵ defendia a necessidade de distinguirmos três espécies de razão humana: “a que resulta do conhecimento, a que resulta das provas e a que resulta das probabilidades”.

¹¹ 396 U.S. 398, 1970.

¹² *The Ostrich Instruction...*, p. 203.

¹³ 532 F.2d 697 (9th Cir.), 1976.

¹⁴ Vide: *U.S. vs. Erwin*, 625 F.2d 838, 841 (9th Cir.), 1980; e *U.S. vs. Beckett*, 724 F.2d 855, 856 (9th Cir.), 1984.

¹⁵ *Tratado da Natureza Humana (A Treatise of Human Nature)*. Trad. de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 163.

O conhecimento decorre da certeza que nasce da comparação de ideias, sendo que a certeza – e aqui nos socorremos de Malatesta¹⁶ – surge quando os motivos convergentes a determinado entendimento superam por completo os divergentes, que não são dignos de ser levados em consideração. Afinal, não se harmonizam com a unidade objetiva da verdade.

As provas são os argumentos obtidos da relação de causalidade e que são inteiramente livres de dúvida e incerteza, o que, *a contrario sensu*, também atrai o juízo de certeza, embora seja originário não da comparação, mas da relação entre causa e efeito.

Por fim, a probabilidade é a evidência ainda acompanhada da incerteza ou, na precisa percepção de Malatesta¹⁷, a situação em que os motivos convergentes a certo entendimento superam os divergentes, embora não sejam suficientes para suplantá-los por completo. Na medida em que tanto os motivos convergentes como os divergentes são dignos de serem levados em consideração, tem-se uma distinção em relação à certeza, que desconsidera por completo as divergências, repudiando-as.

A probabilidade apresenta gradações, aumentando conforme cresçam os motivos convergentes e diminuam os divergentes, sendo a recíproca verdadeira. Quando a probabilidade alcança nível máximo, mas sem se transmutar em certeza, fala-se que algo é probabilíssimo; em nível médio, que é provável; e, em nível mínimo, que é simplesmente verossímil¹⁸. A certeza, no entanto, por se identificar com a verdade, não comporta gradações.

A razão humana, na perspectiva de Hume, é desenvolvida a partir de uma realidade, sendo igualmente a base sobre a qual se desenvolvem as reflexões de Malatesta. Essa realidade pode ser explicada enquanto fato ou em potência, conforme tenha efetivamente ocorrido ou se mostre meramente possível. Daí se afirmar que *“o que é possível ontologicamente, que pode ter tido vida no mundo da realidade, é logicamente crível no mundo do espírito, porque pode ter sido reputado objeto real do conhecimento”*¹⁹.

A realidade enquanto fato, efetivamente ocorrida, não meramente idealizada, se relacionará de distintas maneiras com a razão humana. Na expressiva síntese de Malatesta²⁰, é possível termos um estado de ignorância, caracterizado pela ausência de qualquer conhecimento; um estado de dúvida em sentido estrito, no qual temos um conhecimento alternativo, em que o sim e o não são devidamente considerados, daí surgindo a mera credibilidade; um estado de probabilidade, em que o sim supera o não em distintas gradações, daí decorrendo um conhecimento afirmativo; e um estado de certeza, no qual se identifica um conhecimento afirmativo triunfante, que busca se identificar com a verdade no plano ôntico.

¹⁶ A Lógica das Provas em Matéria Criminal, vol. I. Trad. de Waleska Giroto Silverberg. Rio de Janeiro: Conan Editora Ltda, 1995, p. 59.

¹⁷ A Lógica das Provas..., p. 61.

¹⁸ Cf. MALATESTA. A Lógica das Provas..., p. 66.

¹⁹ MALATESTA. A Lógica das Provas..., p. 67.

²⁰ A Lógica das Provas..., p. 68.

A teoria da cegueira deliberada, ainda que seja associada ao juízo de probabilidade em sua origem anglo-saxã, mais se afeiçoa ao juízo de certeza em relação ao elemento subjetivo do agir. Assim ocorre porque o comportamento adotado pelo agente denota o voluntário objetivo, consoante as regras de experiência, de dissociá-lo de um ilícito, assumindo, de modo indubitável, o risco de sua ocorrência. A referência à probabilidade está associada ao processo formativo das regras de experiência, não se confundindo com a certeza decorrente da adesão do agente ao resultado ilícito.

No extremo oposto ao da certeza, temos o que é ontologicamente impossível. Por tal razão, *“certeza e incredibilidade são, portanto, duas faces do mesmo conhecimento humano, a face positiva e a face negativa”*, logo, *“o incrível é, assim, um estado subjetivo, gerado de outro estado subjetivo, que é a certeza”*²¹.

4. As regras de experiência e a cegueira deliberada

Na compreensão da realidade, apresentam grande relevância as regras de experiência, que nada mais são que zonas de convergência a respeito dos efeitos decorrentes de certos acontecimentos verificados no ambiente sociopolítico. Como já tivemos oportunidade de afirmar²², a grande dificuldade enfrentada é a de evitar que juízos de valor surgidos a partir da intuição do indivíduo, que somente encontram sustentação em seus pensamentos e convicções pessoais, sejam considerados como delineadores dessas regras. Posturas puramente intuitivas e que se desprendem da base sociológica terminam por estimular a irrupção de conflitos em relação a todos aqueles que pensam de modo diferente, configurando uma fonte de instabilidade. Identificada a funcionalidade das convicções pessoais, ponto de partida, não propriamente fim dos juízos de valor, é necessário aferir a correção das crenças fáticas, vale dizer, o modo pelo qual o intérprete apreende e considera a realidade, pois é justamente ela que oferecerá a base de sustentação dos valores. A partir dessa relação entre o real e o axiológico será possível aferir a racionalidade do *iter* percorrido pelo intérprete, distanciando-se, desse modo, do imaginário e das pré-compreensões. A existência de valores objetivos e, conseqüentemente, de valores objetivamente melhores que outros, está associada à identificação de uma convicção geral a respeito de sua existência e conseqüente aceitação no ambiente sociopolítico, exigindo a presença de uma concordância generalizada sobre certas questões tidas como relevantes.²³ Essa intersubjetividade axiológica, por sua vez, além de exigir a observância dos referenciais de plausibilidade, verificabilidade e, principalmente, de viabilidade de consenso,²⁴ pressupõe a devida consideração e compreensão de todos

²¹ Cf. MALATESTA. A Lógica das Provas..., p. 72.

²² Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 226-231, ora parcialmente reproduzidas.

²³ Cf. PUTNAM, Hilary. *Meaning and the moral sciences*. London: Routledge, 1978, p. 9 e ss.

²⁴ Cf. KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit)* Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p. 36.

os fundamentos tidos como relevantes, o que permitirá aferir se as conclusões serão efetivamente aprovadas pelos membros da coletividade.

A sociedade pluralista, sensível aos referenciais de tolerância que preconizam a “igualdade dos diferentes”, embora não seja necessariamente uma sociedade fragmentada e multiética, nem sempre apresentará, de modo espontâneo e particularmente acentuado, aqueles laços visíveis de união que permitem a formação do consenso, conceito ontologicamente conexo à uniformidade e à coesão.²⁵ A própria concepção de consenso, se imposto ou meramente conhecido, se máximo ou mínimo, está, com escusas pela tautologia, longe de alcançar um consenso.²⁶ Não é por outra razão que Hampshire²⁷ sustentava que não se deveria procurar por consenso em uma sociedade, mas, sim, por conflitos aceitáveis e inelimináveis, bem como por um controle racional das hostilidades, o que permitiria delinear a sua verdadeira base moral.

A extensão dos laços visíveis de união exigidos para a formação do consenso tanto pode facilitar como inviabilizar qualquer atividade cognoscitiva voltada à sua obtenção. Essa extensão pode ser visualizada sob duas óticas: uma qualitativa, outra quantitativa. No primeiro caso, a base de valoração passível de ser identificada é analisada em seus contornos essenciais, a partir do objeto, que pode ser visto sob a ótica do *status* que ostenta (v.g.: valores, princípios ou regras fundamentais, como a dignidade humana e a democracia, ou não), do procedimento, da motivação ou do resultado. No segundo caso, o quantitativo, tem-se a abrangência em que se manifesta a convergência dos atores sociopolíticos a respeito das bases de valoração, o que pode ser exigido em relação a uma extensa área (“*broad area of agreement*”) ou, apenas, a respeito de certos pontos, considerados nodais e imprescindíveis à caracterização de uma situação de convergência, como é o caso da dignidade humana ou outro princípio tido como fundamental (v.g.: a justiça social). Consoante a intensidade da convergência exigida, será possível falar em consenso máximo ou em consenso mínimo.²⁸ Uma sociedade, qualquer que seja ela, somente pode ser considerada como tal enquanto apresentar alguns pontos básicos de convergência, daí derivando a sua coesão e continuidade.

Invocar a existência de pontos básicos de convergência implica reconhecer, a *contrario sensu*, que a sociedade é divergente em sua própria essência, não passando ao largo das conflitualidades, o que bem realça a importância do pluralismo e da tolerância que lhe é correlata. Malgrado divirja sobre a existência de Deus e o sentido da vida, a essência da concepção de justiça e sobre os próprios limites da tolerância e do

²⁵ Cf. KAMMEN, Michael. *A Machine that Would go of Itself. The Constitution in American Culture*. New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006, p. 90.

²⁶ Cf. FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito (Autorität und Integration. Zur Gramatik von Recht und Verfassung)*. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 158-159.

²⁷ *Innocence and experience*. USA: Harvard University Press, 1989, p. 189.

²⁸ Como anota Giandomenico Falcon, o direito fundado sobre o consenso e o direito fundado sobre a força ocupam posições extremas. Mesmo a tirania não pode subsistir sem um mínimo de consenso (*Lineamenti di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1991, p. 12).

pluralismo, a sociedade não deixa de ser identificada como tal.²⁹ O consenso, embora não chegue a assumir contornos propriamente utópicos (o processo de comunicação linguística, por exemplo, seria absolutamente inviável se a conexão entre significantes e significados não encontrasse ressonância em convenções intersubjetivas aceitas por todos os participantes), não pode ser considerado algo fácil de ser obtido nas sociedades pluralistas. A “teoria consensual da verdade”, de Habermas,³⁰ partindo dos referenciais de intersubjetividade e racionalidade, restringe a força criadora da verdade ao consenso de todos, terminando por fincar as suas bases de sustentação em um consenso universal que dificilmente será obtido. Em qualquer caso, conceitos voláteis como o de verdade, além de não prescindirem do referencial de intersubjetividade, sempre terão o seu delineamento influenciado pela escolha da base empírica que se entende deva sustentá-la e pela argumentação desenvolvida.

Ainda existem inúmeras outras classificações e fundamentos teóricos para a ideia de consenso, as quais, embora prosélitas da convergência de entendimentos, assumem feições distintas em relação ao procedimento a ser observado para a sua obtenção e aos fins pretendidos. O consenso majoritário ou *consensus omnium*, de Fraenkel,³¹ se forma no âmbito do pluralismo democrático e tem por objetivo legitimar as decisões a serem tomadas pelas maiorias ocasionais. Enquanto manifestação da “soberania popular” (*Volkssouveränität*), pressupõe igualdade perante a lei, direitos de liberdade válidos e operativos, imparcialidade partidária da jurisdição e obediência ao procedimento democrático e às “regras do jogo” (*Spielregeln*). O consenso subordinado (*underlying consensus*), de Robert Dahl,³² reflete uma espécie de base comum de assentimento entre os distintos grupos políticos existentes, antecedendo a própria política. As disputas políticas passam a ser resolvidas de modo a assegurar uma composição entre os diversos interesses, o que assegura a viabilidade política do poder. O consenso de sobreposição (*overlapping consensus*) de Rawls³³ busca demonstrar, em complemento às teses lançadas em sua célebre *Teoria da Justiça*, que o consenso a respeito da concepção de justiça social, embora não possa ser ampliado, de modo viável, em relação a outras esferas da moral, pode ser justificado de distintas maneiras, que se sobrepõem entre si e alcançam o mesmo resultado.

A identificação do consenso exigirá que sejam definidos os fatores de revelação a serem considerados. Um primeiro fator, necessariamente atrelado ao processo homônimo conducente à sua obtenção, é a imposição normativa: o consenso derivaria da ordem jurídica, sendo identificado pelo teor da norma jurídica. Um segundo fator pode ser obtido a partir da apreensão da realidade sociopolítica, demonstrando-se a presença de comportamentos passíveis de comprovação empírica. Um terceiro fator,

²⁹ Cf. WALDRON. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 1.

³⁰ *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudios previos*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1989, p. 113 e ss., em especial p. 131 e ss.

³¹ *Reformismus und Pluralismus*. DDR: Hoffmann und Campe, 1973, p. 395 e ss.

³² *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956, p. 22 e 82-83.

³³ Cf. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. 2ª imp. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 190 e ss.

que faz uso da racionalidade característica do grupamento, encontra-se lastreado em alicerces nitidamente historicistas, sendo invocadas aquelas presunções de consenso que se mostram plausíveis no imaginário coletivo. Os dois últimos fatores estão nitidamente associados ao consenso enquanto evento naturalístico, sendo um deles materializado na realidade apreendida e o outro na realidade presumida.

É justamente o consenso enquanto evento naturalístico que dará corpo às regras de experiência que servem de alicerce à teoria da cegueira deliberada. A partir dessas regras de experiência se tornará visível que o desconhecimento, construído ou zelosamente preservado, tinha o objetivo de subtrair o agente da responsabilização pela lavagem de dinheiro. À guisa de ilustração, pode-se mencionar a nota interpretativa do GAFISUD (*Grupo de Acción Financiera de Sudamérica*) à Recomendação nº 1³⁴, que versa sobre a avaliação de risco pelas instituições financeiras. De acordo com item B.8, devem ser adotadas “medidas apropriadas” para identificar e avaliar os riscos de lavagem de ativos, incluindo clientes (*rectius*: beneficiários efetivos³⁵), países ou áreas geográficas, produtos, serviços, transações e canais de envio de recursos. Estas operações devem ser documentadas, permitindo a identificação da análise realizada, além de ser estabelecido um canal adequado de comunicação com as autoridades. A natureza e o alcance dessas avaliações devem guardar correlação com a natureza e a dimensão da atividade comercial. Para a realização desses objetivos, as instituições financeiras devem contar com políticas, controles e procedimentos que lhes permitam administrar e mitigar com eficácia os riscos que tenham identificado.

A opção de simplesmente não adotar medidas apropriadas de identificação e avaliação de risco, não documentar as operações e realizar avaliações que tangenciam a linha imaginária da incredulidade, não mitigando risco algum, certamente produzirá o efeito de manter a instituição financeira e seus agentes *a latere* da origem ilícita dos recursos que venham a receber. Caso todas as medidas de caráter ordinário, compatíveis com a atividade desenvolvida, sejam adotadas, as suspeitas se desvanecerão e não será passível de invocação a teoria da cegueira deliberada. Caso não o sejam, a própria concepção de movimentação suspeita perderá a sua razão de ser, já que o desconhecimento voluntário caminha em norte contrário à realização de um juízo de valor dessa natureza, que é um dos pilares do sistema de combate à lavagem de dinheiro.

Não é demais lembrar que a lavagem de dinheiro (*Geldwäsche*) é “*a parte central da criminalidade organizada*”³⁶, sendo o sistema financeiro um dos instrumentos mais importantes para a sua efetivação. Essa constatação bem demonstra a necessidade de a interpretação dos institutos andar de braços dados com a realidade.

³⁴ GAFISUD. *Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación*. 2012, p. 33.

³⁵ A respeito do beneficiário efetivo, com análise contextualizada no direito belga, vide: DELRUE, Geert. *Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*. 2ª ed. Apeldoorn: Éditions Maklu, 2014, p. 35 e ss.

³⁶ ACHNEIDER, Friedrich; DREER, Elisabeth; RIEGLER, Wolfgang. *Geldwäsche. Formen, Akteure, Größenordnung – und warum die Politik machtlos ist*. Wiesbaden: Gabler, 2006, p. 11.

Uma vez identificado e contextualizado no âmbito naturalístico, não impositivo, o consenso estará necessariamente suscetível às modificações do contexto sociopolítico, que podem se manifestar nos planos (1) temporal, (2) pessoal ou (3) espacial, indicando, respectivamente, as alterações valorativas que se manifestam com o fluir do tempo, as modificações no quadro de atores sociopolíticos a serem levados em consideração na identificação dos pontos de convergência, e a base física que delimita a amostragem da base valorativa que alicerça o consenso. Na compreensão da importância dessas modificações, deve ser considerado o quão intensa é a permeabilidade do consenso, exigindo seja identificado se estamos perante áreas de convergência que poderíamos denominar de abertas ou fechadas. No primeiro caso, tem-se a flexibilidade do consenso, que se compatibiliza com sua compreensão enquanto evento naturalístico. No segundo, o seu enrijecimento e consequente insensibilidade axiológica, só sendo admitida a sua alteração a partir de nova imposição normativa. A constatação da estabilidade ou de eventuais alterações do consenso, além de condicionada à capacidade do dinamismo social em produzir pontos de dissenso, exigirá uma constante reapreciação dos fatores de revelação anteriormente referidos.

5. A lavagem de dinheiro, a cegueira deliberada e o elemento subjetivo do agir

A lavagem de dinheiro tem sido concebida em uma perspectiva trifásica³⁷: (a) a primeira fase é a da colocação (*placement*), na qual os valores de origem ilícita são inseridos no sistema, nele circulando e paulatinamente se distanciando da origem ilícita, a exemplo do que se verifica com a aquisição de bens, como imóveis e joias³⁸; (b) a segunda fase é a da ocultação ou dissimulação (*layering*), na qual são celebrados negócios jurídicos com o objetivo de encobrir a origem ilícita, a exemplo da transferência dos valores para uma pluralidade de contas³⁹; e (c) a terceira fase é a da integração (*integration*), em que os valores de origem ilícita adquirem a aparência de ilicitude, o que se dá com a prática de atos lícitos, a exemplo da compra de bens, completando o ciclo da lavagem de dinheiro. Essas fases nem sempre serão

³⁷ DELRUE, Geert. *Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*. 2ª ed. Apeldoorn: Éditions Maklu, 2014, p. 147 e ss.

³⁸ Como anota Luigi Domenico Cerqua, é típico dessa fase o fracionamento das operações realizadas em dinheiro vivo (*smurfing*), com o objetivo de evitar a obrigação de declaração a cargo das instituições financeiras [Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti (art. 648bis C.P.). In: CAPPÀ, Ermano e CERQUA, Luigi Domenico (orgs.). *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, lei norme di contrasto*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 47 (49)].

³⁹ A respeito das inúmeras técnicas de dissimulação (v.g.: transferências anônimas, aquisições pela Internet, atuação de holdings, títulos endossáveis etc.), vide: IZWEL, Patrice Kayombo A. *Entrepreneuriat et blanchiment d'argent en R. D. Congo*. 2ª ed. Congo: Lulu, 2019, p. 87-95. A transferência eletrônica de recursos, como observa Cerqua, é o método mais moderno e insidioso utilizado, o que decorre da velocidade das transações, da reduzida distância entre as sucessivas alocações, dos reduzidos vestígios deixados e do anonimato dos beneficiários [Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti (art. 648bis C.P.). In: CAPPÀ, Ermano; CERQUA, Luigi Domenico (orgs.). *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, lei norme di contrasto*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 47 (49)].

integralmente percorridas para que seja alcançado o objetivo da lavagem de dinheiro, o de conferir aparência de licitude a bens, direitos e valores obtidos com a prática de infração penal. A lavagem de dinheiro pode ser vista como crime que, embora autônomo, é derivado de uma infração penal antecedente, do qual o agente não precisa ter participado⁴⁰.

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, adotada em Viena, em 1988,⁴¹ dispôs sobre a obrigação de os Estados-partes criminalizarem a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico, tendo recebido forte influência do *Money Laundering Control Act* norte-americano, de 1986. De acordo com o art. 3º, 1, b, da Convenção, os Estados-partes devem adotar as medidas necessárias à tipificação, como infrações penais, das condutas que importem em lavagens de ativos, “*com conhecimento de que eles provêm*” do tráfico.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, em 2000,⁴² também conhecida como “*Convenção de Palermo*”, dispôs, em seu art. 6º, a, i e ii, sobre a necessidade de os Estados-partes criminalizarem a lavagem de ativos quando o agente “*tem conhecimento de que esses bens são produto de crime*”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em Mérida, em 2003⁴³, estatuiu, em seu art. 23, 1, a e b, que os Estados-partes deveriam adotar as medidas necessárias para qualificar como delito a lavagem de ativos “*sabendo-se que esses bens são produtos de delito*”.

Vale lembrar que as Convenções de Viena (art. 3, 3), Palermo (art. 6, 2, f) e Mérida (art. 28) dispõem, em termos similares, que o conhecimento, a intenção ou a finalidade requeridos, como elementos do crime de lavagem de dinheiro, podem ser inferidos das circunstâncias objetivas do caso.

Essas convenções refletem uma zona de consenso mínimo entre os sujeitos de direito internacional que as celebravam, a respeito das condutas que deveriam ser criminalizadas. Não excluía, obviamente, que outras mais fossem criminalizadas pela legislação interna ou mesmo que o significante “conhecimento” viesse a sofrer interpretações condizentes com a realidade em que deveria se projetar. Em outras palavras, o reducionismo que a lógica binária do *conhecimento x desconhecimento* traz consigo não é compatível com uma pluralidade de potenciais significados intermédios,

⁴⁰ Cf. STJ, 6ª Turma, REsp. nº 1.342.710/PR, rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, j. em 22/04/2014, DJe de 02/05/2014.

⁴¹ O Brasil aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991, promulgou-a na ordem interna por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991 e depositou o instrumento de ratificação em 17 de julho de 1991.

⁴² O Brasil aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, depositou o instrumento de ratificação em 29 de janeiro de 2004 e promulgou-a na ordem interna por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

⁴³ O Brasil aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, depositou o instrumento de ratificação em 15 de junho de 2005 e promulgou-a na ordem interna por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

incluindo o desconhecimento involuntário e o desconhecimento voluntário, que pode ser subdividido em construído ou preservado.⁴⁴

No âmbito do Conselho da Europa, merece destaque a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, adotada em Estrasburgo, em 1990, que ampliou o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro e contou com a participação de países não europeus, como a Austrália, o Canadá e os Estados Unidos. Além disso, previu, em seu art. 6º, a, 3, a possibilidade de cada Estado parte criminalizar as condutas dolosas nos casos em que o sujeito “*deveria ter presumido que os bens eram produto de um delito*”. A Convenção de Estrasburgo foi sucedida pela de Varsóvia, de 2005, que passou a disciplinar as medidas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. De acordo com o item 1 do seu art. 9º, cada Estado-parte deve adotar providências para a coibição de atos de lavagem de dinheiro “*praticados intencionalmente*”, tendo o item 3 acrescido que o mesmo deveria ocorrer quando o ofensor “*suspeitou que a propriedade era ilícita*” ou “*deve ter assumido que a propriedade era ilícita*”.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, por ocasião do XXII período ordinário de sessões, aprovou, em junho de 1992, o Regulamento Modelo sobre os Crimes de Lavagem de Dinheiro relacionados ao Tráfico Ilícito de Drogas e outros Crimes Graves, elaborado por um grupo de peritos, que periodicamente o atualiza. De acordo com o seu art. 2º, as condutas serão tipificadas como lavagem de dinheiro quando praticadas com dolo direito (sabendo-se) e dolo eventual (ignorância intencional), bem como com imprudência (devendo saber), ressaltando-se que esta última modalidade, de contornos culposos, deve seguir os padrões de cada Estado-membro da Organização. Vale lembrar, como ressaltado por Eduardo A. Fabián Caparrós⁴⁵, que “*el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el marco internacional*”.

Estas últimas iniciativas se ajustam a uma realidade cambiante e multifacetária, na qual infratores em potencial buscam redutos para práticas ilícitas, de modo a eximir-se da responsabilização pelos atos praticados. Sensível a essa constatação, no julgamento da AP nº 470/DF (Caso Mensalão), a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceu a compatibilidade do dolo eventual com a redação da Lei nº 9.613/1998 vigente à época dos fatos⁴⁶ e, como muito maior razão, após a

⁴⁴ Luiz Flávio Gomes oferecia a subdivisão (1) conhecimento, (2) ignorância sabida, (3) ignorância ignorada e (4) ignorância deliberada (*rectius*: cegueira deliberada) [Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal – civilização ou barbárie. São Paulo: Saraiva, 2017, item 4.5].

⁴⁵ Algunas observaciones sobre el Blanqueo Imprudente de Capitales (Aspectos Doctrinales y Jurisprudenciales). In: *Justitia*, dez./2010, p. 59 (66). Note-se que o art. 301.3 do Código Penal espanhol tipifica o crime de lavagem de dinheiro praticado com imprudência grave. A imprudência estará caracterizada, não o dolo eventual, quando o agente não tem consciência da procedência ilícita do bem, direito ou valor, nem da elevada probabilidade de ilicitude, existindo, portanto, pura e simples ignorância, decorrente da inobservância do dever de cuidado e cautela em se inteirar dos fatos.

⁴⁶ De acordo com a Min. Rosa Weber, “o profissional da lavagem, contratado para realizá-la pelo autor do crime antecedente, adota, em geral, uma postura indiferente quanto à procedência criminosa dos bens envolvidos e, não raramente, recusa-se a aprofundar o conhecimento a respeito. Doutro lado, o autor do crime antecedente quer apenas o serviço realizado e não tem motivos para revelar seus segredos, inclusive a procedência específica dos bens envolvidos, ao lavador profissional. A regra no mercado profissional da

alteração que a Lei nº 12.683/2012 promoveu no art. 2º, § 2º, I. De acordo com a redação original desse preceito, incorreria na mesma pena daquele que praticou a conduta do art. 1º quem utilizasse, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que soubesse ser provenientes dos crimes indicados. Com a alteração, foi suprimida a exigência de conhecimento da origem ilícita, além de ser previsto que qualquer infração penal poderia configurar o ilícito antecedente. Acresça-se a não utilização, nos tipos penais dos arts. 1º e 2º, de qualquer expressão que possa restringir a configuração da lavagem de dinheiro ao dolo direto, o que indica ser possível a sua prática com o dolo eventual⁴⁷.

Não é incomum argumentar-se que a admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro importaria em uma carga excessiva aos agentes que atuam no setor financeiro, já que, com exceção das situações em que a licitude da relação jurídica que originou os valores seja patente, todas as demais seriam suscetíveis de oferecer indícios de ilicitude.⁴⁸ Esse aspecto seria potencializado pela falta de informações a respeito de sua origem e, mesmo com a adoção das medidas de verificação exigidas pela normativa vigente, ainda haveria espaço para a dúvida que a mera suspeita da ilicitude traz consigo.

Em relação a essa espécie de argumento, observa-se que a teoria da cegueira deliberada decorre de exigências da realidade e das linhas argumentativas normalmente utilizadas pelos infratores para eximir-se da possibilidade de responsabilização pessoal. Essa teoria, aliás, muitas vezes norteia as relações entre o cliente e o seu defensor e a forma como este último se posiciona a respeito da assunção da defesa do responsável por um comportamento de grande lesividade para o ambiente social. Na síntese de John B. Mitchell⁴⁹, a tese do desconhecimento a respeito da culpa do cliente costuma ser utilizada em quatro sentidos diferentes, todos invariavelmente subjetivos: o metafísico, o negativo, o autoenganador e o factual. O sentido metafísico indica que, como *“tudo é possível em um universo infinito, eu jamais poderei verdadeiramente saber tudo, logo, eu não posso saber se o meu cliente é culpado”*. O sentido negativo do desconhecimento denota um consciente evitar da verdade: *“como oriento meus clientes a não me dizer se eles fizeram, eu nunca sei se eles fizeram”*. O sentido autoenganador parte da premissa de que, para atuar como um defensor, o profissional convence a si mesmo de que, a despeito dos fatos, ele não sabe se o seu cliente é culpado. Por fim, o sentido factual do desconhecimento é o mais comum no ambiente social, reduzindo-se à premissa

lavagem é o silêncio”. No direito espanhol, a teoria da ignorância deliberada é equiparada ao dolo eventual (vide: Sentenças do Tribunal Supremo nº 390/2007, de 26 de abril; 797/2006, de 20 de julho; 374/2009, de 28 de janeiro; e 961/2010, de 11 de novembro). Cf. FABIÁN CAPARRÓS. *Algunas Observaciones...*, p. 73.

⁴⁷ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 322.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

⁴⁹ The Ethics of a Criminal Defense Attorney – New Answers to Old Questions. In: 32 *Stanford Law Review* 293, 1980.

de que “*como tudo que ouvi é que ele foi preso, não ouvindo um único fato sobre o caso, não sei se ele é culpado*”.

Não vislumbramos, portanto, qualquer ônus excessivo na utilização da teoria da cegueira deliberada. Afinal, o reconhecimento do dolo eventual como apto à configuração do fato típico rende total homenagem à proporcionalidade, conforme os contornos dogmáticos que lhe foram atribuídos por Robert Alexy⁵⁰, na tríplice dimensão da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Mostra-se adequado por ser meio idôneo à coibição de um comportamento recorrente; é necessário, considerando a grande lesividade da prática que se pretende coibir, já que a escusa da ignorância, caso acolhida em sua integridade, simplesmente inviabilizaria a resposta penal à lavagem de dinheiro, o que justifica a restrição à esfera jurídica individual; e é proporcional em sentido estrito, já que a coibição à lavagem de dinheiro, praticada com o auxílio da cegueira deliberada, se projeta na contenção da própria criminalidade organizada, sendo os benefícios auferidos pela coletividade bem mais amplos e relevantes que a conduta exigida das pessoas naturais para que não adentrem no plano da ignorância voluntária.

A teoria da cegueira deliberada está umbilicalmente ligada à existência de um liame fático-jurídico entre agentes diversos, daí decorrendo a imposição, a um deles, do dever de inteirar-se dos atos praticados pelo outro. O seu ponto nodal reside justamente nesse liame e no seu nível de desenvolvimento.⁵¹

É factível que a cegueira deliberada se ajusta ao dolo eventual, considerando que a conduta potencialmente ilícita está na esfera de previsibilidade do agente, que voluntariamente decide não se inteirar da sua existência e dos respectivos efeitos. Como ressaltado por Glanville Williams⁵², “*ele suspeita do fato; percebe a sua probabilidade; mas se contém na obtenção da confirmação final, pois almeja poder negar conhecimento a respeito do evento. Isto, e apenas isto, é cegueira deliberada*”. Dessa maneira, “*finje não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem indevida*”⁵³. Não é por outra razão que também se fala em “*instrução do avestruz*” (*ostrich instruction*). Sob certa perspectiva, como ressalta Bernardo Feijoo Sánchez⁵⁴, a teoria da cegueira deliberada é muitas vezes utilizada não só para solucionar casos de “*cegueira fática*”, como de “*cegueira moral*”, na qual o agente dispõe de um importante acervo cognitivo, mas prefere neutralizá-lo, de

⁵⁰ *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 100-104; e Balancing, constitutional review, and representation. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, p. 572 (572-573), 2005.

⁵¹ À luz das mais variadas infrações penais que exigem o conhecimento para a responsabilização pessoal, observa Robbins que os casos envolvendo narcóticos, nos Estados Unidos, são as fontes mais comuns de ignorância deliberada [*The Ostrich Instruction*... p. 191 (192)].

⁵² Cf. WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. 2ª ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1961, § 57, p. 150.

⁵³ STF, AP nº 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, dias 17, 29 e 30/08/2012, Inf. nº 677; e STJ, 5ª T., AgRg no REsp. nº 1.565.832/RJ, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 06/12/2018, DJe de 17/12/2018.

⁵⁴ *La teoría de la ignorancia deliberada...*, p. 1(17).

modo a facilitar o processo formativo de uma decisão “*motivada por ganância, avareza ou razões e motivos similares*”.

Para a identificação do dolo eventual, assume singular relevância a análise contextual, em que a consciência dos aspectos periféricos tem concretude suficiente para se concluir pela assunção do risco do resultado ilícito, *in casu*, a lavagem de dinheiro⁵⁵. Como a responsabilidade pessoal é subjetiva, afigura-se nítido que o comportamento do agente deve ser avaliado em conformidade com suas características individuais, não de acordo com referenciais objetivos, a exemplo da conduta esperada do *homo medius* ou de qualquer outro paradigma de análise similar⁵⁶.

A consciência e a voluntariedade na criação de óbices ao conhecimento das práticas potencialmente ilícitas podem ser avaliadas a partir de uma pluralidade de fatores, que podem oscilar desde ordens expressas, de modo que as operações potencialmente suspeitas não sejam submetidas ao agente que tenha poder decisório, até mecanismos indiretos, como a total desestruturação ou a simples não criação de órgãos internos incumbidos da realização dessa análise. Nesse particular, assumem singular relevância os mecanismos de *compliance*.

O importante é que haja grande probabilidade de que bens, direitos e valores provenham de infração penal, o que deve ser contextualizado no âmbito das regras de experiência, e que o agente assuma o risco de praticar o crime de lavagem de dinheiro ao decidir permanecer indiferente a essa probabilidade, o que faz ao zelar pela existência e continuidade do estado de ignorância.

A análise acerca da origem ilícita do bem se desprende da culpa e alcança o dolo eventual quando o agente não permanece indiferente ao “desconhecido” e assume uma posição de plena aceitação de uma faceta em particular desse referencial “desconhecido”, a sua ilicitude⁵⁷. Para que essa aceitação esteja presente, é necessário que as regras de experiência apontem para a existência de condutas normalmente praticadas a jusante do direito, verificáveis a partir de atos ao alcance das possibilidades ordinárias do agente. Aliás, são estas mesmas regras de experiência que apontam para o desinteresse na verificação de práticas ilícitas que possam redundar em benefícios indiretos para o agente⁵⁸. Portanto, não nos parece adequada a crítica de Costanza

⁵⁵ A Corte de Cassação italiana reconheceu o dolo eventual na lavagem de dinheiro (*riciclaggio del denaro*) “quando l’agente ha la concreta possibilità di rappresentarsi accettandone il rischio, la provenienza delittuosa del denaro ricevuto ed investito” (Sez. II, Sentenza nº 36.893, de 31 de julho de 2018). No caso concreto, os fundos utilizados estavam alocados em países *off shore* e circularam por pessoas jurídicas constituídas para impedir a individualização do real beneficiário. Também admitindo o dolo eventual: *Cassazione penale*, Sez. V, Sentenza nº 21.925, de 17 de maio de 2018. É relevante observar que o art. 648bis do Código Penal italiano, a exemplo da legislação brasileira, não utiliza expressões que permitam circunscrever o fato típico ao dolo direto.

⁵⁶ Nesse sentido: CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

⁵⁷ Lê-se, na *Canadian Encycloped Digest* (Ontario), no verbete *wilful blindness*, que a cegueira deliberada produz justamente o efeito de excluir a aceitação da culpa como tese de defesa (vol. 23. 3ª ed. Toronto: Carswell, 2002, § 171, p. 104).

⁵⁸ Os requisitos a serem exigidos para a punição da ignorância deliberada foram assim sintetizados pelo Tribunal Supremo espanhol, cuja primeira decisão que encampou a “*doctrina de la ignorancia deliberada*”

Bernasconi e Fausto Giunta⁵⁹, no sentido de que estamos perante uma transformação em dolo de um comportamento substancialmente culposos.

Epílogo

A partir da singela constatação de que o direito, em geral, e o direito penal, em particular, não podem permanecer indiferentes à realidade, é fácil perceber a importância assumida pela teoria da cegueira deliberada no âmbito da lavagem de dinheiro. Afinal, tem sido recorrente a utilização do desconhecimento voluntário, por alguns agentes, como subterfúgio para que não sejam alcançados pela responsabilização penal. Ignorar essa constatação, que decorre diretamente das regras de experiência, é premiar a perspicácia alheia, caminhando em norte contrário aos objetivos da lei penal. A teoria da cegueira deliberada, ademais, é plenamente compatível com o dolo eventual, fazendo surgir um juízo de certeza em relação à assunção do risco de que bens, direitos ou valores tenham origem ilícita.

Referências bibliográficas

ACHNEIDER, Friedrich, DREER, Elisabeth e RIEGLER, Wolfgang. *Geldwäsche. Formen, Akteure, Größenordnung – und warum die Politik machtlos ist*. Wiesbaden: Gabler, 2006.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *In: International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, p. 572 (572-573), 2005.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Law: the case for a unified approach*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

remonta a 1999 (Sentencia nº 1.637/1999, de 10 de janeiro), *verbis*: “de lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º - Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido. 2º - Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal. 3º - Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal” (Sentencia nº 234/2012, de 16 de março, Ponente Manuel Marchena Gómez).

⁵⁹ Introduzione. *In*: BERNASCONI, Costanza; GIUNTA, Fausto. *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 1 (16).

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- BERNASCONI, Costanza; GIUNTA, Fausto. Introduzione. In: BERNASCONI, Costanza; GIUNTA, Fausto. *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 1.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CANADIAN ENCYCLOPED DIGEST (Ontário), vol. 23. 3ª ed. Toronto: Carswell, 2002.
- CERQUA, Luigi Domenico. Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti (art. 648bis C.P.). In: CAPPÀ, Ermano; CERQUA, Luigi Domenico (orgs.). *Il riciclaggio del denaro. Il fenômeno, il reato, lei norme di contrasto*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 47.
- DAHL, Robert. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956.
- DEL RUE, Geert. *Le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*. 2ª ed. Apeldoorn: Éditions Maklu, 2014.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Algunas observaciones sobre el Blanqueo Imprudente de Capitales (Aspectos Doctrinales y Jurisprudenciales). In: *Justitia*, dez./2010, p. 59.
- FALCON, Giandomenico. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1991.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorância deliberada en Derecho Penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. In: *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, jul./2015, p. 1.
- FRAENKEL, Ernst. *Reformismus und Pluralismus*. DDR: Hoffmann und Campe, 1973.
- FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito (Autorität und Integration. Zur Gramatik von Recht und Verfassung)*. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.
- GAFISUD. *Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación*, 2012.
- GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal – civilização ou barbárie*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos e estudos prévios*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1989.

- HAMPSHIRE, Stuart. *Innocence and experience*. USA: Harvard University Press, 1989.
- HEFFERMAN, Margaret. *Wilful Blindness: why we ignore the obvious*. UK: Simon and Schuster, 2011.
- HUME, David. *Tratado da natureza Humana (A Treatise of Human Nature)*. Trad. de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- IZWEL, Patrice Kayombo A. *Entrepreneuriat et blanchiment d'argent en R. D. Congo*. 2ª ed. Congo: Lulu, 2019.
- JACKSON, Miles. *Complicity in International Law*. Oxford: OUP Oxford, 2015.
- KAMMEN, Michael. *A Machine that Would go of Itself. The Constitution in American Culture*. New Brunswick & London: Transaction Publishers, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit)*. Trad. de Luis Villar Borda. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- LUIZ, Fernando Vieira; LUIZ, Marina de Oliveira de Vasconcellos. Teoria da Cegueira Deliberada e o Elemento Subjetivo do Tipo no Crime de Lavagem de Dinheiro. In: CURY, Rogério (Coord.). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina, 2020.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. vol. I. Trad. de Waleska Giroto Silverberg. Rio de Janeiro: Conan Editora Ltda, 1995.
- MITSCHELL, John B. The Ethics of a Criminal Defense Attorney – New Answers to Old Questions. In: *32 Stanford Law Review* 293, 1980.
- PUTNAM, Hilary. *Meaning and the moral sciences*. London: Routledge, 1978.
- RAGUÉS Y VALLES, Ramon. *La ignorância deliberada em derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.
- RAWLS, John. O Liberalismo Político. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. 2ª imp. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, Issue 2, p. 191.
- VERDUN-JONES, Simon N. *Canadian Criminal Cases: Selected Highlights*. Harcourt Canada Limited, 1999.
- WALDRON. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. 2ª ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

A criminalização da “pornografia de vingança” como reação à violência de gênero: uma análise de direito comparado

Fabício Pinto Weiblen*

Sumário

1. Introdução. 2. Pornografia não consensual e violência de gênero. 2.1. Histórico e características da pornografia não consensual. 2.2. “Pornografia de vingança” e a questão da terminologia. 2.3. Pornografia não consensual como violência de gênero. 3. Criminalização da pornografia não consensual e suas objeções no direito comparado. 3.1. A questão da liberdade de expressão: o caso dos EUA. 3.2. A objeção da intervenção mínima: os casos da Espanha e de Portugal. 4. Pornografia não consensual no ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. A (in)suficiência da legislação criminal anterior à Lei nº 13.718/18. 4.2. A legislação civil. 4.3. A criminalização da pornografia não consensual no Brasil. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho busca analisar o fenômeno da “pornografia de vingança”, bem como avaliar a tendência de criminalização dessa conduta e suas principais objeções. Para tanto, inicialmente será realizada uma apresentação de características do fenômeno, bem como uma análise de seu enquadramento como violência de gênero. Na segunda parte, serão estudadas as principais objeções à criminalização desse tipo de conduta no direito comparado. Por fim, a criminalização será avaliada sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Desde já, pode-se adiantar que a “pornografia de vingança” caracteriza-se como violência de gênero à luz da literatura e dos tratados internacionais sobre o tema, bem como que sua criminalização revela-se necessária, diante de suas peculiaridades e da ineficácia de outros meios de dissuasão.

Palavras-chave: Pornografia de vingança. Pornografia não consensual. Violência de gênero. Liberdade de expressão. Intervenção mínima.

* Mestrando em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Abstract

This paper seeks to analyze the “revenge porn” phenomenon, as well as to evaluate the tendency of criminalization of this conduct and its main objections. For this purpose, an initial presentation of the characteristics of the phenomenon will be made, as well as an analysis of its classification as gender-based violence. In the second part, the main objections to the criminalization of this type of conduct in comparative law will be studied. Finally, criminalization will be evaluated from the perspective of the Brazilian legal system. As result, it can be said that “revenge pornography” is characterized as gender-based violence in light of the literature and international treaties on the subject, and that its criminalization is necessary, given its peculiarities and the ineffectiveness of other means of dissuasion.

Keywords: *Revenge porn. Non consensual pornography. Gender-based violence. Freedom of speech. Minimal intervention.*

1. Introdução

Em especial na última década, um novo risco tem atingido as mulheres, com graves danos às respectivas vítimas: a chamada “pornografia de vingança”. Em geral caracterizada por imagens íntimas obtidas consensualmente por parceiros que, com o final do relacionamento, disseminam tais imagens na Internet, o fenômeno não se limita a essas circunstâncias, todavia, em qualquer caso, as consequências são extremamente danosas e abrangem assédio, perda do emprego, depressão e até mesmo suicídio. Diante disso, iniciou-se um movimento pela criminalização da “pornografia de vingança”, uma vez que, como regra geral, a conduta não se enquadrava em tipos penais existentes.

Dessa forma, o presente trabalho busca entender o fenômeno da “pornografia de vingança” e suas consequências, bem como analisar seu enquadramento como violência de gênero e a necessidade de sua criminalização como forma de combate a essa prática.

Para tanto, em um primeiro momento, o estudo apresenta um histórico do fenômeno, a discussão sobre a própria terminologia utilizada e a sua caracterização como violência de gênero. Na segunda parte, faz-se uma análise do direito comparado, com a abordagem das principais objeções apresentadas à criminalização da “pornografia de vingança”. Na parte final, estuda-se a criminalização desse tipo de conduta no Brasil, a partir das tentativas de enquadramento na legislação criminal tradicional e dos remédios civis existentes, até o advento de um tipo penal específico.

Como conclusões, pode-se adiantar: que o fenômeno, embora recente, apresenta-se como uma das formas mais graves e atuais de violência de gênero, assim caracterizado principalmente pelo fato de que se trata de prática que atinge de forma desproporcional as mulheres; que nos EUA a principal objeção diz respeito à possível violação da liberdade de expressão, todavia, em razão de suas características, não pode ser admitido como um discurso protegido pela primeira emenda à Constituição

daquele país; que, nos países de tradição continental, a objeção residiria na intervenção mínima do direito penal, porém, da mesma forma, esta não deve ser encarada como obstáculo à criminalização, pois a “pornografia de vingança” atinge de forma grave bens jurídicos relevantes e os remédios civis revelam-se insuficientes, entre outros motivos; e que, no Brasil, as tentativas de enquadramento em outros tipos penais tradicionais revelaram-se inadequadas, os remédios civis existentes, apesar da evolução, ainda são débeis em enfrentar o problema, e a recente criminalização da conduta revelou-se necessária.

2. Pornografia não consensual e violência de gênero

2.1. Histórico e características da pornografia não consensual

Holly Jacobs conheceu seu namorado na escola e, com algumas interrupções, manteve o relacionamento até alguns anos após a formatura do ensino médio. Todavia, quando ela encerrou o relacionamento em 2009, seu ex-namorado postou fotos e vídeos sexualmente explícitos dela na Internet, juntamente com seu nome completo, e-mail e local de trabalho. Holly foi perseguida com e-mails de assédio de estranhos, suas fotos foram enviadas para seu chefe e colegas. Por muito tempo, as primeiras páginas de pesquisa sobre seu nome na Internet apresentavam links para suas imagens. Além de se sentir aterrorizada, com medo de perseguições e estupros, Holly, diante das repercussões do caso, mudou legalmente seu nome, deixou vários empregos e desativou suas redes sociais e contas de e-mail. Ainda, seu ex-namorado alegou que ela própria havia publicado as imagens como uma tentativa de arruinar a vida dele¹.

A “pornografia de vingança” consiste na distribuição de imagens sexualmente explícitas ou íntimas de indivíduos sem consentimento². Embora Holly, ao final de sua experiência, tenha se tornado uma ativista da proteção às vítimas da “pornografia de vingança”³, os efeitos da prática sobre as vítimas são devastadores⁴.

A moderna prática da “pornografia de vingança” tem suas raízes na pornografia amadora na Internet, que ganhou relevância em 2000, quando se percebeu uma tendência de compartilhamento de erotismo amador, o que foi denominado “*realcore*” (em contraponto ao “*hardcore*”). Em 2008, o site *xtube.com* começou a receber mais acessos quando vídeos de “*revenge porn*” eram submetidos ao site, ao mesmo tempo em que passou a receber duas a três reclamações sobre o conteúdo por semana. Mas talvez o caso mais conhecido tenha sido o do site *isanyoneup.com*, criado em 2010 por Hunter Moore e que recebia publicações anônimas de fotos e vídeos amadores, juntamente com outras informações pessoais sobre a pessoa retratada. O site ganhou

¹ SCHELLER, Samantha H. A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn. *North Carolina Law Review*. v. 93, 2015, p. 551–552.; WALDMAN, Ari Ezra. A breach of trust: fighting nonconsensual pornography. *Iowa Law Review*. v. 102, 2017, p. 714–715.

² SCHELLER, A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn, p. 558.

³ Criou o site *endrevengporn.com*, hoje parte do *cybercivilrights.org*.

⁴ WALDMAN, A breach of trust: fighting nonconsensual pornography, p. 710.

muita popularidade⁵ e Moore frequentemente fazia comentários próprios nos posts. Diversas pessoas tomaram conhecimento de sua exposição não consentida e enviaram pedidos de remoção, sem sucesso. Ao final, Moore foi preso em 2014 sob acusação de obteção ilegal de imagens de nudez de terceiros mediante *hacking* de contas de e-mail. Embora o site tenha desaparecido, vários outros surgiram. Um deles é o *myex.com*, cujo *slogan* é “*get revenge*”. O site permite envios anônimos de fotos de antigos relacionamentos juntamente com informações pessoais. Porém, toma mais cuidados em relação a seu antecessor, uma vez que não faz comentários próprios e, ao menos formalmente, oferece caminhos para remoção do conteúdo pelas vítimas (embora com obstáculos, como exigência de pagamento). Todavia, o site deliberadamente não mantém dados de identificação dos autores das postagens e isenta-se de responsabilidade sobre isso⁶.

A pornografia não consensual em geral pode se dar sob diversas formas, cada uma com um tratamento jurídico diverso: os hackers de computador podem obter conteúdo ilegalmente, o que normalmente é criminalizado como invasão de dispositivo informático; usualmente também é proibida a gravação de atos sexuais de terceiros; legislação sobre pornografia infantil proíbe basicamente toda pornografia com menores, seja consensual ou não⁷. Todavia, a forma menos protegida de pornografia não consensual consiste na troca, entre parceiros adultos, de imagens íntimas, compartilhadas com a expectativa de que permaneceriam privadas, as quais, entretanto, são distribuídas para terceiros sem consentimento do titular. Essa categoria, chamada de “*pornografia de vingança*”, é um problema crescente, pois os sites dedicados à pornografia involuntária se multiplicaram nos últimos anos e as condutas levam as vítimas a ameaças de segurança, perda de emprego e dano social. Apesar dos riscos, as pessoas continuam compartilhando imagens explícitas acreditando que seus parceiros nunca as trairão. Em atencipação ao dia dos namorados de 2013, um estudo constatou que 43% dos homens e 29% das mulheres planejavam enviar “*fotos sensuais ou românticas*” para seus parceiros via e-mail, mensagem de texto ou mídia social para celebrar a data. Além disso, 10% das pessoas de 18 a 54 anos já haviam ameaçado postar imagens do ex-parceiro on-line, com quase 60% das ameaças concretizadas⁸⁻⁹.

O fenômeno é intimamente ligado ao *sexting*, em que o protagonista envia conteúdo de natureza íntima, de forma voluntária, por meio do uso de dispositivos

⁵ Em treze meses, de acordo com seu criador, o site tinha mais de 300.000 espectadores únicos por dia.

⁶ SCHELLER, A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn, p. 559–565.

⁷ Sobre as implicações das leis de “*revenge porn*” dos EUA em relação aos menores, ver: OSTERDAY, Mitchell. Protecting minors from themselves: expanding revenge porn laws to protect the most vulnerable. *Indiana Law Review*. v. 49, 2016. Sobre a diversidade de legislações sobre sexting, principalmente entre adolescentes: O’CONNOR, Kimberly et al. *Sexting Legislation in the United States and Abroad: A Call for Uniformity*. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017.

⁸ Pesquisa em *Business Wire*, *Lovers Beware: Scorned Exes May Share Intimate Data and Images Online*.

⁹ BARMORE, Cynthia. *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*. *Stanford Law Review*. v. 67, 2015, p. 448–449.

tecnológicos¹⁰, prática cada vez mais frequente. Pesquisas relativas ao *sexting* indicam que a prática é mais prevalente entre os adultos do que adolescentes e ambos estão recebendo mais imagens do que as enviando¹¹. Em qualquer caso, a pressão dos pares e as normas sociais são os principais motivadores para se envolverem em *sexting*^{12 13}.

Por sua vez, a disseminação pode ser explicada também à luz da força dos laços fracos dentro da teoria das redes¹⁴, aplicável de forma especial à Internet¹⁵. Enquanto os laços fortes seriam estabelecidos entre pessoas próximas, os laços fracos dão-se entre pessoas socialmente distantes. Porém, em uma rede, a velocidade de disseminação de uma informação tende a ser maior quando envolve laços fracos, pois, entre pessoas distantes, o fato é constantemente uma novidade, e pessoas sem intimidade sentem-se desvinculadas da informação e das consequências de sua disseminação. Daí por que a “pornografia de vingança”, quando atinge pessoas sem vínculo com a pessoa atingida (na internet), tende a ter elevada propagação, o que aumenta os danos causados¹⁶.

2.2. “Pornografia de vingança” e a questão da terminologia

A pornografia não consensual envolve a distribuição de imagens de teor íntimo ou sexual de indivíduos sem o seu consentimento, o que pode incluir imagens obtidas sem consentimento (p. ex., gravações ocultas) bem como imagens obtidas originalmente com consentimento, em geral dentro de um relacionamento. Embora a “pornografia de vingança” tenha mais relação com o segundo caso¹⁷, o termo é utilizado com frequência para todas as formas de pornografia não consensual¹⁸.

¹⁰ OTERO, Juan María Martínez. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*. v. 12, 2012, p. 3.

¹¹ KLETTKE, Bianca; HALLFORD, David J.; MELLOR, David J. Sexting prevalence and correlates: a systematic literature review. *Clinical Psychology Review*. v. 34, 2014, p. 46–49.

¹² DAKE, Joseph A.; PRICE, James H.; MAZIARZ, Lauren. Prevalence and Correlates of Sexting Behavior in Adolescents. *American Journal of Sexuality Education*. v. 7, 2012, p. 3; STROHMAIER, Heidi; MURPHY, Megan; DEMATTEO, David. Youth Sexting: Prevalence Rates, Driving Motivations, and the Deterrent Effect of Legal Consequences. *Sexuality Research and Social Policy*. v. 11, 2014, p. 251.

¹³ Acerca de outras características sobre o tema, tais como certa correlação (embora não necessariamente causalidade) entre a prática do sexting e condutas sexuais de risco, vide NGO, Fawn; JAISHANKAR, Karuppanan; AGUSTINA, José Ramón. Sexting: Current Research Gaps and Legislative Issues. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017, p. 162–163.

¹⁴ GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited. *Sociological Theory*, v. 1, 1983.

¹⁵ KAUFMAN, Dora. A força dos “laços fracos” de Mark Granovetter no ambiente do ciberespaço. *Galaxia*. v. 23, 2012.

¹⁶ LANA, Alice de Perdigão. Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet. Curitiba: GEDA/UFPR, 2019, p. 29–30 e 47–48.

¹⁷ Para Min. Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, a “pornografia de vingança” seria uma espécie do gênero “exposição pornográfica não consentida” (em julgamento de recurso especial interposto pela Google Brasil Internet Ltda, em caso que envolveu a divulgação na Internet de conteúdo íntimo de caráter sexual). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Exposi%C3%A7%C3%A3o-pornogr%C3%A1fica-n%C3%A3o-consentida-%C3%A9-grave-forma-de-viol%C3%Aancia-de-g%C3%AAnero.-diz-Nancy-Andrighi>. Acesso em: 17 maio 2019.

¹⁸ CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014, p. 346.

Todavia, há certo consenso de que o termo “pornografia de vingança” não é o mais adequado, pois o mal essencial da prática não é o motivo que leva ao comportamento, mas a invasão da privacidade das vítimas e a transformação delas em objetos de forma não consensual¹⁹, sendo este o único traço realmente comum²⁰. Além disso, há diversas motivações distintas da vingança verificáveis na prática, tais como desejo de lucro, notoriedade ou entretenimento, ou por nenhuma razão em particular²¹.

A vingança como motivação normalmente está associada a crimes praticados por parceiros ou ex-parceiros, mas estudos recentes indicam que cerca de 30% dos casos foram praticados por outras pessoas que não parceiros românticos²². Em estudo de 90 casos brasileiros de disseminação de imagens íntimas na Internet, somente em 15 casos a motivação “vingança” estava explícita. Questiona-se o uso do termo “vingança” também em razão de possível revitimização, pois dá a entender que a vítima fez algo errado que motivou a conduta do perpetrador²³.

Dessa forma, seriam expressões mais adequadas “pornografia não consensual”²⁴ ou “pornografia involuntária”, que enfatizam o não consentimento da vítima²⁵. Todavia, o termo “pornografia” também é alvo de questionamentos, pois dá uma necessária conotação pornográfica a representações visuais íntimas ou de nudez²⁶. Outras críticas são: chama a atenção erroneamente para as ações da vítima e não do perpetrador; pode gerar limitações indevidas de tipos penais, como a exigência de que a imagem tenha conotação “pornográfica”; empresta um senso de legitimidade e não capta a natureza não consensual da prática; pode ser confundida com gêneros específicos de pornografia caracterizados pelo não consentimento e pelo abuso; gera o risco de erotizar os malefícios desse abuso e de estimular o interesse lascivo da mídia em propagar esses fenômenos²⁷; e contém uma carga negativa e reforça a culpabilização

¹⁹ WALDMAN, A breach of trust: fighting nonconsensual pornography, p. 709.; SCHELLER, A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn, p. 558.

²⁰ FRANKS, Mary Anne. “Revenge porn” reform: a view from the front lines. *Florida Law Review*. v. 69, 2017, p. 1257–1258.

²¹ Nesse sentido: MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika; HOUGHTON, Ruth. Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. *Feminist Legal Studies*. v. 25, n. 1, 2017, p. 38–40.

²² EATON, Asia A.; RUVALCABA, Yanet. Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men. *Psychology of Violence*. 2019, p. 9.

²³ VALENTE, Mariana Giorgetti et al. O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. São Paulo: InternetLab, 2016, p. 47–52. A expressão pressupõe “que alguma ação da mulher, previamente, deu ensejo à retaliação” e, ainda que de forma involuntária, acaba “por justificar a conduta de quem dissemina as imagens, por caracterizá-la como uma resposta.” (LANA, Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet, p. 10–11)

²⁴ WALDMAN, A breach of trust: fighting nonconsensual pornography, p. 709.

²⁵ SCHELLER, A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn, p. 558.

²⁶ Argumenta-se, em sentido contrário, que, embora a criação de imagens explícitas dentro de uma relação íntima privada não devesse ser considerada como pornografia, distribuir tais imagens sem consentimento deveria ser, ao transformar uma imagem privada em entretenimento sexual público (FRANKS, “Revenge porn” reform: a view from the front lines, p. 1257–1258.)

²⁷ MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse, p. 38–40.

da mulher, além de trazer consigo uma espécie de condenação moral da nudez ou intimidade em geral²⁸.

Outras expressões alternativas, como "sexualmente explícito", são criticadas por limitarem a proteção a conteúdo de nudez e/ou atos sexuais, talvez negligenciando imagens que são igualmente prejudiciais (p. ex., com roupas íntimas)²⁹.

Assim, uma expressão que tem sido crescentemente adotada é "disseminação não consensual de imagens íntimas" (*Non-Consensual Intimate Images* – NCII), que teria a vantagem de enfatizar a autonomia da mulher e a falta de consentimento, em detrimento da motivação ou da caracterização do ato como pornográfico³⁰.

A discussão em torno da nomenclatura é representada pela adoção de diversos termos nas normas que sancionam a conduta. Nos EUA, por exemplo, em 2017, dos 39 estados que tinham estatutos específicos, 25 chamavam especificamente o crime de "*revenge porn*", 9 referiam-se a "pornografia não consensual", 2 estados tinham leis de "ciberexploração" e 3 estados tratavam de "disseminação de material obsceno"^{31 32}.

Por fim, há quem entenda que tal prática deveria estar inserida dentro de uma gama de condutas denominada "abuso sexual baseado em imagens", que englobaria todas as formas de criação e/ou distribuição não consensual de imagens sexuais privadas³³ e teria a vantagem de colocar em foco a natureza sobreposta de várias formas de abuso e os efeitos sobre as vítimas³⁴. A terminologia é importante porque, quando as definições são muito restritas, isso serviria para restringir apoio e suporte. Além disso, as expressões amigáveis à mídia, embora chamem a atenção, no mínimo subestimam a realidade de assédio e violência em todas as formas de abuso sexual baseado em imagens. Exemplos como "*upskirt*" e "*revenge porn*" teriam o efeito de minimizar os danos, estimulando que sejam vistos como "pegadinhas inofensivas". Nessa cultura, os perpetradores são "raramente repreendidos", enquanto as vítimas são "criticadas como hipersensíveis ou sem humor". O valor, portanto, da denominação

²⁸ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 47–52.

²⁹ MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse, p. 38–40.

³⁰ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 47–52. No mesmo sentido: NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; VALENTE, Mariana Giorgetti. Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017, p. 336.; ALEIXO, Leticia Soares Peixoto; BASTOS, Sophia Pires. Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas. Revista IIDH. v. 64, 2016, p. 226.

³¹ NGO; JAISHANKAR; AGUSTINA Sexting: Current Research Gaps and Legislative Issues, p. 235.

³² O mesmo se nota em pesquisa realizada em países de tradição jurídica similar (Canadá, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e África do Sul), em que apenas um país e dois estados australianos usavam a terminologia "revenge porn" em seus estatutos (O'CONNOR et al, Sexting Legislation in the United States and Abroad: A Call for Uniformity, p. 237)

³³ Tais como "*revenge porn*", "*photoshoping* sexualizado", extorsão sexual ("*sextortion*"), "*upskirting*", voyeurismo e outras semelhantes.

³⁴ MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse, p. 26–28.

de abuso sexual seria refletir as experiências das mulheres e resistir à minimização dessas formas de dano³⁵.

De qualquer forma, é de certa maneira contraproducente abandonar as expressões consagradas e que facilitam a compreensão em torno do fenômeno³⁶, em especial quando, como no presente caso, a abordagem é restrita à denominada “pornografia de vingança” (com características próprias que a diferenciam de outros fenômenos similares), razão pela qual tal termo será também utilizado neste trabalho.

2.3. Pornografia não consensual como violência de gênero

O fenômeno da pornografia não consensual envolve de forma importante questões de gênero e sexualidade: gênero, enquanto forma socialmente construída de caracterizar determinadas condutas e aspectos como masculinos e femininos, a partir da qual se articula o poder³⁷; sexualidade, enquanto construções sociais sobre o desejo, condutas e valores sexuais³⁸. Assim, sexualidade e gênero se relacionam, na medida em que possibilidades e limites de sexualidade são socialmente atribuídos a gêneros inseridos em relações desiguais de poder, o que redundando em uma hierarquização das condutas sexuais consideradas adequadas. A sexualidade das mulheres, em especial, estaria num contexto paradoxal de prazer e perigo, contrapondo situações de satisfação e excitação com o risco e a convivência com a violência e a coerção³⁹. Embora os limites referentes à “zona de segurança” de sexualidades femininas consideradas socialmente legítimas tenham se modificado ao longo do século XX, não se pode negar que ainda estão em uma relação de inferioridade em comparação com os homens⁴⁰.

Na criminologia histórica, a sexualidade é enfatizada quando analisada a mulher autora de crimes. Assim, desde 1892, Lombroso e Ferrero⁴¹ contrapunham a mulher “normal”, cuja sexualidade encontra-se limitada pela maternidade, e a prostituta, que, desde então, personifica a delinquente feminina^{42 43}. O mesmo é verificado em relação

³⁵ *Ibid.*, p. 38–40.

³⁶ LANA, Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet, p. 10–11.

³⁷ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade. v. 20, n. 2, p. 71–99, 1995.

³⁸ Sobre o tema: RUBIN, Gayle. Thinking Sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

³⁹ O paradoxo é abordado em VANCE, Carole S. *Pleasure and danger: toward a politics of sexuality*. In: *Pleasure and danger: exploring female sexuality*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

⁴⁰ LINS, Beatriz Accioly. A internet não gosta de mulheres? Gênero, sexualidade e violência nos debates sobre “pornografia de vingança”, p. 9–10.

⁴¹ LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*. Curitiba: Antonio Fontoura, 2017.

⁴² MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43–44.

⁴³ Ainda hoje, evidências sugerem que mulheres são tratadas de forma mais leniente pela polícia, desde que se encaixem no lado certo da dicotomia informal “esposa versus prostituta”; de outro lado, se percebidas como duplamente desviantes, por infringirem a lei penal e também as normas de gênero, mulheres como prostitutas, lésbicas e ativistas políticos tendem a ser tratadas de forma ainda mais dura que os homens (KEENAN, Caroline. The same old story: examining women’s involvement in the initial stages of the criminal justice system. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 38–48.), o que é verificado também no tratamento na condenação criminal (CARLEN, Pat. Against the politics of sex discrimination: for the politics of difference and a women-wise approach to sentencing. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives*

às mulheres na vitimologia clássica, a qual coloca as vítimas como, em parte, culpadas pelo delito, por sua atuação anormal, o que ajuda a explicar algumas justificativas para a prática de delitos contra as mulheres, em especial sexuais, contexto no qual são comuns discursos de culpabilização da vítima por uma atuação supostamente sexualizada⁴⁴.

Isso é verificado com clareza na pornografia não consensual. Em primeiro lugar, os danos e a repercussão negativa da exposição da intimidade podem ser explicados pela correlação da sexualidade das vítimas com o "comportamento socialmente condenado das prostitutas", reduzindo a mulher à figura de um objeto disponível para apreciação dos homens⁴⁵. Em segundo lugar, a discussão sobre "pornografia de vingança" redundante com frequência em culpabilização da vítima, ainda que sob formas mais sutis de sugestões para que mulheres evitem a troca de imagens íntimas como maneira de evitar o crime, o que de forma implícita associa a sexualidade masculina à predação, enquanto "às mulheres caberiam freios, precaução e controle"⁴⁶.

Ainda que a desigualdade de gênero não seja o único fator⁴⁷ a explicar a ocorrência da "pornografia de vingança", constata-se que tal prática configura violência de gênero não apenas por, em geral, ser dirigida contra o gênero feminino por sua condição de mulher, mas principalmente por afetar de forma desproporcional as mulheres (o que caracteriza violência de gênero, conforme Recomendação Geral n. 19 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW - e art. 3º, d, da Convenção de Istambul)⁴⁸.

Por um lado, existem alguns estudos que sugerem que as mulheres podem estar mais propensas a enviar conteúdo íntimo do que os homens, ao passo que estes podem ter mais chances de recebê-las, circunstância que pode ser explicada,

on Criminal Law. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 76–77.). Em sentido similar, referindo-se a estudos sobre a necessidade de uma "desfeminização" da mulher como forma de desumanização para fins de se obter a pena de morte em tribunais americanos: BELEZA, Teresa Pizarro. Anjos e monstros - A construção das relações de gênero no Direito Penal. Ex Aequo. v. 10, 2004, p. 32.

⁴⁴ MENDES, Criminologia feminista: novos paradigmas, p. 49.

⁴⁵ PINHEIRO, Rossana Barros. Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018, p. 39. "No crime de pornografia de vingança, observa-se o claro propósito dos seus autores no sentido de correlacionar a imagem feminina à de profissionais do sexo, divulgando, para tanto, informações pessoais daquelas de modo promover a sua vulnerabilidade ante o assédio de estranhos" (SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros; SENA, Jaqueline Prazeres. Comprometimento da saúde como principal consequência da violência psicológica, moral e sexual sofrida pelas vítimas do crime de pornografia de vingança. In: Convención Internacional de Salud. Havana: [s.n.], 2018, p. 2.).

⁴⁶ LINS, A internet não gosta de mulheres? Gênero, sexualidade e violência nos debates sobre "pornografia de vingança", p. 11–12.

⁴⁷ Sobre o tema, com críticas ao movimento feminista quando propõe que a posição de subordinação social da mulher seja único fator determinante da violência doméstica, o que não seria correto do ponto de vista da autora: LARRAURI, Elena. Criminología Crítica y Violencia de Género. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 18–40.

⁴⁸ Conforme noticiado sobre o voto da Min. Nancy Andrighi, do STJ brasileiro, no caso citado acima (nota 17), embora essa forma de violência não seja suportada exclusivamente por mulheres, "é uma modalidade de crime especialmente praticada contra elas, refletindo uma questão de gênero".

ao menos em parte, pelas evidências de que as mulheres são mais atingidas pela pressão de fazê-lo, que, como já indicado, é um fator determinante para o *sexting*⁴⁹.

Entretanto, independentemente da prevalência de gênero no compartilhamento consensual de conteúdo íntimo, o fato é que a disseminação não consensual é praticada majoritariamente por homens, sendo as vítimas normalmente mulheres, de modo que o gênero é fator central nessa prática⁵⁰. Os sites especializados em conteúdo íntimo divulgado sem consentimento apresentam muito mais mulheres do que homens⁵¹; a maior parte dos casos judiciais e notícias envolvem vítimas mulheres e autores homens⁵². Um amplo estudo de 2017 revelou que as mulheres tinham cerca de 1,7 vezes mais chances de serem vitimizadas do que os homens, e os homens eram, por ampla margem, os principais responsáveis pelos abusos⁵³. Outro estudo de 2016 identificou que uma em cada dez mulheres com menos de trinta anos já fora ameaçada de ter imagens íntimas reveladas⁵⁴ ⁵⁵. Estudo de 2019 reforçou um índice maior de vitimização de mulheres em relação a homens, enquanto o índice de perpetração da prática é maior entre homens do que entre mulheres⁵⁶. Outros estudos sugeriam que aproximadamente 90% das vítimas são mulheres⁵⁷. No Brasil, segundo dados da ONG SaferNet, especializada em violações de direitos na Internet, mais de 77% das vítimas atendidas são do sexo feminino⁵⁸.

⁴⁹ KLETTKE; HALLFORD; MELLOR, *Sexting prevalence and correlates: a systematic literature review*, p. 52. Outro estudo não encontrou diferença entre gêneros em sexting praticado por adolescentes, mas reconhece limitações na pesquisa que podem explicar tal conclusão: DAKE; PRICE; MAZIARZ, *Prevalence and Correlates of Sexting Behavior in Adolescents*, p. 12.

⁵⁰ EATON; RUVALCABA, *Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men*, p. 5. Isso é reforçado pela já citada diferença na repercussão que a conduta tem sobre vítimas mulheres (PINHEIRO, *Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade*, p. 41.)

⁵¹ Por exemplo, em uma análise de 28 dias em um site do tipo, das 396 postagens, 378 retratavam mulheres, enquanto apenas 18 retratavam homens: WHITMARSH, Abby. *Analysis of 28 Days of Data Scraped From a Revenge Pornography Website*.

⁵² FRANKS, "Revenge porn" reform: a view from the front lines, p. 1262.

⁵³ EATON, Asia A.; JACOBS, Holly; RUVALCABA, Yanet. 2017 *Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration*. Florida: Cyber Civil Rights Initiative, Inc.; Florida International University, Department of Psychology, 2017.

⁵⁴ LENHART, Amanda; YBARRA, Michele; PRICE-FEENEY, Myeshia. *Noconsensual Image Sharing: One in 24 Americans has been a Victim of "Revenge Porn"*. Nova Iorque: Data & Society Research Institute; Center for Innovative Public Health Research, 2016. Embora o estudo tenha encontrado menor índice de prevalência em mulheres, quando comparado com o estudo de 2017.

⁵⁵ Estudos também citados em: FRANKS, "Revenge porn" reform: a view from the front lines, p. 1262.

⁵⁶ EATON; RUVALCABA, *Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men*, p. 5.

⁵⁷ CCRI, *Cyber Civil Rights Initiative, Power in Numbers.*, citado também por CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 353.

⁵⁸ Em sentido similar: FARIA, Fernanda Cupolillo Miana de; ARAÚJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. *Caiu na rede é porn: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da "intimidade"*. *Contemporanea: Revista de Comunicação e Cultura*. v. 13, n. 3, 2015, p. 667.

Assim, a desigualdade de gênero repercute nas características do autor da prática, na reação da comunidade em relação à ocorrência desse tipo de fato e nos efeitos causados na vítima⁵⁹.

A reforçar a perspectiva de gênero, bastante revelador é o resultado de um estudo de 2019, que comparou bem-estar psicológico e sintomas somáticos de vítimas e não vítimas de pornografia não consensual, divididos por gênero, e encontrou evidências de que apenas as mulheres tiveram substancial diferença entre vítimas e não vítimas (menor bem-estar psicológico e maior índice de sintomas somáticos), enquanto nos homens essa diferença não era substancial⁶⁰. Além disso, no que se refere a sintomas somáticos, as vítimas mulheres apresentaram índice substancialmente maior do que os homens vítimas⁶¹. Por fim, constatou-se que as vítimas mulheres não buscaram ajuda principalmente por causa de constrangimento e medo, enquanto as vítimas homens não procuraram ajuda principalmente porque não as incomodava⁶².

Tem-se ainda a realidade de culpabilização da vítima⁶³ e, na pornografia de vingança, surgem com clareza narrativas no sentido de que a mulher não deveria ter se deixado filmar ou fotografar, ou ter compartilhado o conteúdo, até mesmo em substituição à repreensão da distribuição não consensual pelo homem^{64 65}, já que caberia à mulher o respeito e o autocontrole, enquanto ao homem se atribuem desejos incontrolláveis e legitimados⁶⁶. Ou seja, das mulheres se espera que sejam,

⁵⁹ SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 62, n. 3, 2017, p. 244–245. Em sentido similar: Lana (2019), p. 12. Com ampla referência da literatura sobre o tema: Eaton e Ruvalcaba (2019), p. 2.

⁶⁰ EATON; RUVALCABA, Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men, p. 5–6.

⁶¹ *Ibid.*, p. 6–7. As repercussões são mais graves para mulheres mesmo em relações homoafetivas, o que é explicado pelo fato de que são sujeitas às mesmas normas sociais dos heterossexuais (*Ibid.*, p. 7–8.).

⁶² EATON; RUVALCABA, Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men, p. 7–9.

⁶³ A culpabilização da vítima pode ser explicada basicamente por três hipóteses psicológicas: a) a hipótese do "mundo justo" (just world), segundo a qual as pessoas acreditam que, por ser o mundo um lugar justo, coisas boas acontecem para pessoas boas, enquanto coisas ruins acontecem para pessoas ruins, razão pela qual a vítima mereceu, de alguma forma, o crime; b) o "erro de atribuição" (attribution error), que revela que as pessoas, ao julgarem outras, tendem a enfatizar aspectos internos (características pessoais delas) em detrimento de aspectos externos (ações de terceiros ou do ambiente), o que leva à culpabilização da vítima (enquanto nos sucessos próprios a ênfase seria a aspectos internos de si mesmo); c) e a "teoria da invulnerabilidade" (invulnerability theory), segundo a qual, quando ocorre um crime com pessoas com características semelhantes a quem analisa o fato, este tende a atribuir a culpa à própria vítima, de modo a não se sentir vulnerável (caso contrário também seria uma vítima em potencial) (The Canadian Resource Centre for Victims of Crime, *Victim Blaming in Canada*, 2016, p. 2–3.).

⁶⁴ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 16. No mesmo sentido: ALEIXO; BASTOS, Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas, p. 228.

⁶⁵ Para interessante estudo de caso concreto em que se verificou essa situação: HASINOFF, Amy Adele. Sexting and Privacy Violations: A Case Study of Sympathy and Blame. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017, p. 208–209.

⁶⁶ PETROSILLO, Isabela Rangel. Consentir é desviar: a agência estigmatizante da sexualidade feminina adolescente. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos). 2017, p. 3.

ao mesmo tempo, tutoras dos impulsos sexuais dos homens e de seus próprios⁶⁷. Embora tenha havido progresso em relação à igualdade de gênero, o poder social, legal e político permanece com os homens, de modo que é previsível a tendência de minimizar os danos causados pela “pornografia de vingança”, que afeta mulheres de forma mais frequente e mais grave⁶⁸. E isso parte não só dos homens, mas também das mulheres, pois essa “acusação intragênero” serve como mecanismo de defesa destas, que buscam se diferenciar daquelas “desviadas”, sob pena de “contágio” a estigmatização em caso de defesa de seus atos⁶⁹.

A análise, portanto, é complexa⁷⁰, mas não restam dúvidas de que a prática da disseminação não consensual de imagens íntimas configura violência de gênero.

3. Criminalização da pornografia não consensual e suas objeções no direito comparado

3.1. A questão da liberdade de expressão: o caso dos EUA

Por muito tempo, a grande maioria dos estados dos EUA não tinha leis específicas criminalizando o “*revenge porn*”, o que gerava situações de impunidade.

Caso emblemático foi *People v. Barber*⁷¹, em que Ian Barber postou fotos de sua namorada nua no Twitter, além de as enviar para o empregador e a irmã dela. Foi a primeira acusação de “*revenge porn*” em Nova York, todavia, decidiu-se que, embora a conduta fosse “repreensível”, não era crime⁷². A situação tornou-se mais comum, com

⁶⁷ VANCE, *Pleasure and danger: toward a politics of sexuality*, p. 4–5. Evidência disso é que o sexting é utilizado também como prova de defesa para descredibilizar vítimas de crimes sexuais, embora haja quem sustente a impossibilidade de tal prática, por se enquadrar nas chamadas “rape shield laws” (SWEENEY, JoAnne; SLACK, John. *Sexting as ‘Sexual Behavior’ Under Rape Shield Laws*. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017). É semelhante ao que se faz com o uso do histórico sexual como defesa em crimes de estupro, apesar de as falhas em se evitar tal utilização (TEMKIN, Jennifer. *Rape and criminal justice at the millennium*. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 197–198.).

⁶⁸ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 347–348.

⁶⁹ PETROSILLO, *Consentir é desviar: a agência estigmatizante da sexualidade feminina adolescente*, p. 5.

⁷⁰ Dentro do próprio movimento feminista, há certas vertentes, às vezes referenciadas como radicais, que rejeitam toda forma de pornografia, por entenderem vinculadas necessariamente à dominação e à subordinação da mulher (MACKINNON, Catharine A. *Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*. *Signs*. v. 8, n. 4, 1983.; também sobre o tema: DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catherine A. *Pornography and Civil Rights: a New Day for Women’s Equality*. Minneapolis: *Organizing Against Pornography*, 1988.), de modo que há, na literatura feminista, um interessante embate entre análises contrárias à pornografia e abordagens críticas a tal associação necessária com violência e dominação (VANCE, *Pleasure and danger: toward a politics of sexuality*, p. 1–28.; nesse sentido também: LINS, *A internet não gosta de mulheres? Gênero, sexualidade e violência nos debates sobre “pornografia de vingança”*, p. 5.).

⁷¹ *People v. Barber*, 992 N.Y.S.2d 159, No. 2013NY059761, 2014 WL 641316, (N.Y. Crim. Ct 18/02/2014).

⁷² BARMORE, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 448. Considerou-se que: não havia “disseminação de imagem de vigilância ilegal”, pois o réu havia obtido as imagens de forma consensual; não havia crime de assédio, pois se exige que o agressor contate diretamente a vítima ou induza outros a fazê-lo, o que não ocorreu (além de normalmente se exigir uma série de atos); não havia crime de “exibição pública de material sexual ofensivo”, pois se entendeu que o Twitter era “serviço de rede social baseado em assinantes”, sendo o objeto da lei proteger uma audiência não intencional de material ofensivo (Ibid., p. 456–457).

outros casos com desfecho semelhante⁷³. Também não eram punidos os proprietários de sites em que eram veiculadas as imagens íntimas. Como já referido, o criador do site *isanyoneup.com* apenas foi preso por invadir contas de e-mail e subtrair ilegalmente fotografias de nudez para publicação, por aplicação de lei federal contra *hackers*^{74 75}.

Isso contribuiu para a ideia de que a pornografia não consensual é e deveria ser tratada como crime⁷⁶. De qualquer forma, a principal objeção levantada nos EUA contra a criminalização da conduta consiste na liberdade de expressão, protegida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, proteção essa que abrange a pornografia, a menos que o material seja considerado obsceno⁷⁷. Há, aqui, uma espécie de equiparação do distribuidor da imagem obtida consensualmente com aquele que conta aos amigos ou mesmo a estranhos sobre suas relações sexuais ou sobre a intimidade de outra pessoa.

Entretanto, como a “pornografia de vingança” implica divulgação sem consentimento e normalmente com dados pessoais, há evidentes implicações para a privacidade, o que gera discussão doutrinária⁷⁸ sobre o confronto entre liberdade de expressão e violação de privacidade⁷⁹⁻⁸⁰.

De fato, a interpretação da liberdade de expressão dada pela Suprema Corte coloca tal direito como essencial na sociedade norte-americana⁸¹. Historicamente, a Suprema Corte rejeitou proibições da fala (porque excessivas) quando há risco de bloqueio de um fluxo de informação para ouvintes voluntários, mesmo que o conteúdo seja censurável para alguns. Argumentos contra as leis de pornografia

⁷³ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 345–346.

⁷⁴ Computer Fraud and Abuse Act (SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 562–565.).

⁷⁵ Em sentido similar, em 2015, o criador de um site semelhante, *ugotposted.com*, foi condenado a 18 anos de prisão, por “furto de identidade” e extorsão, principalmente em razão da cobrança de valores para retirada do conteúdo íntimo das vítimas do site (ZABALA, *Liberty*; STICKNEY, R. “Revenge Porn” Defendant Sentenced to 18 Years.).

⁷⁶ WALDMAN, *A breach of trust: fighting nonconsensual pornography*, p. 712–713.

⁷⁷ *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 36 (1973).

⁷⁸ No sentido de não haver inconstitucionalidade: VOLOKH, Eugene. Florida “Revenge Porn” Bill. Contra: BENNETT, Mark. *Are Statutes Criminalizing Revenge Porn Constitutional?*

⁷⁹ SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 553–554.

⁸⁰ Sobre as diversas objeções e alternativas relacionadas à criminalização do “revenge porn” e a Primeira Emenda, vide FRANKS, “Revenge porn” reform: a view from the front lines, p. 1308–1325. Sobre a liberdade de expressão e os remédios civis contra a pornografia em sentido amplo: DWORKIN; MACKINNON, *Pornography and Civil Rights: a New Day for Women’s Equality*, p. 58–65.

⁸¹ Esse aspecto essencial é justificado por diversas teorias: autorrealização, pois as pessoas realizam-se pela própria expressão, que é única em termos de realização humana; verdade e mercado de ideias, no sentido de que a melhor ideia virá à tona se todos puderem deixar suas ideias no mercado; e autogovernança, no sentido de que são necessárias todas as informações sobre uma questão política para que se possa ter um discurso público ativo e contribuir para um melhor autogoverno. Há também diversas formas possíveis de análise da questões envolvendo a Primeira Emenda: abordagem categórica (se o tipo de discurso analisado enquadra-se em uma categoria de fala desprotegida), abordagem de equilíbrio (ponderação de interesses, criticada pela subjetividade e possíveis decisões conflitantes), exame do local do discurso (para determinar o nível de proteção da fala naquele fórum específico) (SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 565–567.). Sobre as diversas formas de abordagem da primeira emenda, vide BLOCHER, Joseph. *Categoricalism and balancing in first and second amendment analysis*. *New York University Law Review*. v. 84, n. 2, 2009.

de vingança fundamentam-se em noções tradicionais de que o conteúdo ofensivo não deve ser a base para criminalizar o discurso verdadeiro. Outros sustentam que a pessoa que distribui imagens tem interesse em contar completamente sua história pessoal (imagens íntimas refletiriam a história romântica do distribuidor). Ainda, a Suprema Corte tem resistência a expandir as exceções de categorias de discurso desprotegidas pela Primeira Emenda⁸².

Diante disso, em geral se entende que a melhor forma de criminalizar a conduta sem violar a Primeira Emenda é enquadrá-la na exceção categórica da obscenidade⁸³, pois retrata a atividade sexual sem o consentimento do indivíduo, pode ser considerada conduta sexual ofensiva, além de não haver valor artístico ou científico⁸⁴. Para além disso, ainda que se considere que a imagem em si não seja patentemente ofensiva por si só, o contexto da imagem já foi admitido para se chegar à definição sobre a ofensividade dela⁸⁵. Assim, o contexto da pornografia de vingança, em que há uma pessoa exposta contra a sua vontade e com danos graves, seria suficiente para qualificá-la como obscena para esses fins. O determinante para a criminalização do “*revenge porn*” não é a opinião ou o motivo do autor da divulgação, mas, sim, a importância do consentimento quando se envolvem práticas sexuais. A opinião da pessoa sobre o relacionamento está muito distante do abuso consistente na divulgação não consensual de imagens, de modo que não há risco de interdição da liberdade de expressão⁸⁶.

Outra visão argumenta que o melhor caminho para contornar a Primeira Emenda não seria a exceção da “obscenidade”, mas, sim, as denominadas “*fighting words*”, em especial na forma de “*true threats*”. Não se deveria fundamentar a criminalização no conteúdo da prática, mas no dano mental e físico que a publicação desse conteúdo causa aos indivíduos retratados, cuja natureza configuraria uma verdadeira ameaça⁸⁷. Além disso, as dificuldades de superar a Primeira Emenda com base na categoria

⁸² Nesse ponto cita-se sempre o caso *US v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010), em que a Suprema Corte julgou inconstitucional lei que criminalizava a produção, distribuição e posse comercial de representação de crueldade contra animais, sob o argumento de que os termos eram muito amplos e violavam a liberdade de expressão (*BARMORE*, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 460–461.).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 567–571. Em sentido similar: CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 384–385.; VOLOKH, *Florida “Revenge Porn” Bill*. GENN, Benjamin A. *What comes off, comes back to burn: revenge pornography as the hot new flame and how it applies to the first amendment and privacy law*. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*. v. 23, n. 1, 2014, p. 176–185.

⁸⁵ *Ginzburg vs. US*. 383 U.S. 463, 474-75 (1966).

⁸⁶ *BARMORE*, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 460–467.

⁸⁷ “Para constituir ‘*fighting words*’, o discurso em questão não deve ser apenas pessoalmente abusivo, mas na verdade deve ser dirigido a uma pessoa. Quando isso ocorre, o governo pode proibir ameaças de violência para proteger o indivíduo não apenas do dano que está sendo ameaçado, mas também do medo desse dano e ‘da ruptura que o medo gera’. Uma reação violenta não é um resultado necessário, nem é necessário que o autor do discurso sequer pretenda uma reação violenta, desde que seja provável uma reação violenta. Os tribunais inferiores que interpretam essa passagem demonstraram simpatia pelas vítimas quando o cenário envolve questões de sexualidade e inclui algum tipo de ação física. Com essa estrutura básica, podemos nos voltar para a aplicação da doutrina da ‘*true threat*’ à pornografia de vingança” (*PANGARO*, Joseph J. *Hell hath no fury: why first amendment scrutiny has led to ineffective*

da obscenidade (ou seja, no conteúdo) teriam levado à redação de estatutos com diversas restrições e exceções que dificultam a sua aplicação, ao ponto de alguns os considerarem praticamente inúteis⁸⁸.

Há uma objeção também à criminalização baseada no consentimento, em especial no tocante à criminalização da distribuição de "selfies" (ou seja, quando a própria vítima tirou uma foto sua). Argumenta-se, todavia, que excluí-las de eventual legislação redundaria em inutilidade da criminalização, pois há estudos que sugerem que cerca de 80% da "pornografia não consensual" consiste na distribuição de imagens tiradas pela vítima, além de refletir uma "cultura de estupro" que responsabiliza as vítimas por não tomar cautelas quanto a possíveis abusos⁸⁹. De fato, o consentimento é dado em determinado contexto, "não é um interruptor liga/desliga". Ou seja, o compartilhamento consensual em um contexto não se estende à distribuição da informação em outro, o que é aplicado com frequência em outras situações mencionadas pela doutrina, tais como o fornecimento do cartão de crédito a um garçom para pagamento da conta (que não autoriza que ele faça compras pessoais com o cartão de crédito) ou o fornecimento de informações confidenciais de saúde a um médico (que não o autoriza a compartilhá-las com o público)⁹⁰.

Ainda, a discussão sobre a Primeira Emenda acaba por ignorar o interesse da própria liberdade de expressão existente no compartilhamento de imagens íntimas entre parceiros, pois as pessoas só se sentirão confortáveis em expressar suas personalidades e valores se houver adequadas proteções de privacidade⁹¹. No contexto de sexualidade e identidade, proteções contra o "revenge porn" estimulariam o compartilhamento consensual, resultando em maior plenitude de expressão das pessoas⁹².

Quanto ao argumento de que os remédios civis seriam suficientes para proteção⁹³, deve-se observar que as regras da liberdade de expressão aplicáveis ao direito penal são as mesmas que incidem na responsabilidade civil⁹⁴, de modo que não se pode argumentar que, à luz da Primeira Emenda, uma conduta poderia ser restringida pela lei civil, mas não pela criminal⁹⁵, ainda que se possa sustentar que a criminalização seria desnecessária por razões políticas⁹⁶.

revenge porn laws, and how to change the analytical argument to overcome this issue. Temple Law Review. v. 88, 2015, p. 215.)

⁸⁸ Ibid., p. 210.

⁸⁹ BARMORE, Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment, p. 467–469.

⁹⁰ CITRON; FRANKS, Criminalizing revenge porn, p. 355.

⁹¹ Argumenta-se que os direitos à privacidade aumentam as oportunidades de autoexpressão, conforme ALLEN, Anita L. What must we hide: the ethics of privacy and the ethos of disclosure. St. Thomas Law Review. v. 25, 2012.

⁹² BARMORE, Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment, p. 467–469.

⁹³ JEONG, Sarah. Revenge porn is bad. Criminalizing it is worse.

⁹⁴ Conforme tem decidido a Suprema Corte: New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964); Landmark Commc'ns Inc. v. Virginia, 435 U.S. (1978).

⁹⁵ COENEN, Michael. Of speech and sanctions: toward a penalty-sensitive approach to the first amendment. Columbia Law Review. v. 112, n. 5, 2012, p. 994.

⁹⁶ CITRON; FRANKS, Criminalizing revenge porn, p. 376–377.

Entretanto, tampouco as razões políticas favorecem os remédios civis, pois se revelam insuficientes para a proteção. Os administradores de sites de “pornografia de vingança” em geral são isentos de responsabilidade pelo conteúdo postado por terceiros, com base na seção 230 do *Communications Decency Act*⁹⁷, que já foi aplicada inclusive em casos de hospedagem de pornografia infantil⁹⁸. Além disso, poucos advogados têm o conhecimento e a habilidade necessários para auxiliar as vítimas, em especial diante das dificuldades impostas pelo anonimato. Os ilícitos civis tradicionais de privacidade normalmente não são viáveis, pois as imagens foram compartilhadas consensualmente e são verdadeiras. A lei de direitos autorais é aplicável apenas quando a própria vítima tira a fotografia (uma “*selfie*”). A negociação com portais depende da boa vontade corporativa incerta⁹⁹. Além da falta de uma opção abrangente para a “pornografia de vingança”¹⁰⁰, as vítimas podem não ter recursos para contratar um advogado (em especial quando perdem seus empregos em razão da divulgação), o perpetrador pode não ter patrimônio para valer o tempo do advogado e as vítimas podem temer trazer publicidade ao conteúdo que estão tentando remover¹⁰¹, além de a própria dificuldade de remover uma imagem de vários sites para os quais o autor enviou o conteúdo¹⁰².

Apostar em uma mudança da cultura, na esperança de que o “*revenge porn*” seja apenas uma moda passageira, que em breve fará parte do passado¹⁰³, parece um tanto ingênuo, diante da realidade que se apresenta já há vários anos.

Assim, o direito penal oferece uma alternativa mais barata, rápida e efetiva para as vítimas. Considerando que o principal objetivo das vítimas é impedir a pornografia não consensual e retirar o conteúdo, em vez de simplesmente fixar indenizações, leis criminais podem levar a remoções mais rápidas, reduzindo custos emocionais e financeiros de ações civis para vítimas¹⁰⁴. Embora os perpetradores tenham pouco

⁹⁷ Como já referido, sites atuais não interagem com as publicações e não exigem que usuários se identifiquem, justamente para se isentarem de responsabilidade (SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 576–578.).

⁹⁸ *GoDaddy.com, LLC v. Hollie Toups*, 429 S.W.3d 752 (Tex. Crim. App. 2014), citado em OSTERDAY, *Protecting minors from themselves: expanding revenge porn laws to protect the most vulnerable*, p. 559.

⁹⁹ WALDMAN, *A breach of trust: fighting nonconsensual pornography*, p. 711–712. No mesmo sentido da ineficácia dos instrumentos civis: PANGARO, *Hell hath no fury: why first amendment scrutiny has led to ineffective revenge porn laws, and how to change the analytical argument to overcome this issue*, p. 190–193.

¹⁰⁰ Em 1988, já se pleiteava a possibilidade de processos civis em razão de conduta similar à “pornografia não consensual”: “Deve ser considerada discriminação sexual difamar qualquer pessoa através do uso não autorizado na pornografia de seu nome, imagem ou característica pessoal reconhecível” (DWORKIN; MACKINNON, *Pornography and Civil Rights: a New Day for Women’s Equality*, p. 51–52.).

¹⁰¹ Os requerentes em tribunais civis em geral precisam demandar sob seus nomes reais, pois os tribunais normalmente rejeitam litígios sob pseudônimo por interferirem na transparência do processo judicial e negarem o direito constitucional de confronto, além de encorajarem alegações frívolas (CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 358–359). No mesmo sentido: FRANKS, “*Revenge porn*” reform: a view from the front lines, p. 1298–1300.

¹⁰² CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 349. Também nesse sentido, com uma análise de cada um dos principais remédios civis e das razões de sua ineficácia na proteção de vítimas da pornografia não consensual, ver SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 578–585.

¹⁰³ SCHELLER, *A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn*, p. 588–595.

¹⁰⁴ BARMORE, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 457–460.

receio de litígios civis, a ameaça de penas criminais é um assunto diferente, pois, além da gravidade das sanções, as condenações criminais, muitas vezes, permanecem em um registro para sempre, de modo que são menos propensas a serem ignoradas. Ainda, a criminalização da pornografia não consensual também é adequada para transmitir o nível apropriado de condenação social por esse comportamento¹⁰⁵, sem prejuízo de uma reforma no *Communications Decency Act* para oferecer às vítimas recurso contra os sites que hospedam essas imagens¹⁰⁶.

Por fim, a criminalização, em especial em âmbito federal, passa a mensagem para que grandes empresas adotem medidas preventivas para evitar que sejam utilizadas para tais práticas, como ocorreu com a pornografia infantil¹⁰⁷.

É essa a tendência verificada, conforme já adiantado. Antes de 2014, apenas 2 estados (New Jersey¹⁰⁸ e Califórnia) tinham leis criminalizando a “pornografia de vingança”. Em 2014, mais 12 estados criminalizaram a conduta e iniciou-se a discussão no âmbito federal¹⁰⁹. Já em 2017, esse número chegou a 38 estados, havendo propostas em outros¹¹⁰. Todavia, uma lei federal ainda não foi aprovada, de modo que, embora o cenário tenha melhorado significativamente em basicamente 5 anos, entende-se que ainda protege inadequadamente as vítimas¹¹¹. Além disso, não há consenso quanto à melhor abordagem e uma divisão estabeleceu-se entre os estados que criminalizam amplamente a pornografia de vingança (exigindo apenas ciência da ausência de consentimento para distribuição) e outros que estabelecem crimes mais restritos, em que se exige uma intenção especial (p. ex., assediar ou causar sofrimento emocional)¹¹², entre outras distinções¹¹³.

¹⁰⁵ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 349.

¹⁰⁶ MARTINEZ, Casey. An argument for States do outlaw “revenge porn” and for congress to amend 47 U.S.C. § 230: how our current laws do little to protect victims. *Journal of Technology, Law & Policy*. v. 14, 2014, p. 252.

¹⁰⁷ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 390. Sobre a necessidade de criminalização no âmbito federal e as recentes medidas adotadas pelas grandes empresas de tecnologia no sentido de combater e prevenir a pornografia consensual, bem como as limitações de tais medidas: FRANKS, “Revenge porn” reform: a view from the front lines, p. 1270–1277 e 1293–1297. Em sentido similar, sobre as dificuldades de adoção de medidas eficazes pelos intermediários, até que se torne uma questão de relações públicas: PAVAN, Elena. Internet intermediaries and online gender-based violence. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). *Gender, Technology and Violence*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 65–67.; JANE, Emma A. Feminist flight and fight responses to gendered cyberhate. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). *Gender, Technology and Violence*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 50.

¹⁰⁸ Caso da jurisprudência de New Jersey: *State v. Parsons*, No. 10-06-01372, 2011 WL 6089210 (N.J. Super. Ct. App. Div. 8/12/2011), citado por CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 372.

¹⁰⁹ BARMORE, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 450.

¹¹⁰ FRANKS, “Revenge porn” reform: a view from the front lines, p. 1280–1281.

¹¹¹ WALDMAN, *A breach of trust: fighting nonconsensual pornography*, p. 711–712.

¹¹² Até então, surpreendentemente, nenhum estado considerava proibir a “revenge porn” como obscenidade (para fins da Primeira Emenda), conforme BARMORE, *Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment*, p. 452–456.

¹¹³ Em 22 estados, os termos legais incluem se a vítima era identificável na imagem ou se foi identificada pelo agressor; em 26 estados, menciona-se a expectativa de privacidade da vítima nas imagens; em 30 estatutos estaduais, o não consentimento da vítima é previsto de forma expressa; em 22 estados, a lei trata de “sextorção” ou ganho pecuniário com a prática (O’CONNOR et al, *Sexting Legislation in the United States and Abroad: A Call for Uniformity*, p. 236.

Diante disso, há quem busque fixar parâmetros ideais para a criminalização do “*revenge porn*”: deixar claro o elemento subjetivo (*mens rea*), exigindo o conhecimento de que não havia permissão para a divulgação; não exigir intenção especial de causar dano, pois o que importa é a violação da privacidade e do consentimento, mas exigir prova de dano (para evitar questões de inconstitucionalidade); prever exceções como casos de interesse público; definições claras de termos chave, como o tipo de imagens abrangidas (nudez, sexo explícito, etc.) e o que se entende por “divulgação” (se basta que seja mostrada para uma outra pessoa para já causar danos graves); quanto à punição, embora uma qualificação como infração de menor gravidade (“*misdeemeanor*”) não ofereça o efeito preventivo ideal, reconhece-se que, na prática, é mais fácil de ser aprovada e de superar as objeções de constitucionalidade¹¹⁴.

Todavia, os questionamentos de constitucionalidade já tiveram efeitos práticos. No Arizona, a lei que criminalizou o “*revenge porn*” no estado foi declarada inconstitucional por um juiz federal¹¹⁵, em razão de termos muito amplos que poderiam atingir ações de terceiros e que violariam a Primeira Emenda¹¹⁶. No mesmo sentido, no caso *State of Texas v. Jordan Bartlett Jones*, em 2018, uma Corte de Apelação local entendeu inconstitucional a criminalização no estado por violar a Primeira Emenda e a liberdade de expressão¹¹⁷. Também, no Texas, não havia previsão de intenção de causar dano para configuração do crime, mas apenas exigência de prova de dano¹¹⁸.

Por outro lado, no caso *State of Vermont v. Rebekah S. VanBuren*, a lei do estado também foi questionada, mas a Suprema Corte de Vermont entendeu, por maioria, que não violava a liberdade de expressão, pois a divulgação de pornografia não seria protegida pela Primeira Emenda. Além disso, considerou que a lei era restrita o suficiente para evitar qualquer violação à Constituição¹¹⁹. Ao contrário dos casos anteriores, havia previsão de intenção de causar dano para configuração do crime¹²⁰.

3.2. A objeção da intervenção mínima: os casos da Espanha e de Portugal

Fora dos EUA, em especial em países de tradição continental, a maior objeção normalmente diz respeito ao questionamento acerca da necessidade de intervenção do direito penal no tema.

¹¹⁴ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 386–389. No mesmo sentido: FRANKS, “*Revenge porn*” reform: a view from the front lines, p. 1283–1291.

¹¹⁵ *Antigone Books v. Brnovich*, Case No. 2:14-cv-02100 (Arizona District Court).

¹¹⁶ HAYNES, Jason. Legislative approaches to combating “revenge porn”: a multijurisdictional perspective. *Statute Law Review*. v. 39, n. 3, 2018, p. 333.; WASSER, Miriam. AZ Revenge Porn Law Not to Be Enforced, Says Federal Judge. Por isso, a lei foi modificada em 2016 para incluir a intenção de causar dano, assédio, intimidação, ameaça ou coerção: <<https://www.azleg.gov/ars/13/01425.htm>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹¹⁷ Decisão disponível em: <<http://search.txcourts.gov/SearchMedia.aspx?MediaVersionID=204e054a-d329-4780-81ed-0603fd4d4fff&coa=coa12&DT=Opinion&MedialD=e2e7d674-d2ef-4ae7-a896-c8c3698be11b>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹¹⁸ TOLENTINO, Daysia. *Revenge porn laws face an unexpected civil rights obstacle: The First Amendment*.

¹¹⁹ Decisão disponível em: <http://www.vermontjudiciary.org/sites/default/files/documents/op16-253_0.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹²⁰ TOLENTINO, *Revenge porn laws face an unexpected civil rights obstacle: The First Amendment*.

Parte da criminologia crítica feminista afirma que o sistema de justiça criminal é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, pois, além de não escutar os distintos interesses das vítimas e não contribuir para a compreensão da violência e a transformação das relações de gênero, ainda implica reviver toda uma cultura de discriminação¹²¹. Reconhece-se o apelo sedutor da criminalização para as mulheres¹²² e uma ambiguidade do movimento feminista, pois, ao mesmo tempo em que demanda a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes (aborto, adultério e sedução, por exemplo), requer o agravamento de penas no caso de homicídio de mulheres e a criminalização de novas condutas, como a violência doméstica e o assédio sexual¹²³, ou a "pornografia não consensual". Todavia, o sistema penal reforçaria o controle patriarcal, mesmo com a mulher no lugar de vítima, pois a mantém em seu lugar passivo¹²⁴, e, além de ser ineficaz, ainda duplica a violência exercida contra as mulheres (além da violência por condutas masculinas, sofre a violência institucional)¹²⁵.

Por outro lado, apesar de as críticas que merece o direito penal, não há como dispensá-lo como uma ferramenta para as mulheres, pois, sob o ponto de vista feminista, serve como "estratégia de legitimação de novas pretensões e novos princípios, como linguagem para a reconstrução da realidade, desde o ponto de vista das mulheres"¹²⁶. Debater a violência de gênero fora do direito penal serviria para "estabilizar mais as relações de poder". Mesmo aqueles simpáticos à criminologia crítica reconhecem que, embora exista um risco de conferir uma legitimidade ao poder punitivo que entendem que não lhe pertence, não se pode concordar com "a manutenção do déficit de proteção do qual as mulheres historicamente são vítimas"¹²⁷. Além disso, a consagração de direitos fundamentais vai além de uma imposição de um dever de abstenção do Estado em relação a intervenções desproporcionais, sendo-lhe exigíveis ações positivas, entre as quais o dever de proteção ao indivíduo, inclusive contra agressões provenientes de particulares, o que se concretiza também por meio da edição de normas penais¹²⁸. Nesse contexto, "o caráter histórico, social, cultural e familiar perverso da violência de gênero" justifica o direito à proteção contra tal violação, ainda que de forma exclusiva em favor das mulheres, a depender do caso¹²⁹.

Além disso, mencionar o "direito penal mínimo" não encerra a discussão, pois a justificativa para a não criminalização de certa conduta deve passar pela inexistência de

¹²¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Direito Público*. v. 17, 2007, p. 55–56.

¹²² *Ibid.*, p. 58.

¹²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*. Sequência. v. 18, n. 35, 1997, p. 44–45.

¹²⁴ ANDRADE, A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher, p. 66.

¹²⁵ ANDRADE, *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania*, p. 46–47; ANDRADE, *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 55–56.

¹²⁶ MENDES, *Criminologia feminista: novos paradigmas*, p. 174.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 176–181.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 201–204.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 210–211.

gravidade suficiente, ou ineficácia diante da existência de meio menos lesivo. Mesmo a criação de delitos específicos que já são incriminados, se não houver agravamento de penas, não deverá suscitar maiores questionamentos de legitimação¹³⁰. Ainda, apesar de haver certo consenso quanto à relativa ineficácia do direito penal por si só e quanto a seus riscos, não se sugere, de forma considerável, o seu abandono, nem por motivos materiais (diante da gravidade de alguns casos), nem por razões simbólicas (pois destaca o caráter público da violência de gênero)¹³¹.

O caso da “pornografia não consensual”, além disso, não suscita o delicado debate sobre a justificativa para o agravamento de penas apenas para determinado público, como existe em alguns casos de violência doméstica¹³². Isso porque as leis e as pretensões de criminalização da conduta em questão não estabelecem a distinção de tratamento de acordo com o gênero da vítima. A simples criminalização dessa conduta, pelo fato de que atinge com mais frequência as mulheres, já representará uma maior proteção aos bens jurídicos destas¹³³.

Ainda, não procedem, na questão da pornografia não consensual, as principais críticas de Andrade¹³⁴ em sua análise sobre seletividade na criminalização do estupro. Isso porque a prova não residirá, via de regra, apenas na “palavra da vítima”, mas sim no material divulgado e na vinculação com o perpetrador, embora a divisão entre “mulheres honestas” e “mulheres prostitutas” possa voltar a incidir em questões como a prova acerca do consentimento, ou mesmo sobre os efetivos danos experimentados pela vítima¹³⁵. Assim, permanece a crítica acerca da formação dos operadores do direito no tratamento de crimes de gênero, o que, todavia, não inibe a criminalização da conduta.

Quanto à gravidade da conduta em si, está amplamente evidenciada pela literatura específica, notadamente quanto aos danos experimentados pelas vítimas¹³⁶.

¹³⁰ LARRAURI, *Criminología Crítica y Violencia de Género*, p. 58–59.

¹³¹ *Ibid.*, p. 80.

¹³² Em sentido similar, embora reconheça que a proteção penal reforçada das mulheres é viável à luz do direito penal, Larrauri questiona se não seria uma melhor opção a elaboração de tipos penais com redação neutra (em relação a gênero), mas que incorporem a perspectiva das mulheres (*Ibid.*, p. 118–125). De fato, é mais comum que as mulheres sejam prejudicadas por regras de direito penal formalmente neutras em termos de gênero que, na verdade, são baseadas em padrões masculinos de comportamento (NICOLSON, Donald. Introduction. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 11.). Não é por acaso que, historicamente, a criminalização do estupro parecia mais preocupada em proteger as mulheres como propriedade dos homens - pais ou maridos - do que a integridade física, emocional e a autonomia sexual das mulheres (*Ibid.*, p. 5–6.). Assim, a proposição de Larrauri parece estar de acordo com a “teoria do ponto de vista feminista”, segundo a qual os grupos minoritários, como as mulheres, por conhecerem o discurso hegemônico (formatado pela visão masculina), podem desenvolver um contraponto crítico, contribuindo para um conhecimento mais completo (MENDES, *Criminologia feminista: novos paradigmas*, p. 81.).

¹³³ LARRAURI, *Criminología Crítica y Violencia de Género*, p. 139.

¹³⁴ ANDRADE, *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, p. 68–71.

¹³⁵ Em sentido semelhante: BATES, Samantha. *Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors*. *Feminist Criminology*. v. 12, n. 1, 2017, p. 40.

¹³⁶ Entendendo que o primeiro fundamento para a criminalização dessa conduta são os graves danos por ela causados, que configuram séria lesão à intimidade: PALAZZI, Pablo A. *El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*. In: DUPUY, Daniela; KIEFER, Mariana (Orgs.). *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital*.

A pornografia não consensual aumenta o risco de perseguição *off-line* e ataque físico (em razão do incentivo de imagens íntimas ao lado de informações de contato). Muitas vítimas preocupam-se com o fato de que pessoas que telefonam anonimamente e enviam e-mails possam dar sequência a suas demandas sexuais pessoalmente. As vítimas não se sentem seguras deixando suas casas, sofrem de ansiedade e algumas de ataques de pânico, tendo dificuldades em pensar positivamente e fazer o seu trabalho. Muitas vezes os abusadores usam a ameaça de divulgação para manter seus parceiros sob seu controle, cumprindo a ameaça quando seus parceiros encontram coragem para deixá-los. Os custos profissionais são altos: como as pesquisas dos nomes das vítimas na Internet exibem com destaque suas imagens ou vídeos, muitas perdem seus empregos e não conseguem encontrar trabalho, já que a maioria dos empregadores baseia-se na reputação online dos candidatos. Para evitar mais abusos, as vítimas se afastam das atividades online, o que pode custar caro em muitos aspectos¹³⁷.

Em estudo de 2013, constatou-se que, em quase 60% dos casos, informações pessoais sobre a vítima foram postadas junto com o material íntimo, tais como nome completo, perfil de rede social, e-mail, número de telefone, endereço residencial ou laboral. Em termos de impacto psicológico, quase todas as vítimas (93%) relataram sofrimento emocional significativo como consequência da vitimização; 82% informaram comprometimento significativo de fatores sociais ou ocupacionais; mais da metade experimentou pensamentos suicidas; 42% procuraram ajuda psicológica; quase metade das vítimas relatou ter sido assediada online; 1/3 relatou que foi vítima de perseguição ou assédio *off-line*; 13% relatou que ser vítima resultou na perda de relacionamento com pessoa próxima; mais da metade teme que o material seja descoberto por seus filhos atuais ou futuros; 40% teme a perda de um parceiro atual ou futuro se este souber do material; 42% das vítimas tiveram que explicar a situação a supervisores, colegas de trabalho ou colegas profissionais ou acadêmicos; mais de 25% deixou o trabalho ou a escola por um período de tempo como resultado da divulgação; 8% abandonaram empregos ou escola; 6% foram demitidas de seus empregos ou expulsas da escola; mais de 50% experimentaram dificuldade em concentrar-se no trabalho ou na escola devido à experiência.; 39% acreditavam que a experiência afetava seu avanço profissional; 1/4 das vítimas encerrou o endereço de e-mail e percentual similar extinguiu contas em redes sociais; 42% das vítimas relataram ter pensado em mudar legalmente seu nome e 3% das vítimas o fizeram¹³⁸.

Ou seja, não só muitas vítimas atingem estágios de ruptura emocional diante de condutas especialmente graves, mas o efeito cumulativo e de longo prazo de lidar com o

Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet. Montevideu - Buenos Aires: Editorial B de F, 2016, p. 171.

¹³⁷ CITRON; FRANKS, Criminalizing revenge porn, p. 350–353. No mesmo sentido: PANGARO, Hell hath no fury: why first amendment scrutiny has led to ineffective revenge porn laws, and how to change the analytical argument to overcome this issue, p. 188–189.

¹³⁸ Cyber Civil Rights Initiative, Revenge Porn Statistics, [s.l.]: Cyber Civil Rights Initiative, Inc., 2013., citado também por FRANKS, "Revenge porn" reform: a view from the front lines, p. 1263–1264.

material no dia a dia é devastador para o estado psicológico das mulheres¹³⁹, bem como para suas atividades públicas online e *off-line*. Os diagnósticos envolvem depressão, transtorno de ansiedade, ataques de pânico, insônia e sentimentos de paranoia¹⁴⁰.

De fato, uma das principais questões que devem ser consideradas quando se adota nova legislação sobre uma conduta são os riscos à saúde pública associados a esse comportamento¹⁴¹. Embora o *sexting*, por si só, não apresente danos à saúde, isso está presente quando há o compartilhamento indevido do conteúdo com terceiros (e a reação da comunidade dele decorrente), o que explica a adoção de leis criminais contra a “pornografia de vingança”¹⁴². Mais do que isso, há estudos que evidenciam que os efeitos da “pornografia de vingança” para a saúde mental das vítimas são muito semelhantes aos das vítimas de abuso sexual, de modo que o “*revenge porn*” deve ter estratégias similares de políticas públicas e de disciplina jurídica, sendo adequado que tenha tratamento equiparado ao de uma ofensa sexual¹⁴³.

Sem prejuízo, a alegada irresponsabilidade da mulher que compartilha o conteúdo, para além de ilustrar uma reprovável culpabilização da vítima¹⁴⁴, também é contraposta por estudos que indicam: que, diferentemente dos homens, as mulheres estão mais propensas a se sentirem cautelosas e ansiosas em relação ao sexo; que as mulheres geralmente não enviam fotos de nudez para homens que não conhecem, de modo que um nível de confiança é demandado antes que uma mulher envie uma foto sua¹⁴⁵, isto é, as mulheres são mais cautelosas quanto à exposição de sua privacidade.

O direito penal há muito tempo proíbe invasões de privacidade e certas violações de autonomia, logo, com mais razão deve atuar em condutas semelhantes a abusos sexuais. A criminalização é importante para enviar a mensagem clara sobre a gravidade e as consequências da pornografia não consensual. Embora não se desconheçam as preocupações gerais sobre o excesso de criminalização e o superencarceramento, negar a criminalização de danos graves a bens jurídicos importantes não é o caminho que se segue a tais preocupações¹⁴⁶. Além disso,

¹³⁹ As vítimas muitas vezes internalizam a vergonha e a humilhação socialmente impostas cada vez que veem as imagens e toda vez que pensam que os outros as estão vendo (CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 364.).

¹⁴⁰ JANE, *Feminist flight and fight responses to gendered cyberhate*, p. 49. Em sentido semelhante, equiparando os efeitos da “pornografia de vingança” àqueles do assédio sexual clássico: BATES, *Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors*, p. 26.

¹⁴¹ Em caso positivo, é prudente que o legislador considere uma lei de dissuasão ativa, independentemente de qual predominante seja tal comportamento (O’CONNOR et al, *Sexting Legislation in the United States and Abroad: A Call for Uniformity*, p. 221–223.).

¹⁴² *Ibid.*, p. 223.

¹⁴³ BATES, *Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors*, p. 38–40. Também nesse sentido: CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 362.

¹⁴⁴ BATES, *Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors*, p. 25.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 24–25.

¹⁴⁶ CITRON; FRANKS, *Criminalizing revenge porn*, p. 361–362. Pelo contrário, o que se verifica historicamente no tocante à violência de gênero é uma subcriminalização que reforça a hegemonia do homem (FRANKS, “*Revenge porn*” reform: a view from the front lines, p. 1305–1308.).

criminalização não é sinônimo de encarceramento excessivo; objeções sobre seletividade na aplicação da lei são distintas de questões sobre quais condutas devem ser criminalizadas; não há evidências que indiquem que a criminalização dessa prática resultaria em condenações desproporcionais ou perseguição de minorias (as poucas informações existentes sobre os autores dessa espécie de crime sugerem uma preponderância de homens brancos de classe média); a gravidade da conduta e a inviabilidade de sua compensação econômica justificam que o foco deve ser na dissuasão (antes mesmo da retirada do conteúdo da Internet – de duvidosa eficácia –, as vítimas querem é que a conduta não ocorra)¹⁴⁷.

Apesar das dificuldades de evidências sólidas sobre o efeito dissuasivo da criminalização, sabe-se que a certeza de uma punição (mais do que a gravidade dela) é fator de dissuasão e se reconhece em geral que a maior parte das pessoas receia mais a prisão do que processos civis¹⁴⁸. Isso é reforçado por estudo que questionou os participantes que já haviam perpetrado pornografia não consensual o que poderia tê-los impedido de fazê-lo, o qual, dos mais de dez possíveis fatores elencados, a maioria (de 51% a 60%) indicou que penalidades criminais severas teriam sido o meio mais efetivo de dissuasão¹⁴⁹.

Na Espanha, a Lei Orgânica nº 1/2015, entre outras disposições, introduziu o denominado delito de *sexting*, que pune quem, sem autorização, divulga, revela ou cede a terceiro imagens audiovisuais ou gravações que teria obtido com consentimento em local privado, quando a divulgação prejudica seriamente a privacidade pessoal dessa pessoa. A pena é agravada, entre outras circunstâncias, no caso de o perpetrador ter mantido relacionamento com a vítima ou se o fato foi cometido com intuito de lucro (art. 197.7 do CP espanhol)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Em sentido similar, entendendo que a sanção civil é ineficaz, pois é pecuniária e chega tarde, além de nunca conseguir retirar todas as imagens da Internet, diante da capacidade quase ilimitada de difusão: PALAZZI, El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn), p. 174.

¹⁴⁸ FRANKS, "Revenge porn" reform: a view from the front lines, p. 1302–1305. A autora cita o exemplo de uma divulgação ilícita de imagens íntimas de diversas celebridades em 2014, em que, após uma vítima ter anunciado que era menor de idade (gerando risco de perseguição criminal), ela foi a única que teve suas fotos removidas "voluntariamente" por usuários e sites que hospedavam tal material, indicando o receio da punição criminal como "um poderoso motivador" nessa área.

¹⁴⁹ EATON; JACOBS; RUVALCABA, 2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration, p. 22. Outras pesquisas, embora relativas ao sexting entre adolescentes, também revelaram que o conhecimento sobre as consequências legais severas do compartilhamento de material teria um fato inibidor considerável: STROHMAIER; MURPHY; DEMATTEO, Youth Sexting: Prevalence Rates, Driving Motivations, and the Deterrent Effect of Legal Consequences, p. 252–253.; DAKE; PRICE; MAZIARZ, Prevalence and Correlates of Sexting Behavior in Adolescents, p. 12–13.

¹⁵⁰ Ou seja, a utilização do termo "sexting" vai mais além do que a tradicional, já que a conduta punível não é propriamente o envio consensual de conteúdo íntimo, mas o envio pelo destinatário desse conteúdo íntimo para um terceiro que não era, na origem, o destinatário pretendido pelo remetente (PÉREZ, Jaime A. Pintos; RUIDO, Patricia Alonso. Reflexiones sobre las reformas en torno a los fenómenos de sexting y stalking. Nuevas formas de ejercer violencia? In: CANLE, Inés C. Iglesias; FERNÁNDEZ, José Agustín González-Ares; BUJÁN, María Victoria Álvarez (Orgs.). El principio de igualdad desde un enfoque pluridisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 271.).

A criminalização teve como antecedente determinante o chamado “caso Hormigos”¹⁵¹, de grande repercussão, em que uma política teve vídeos íntimos seus divulgados na Internet (e por isso renunciou ao mandato) e um ex-parceiro foi acusado criminalmente pela divulgação não consentida. Todavia, foi absolvido, pois não havia criminalização dessa conduta¹⁵², ressaltando-se, na decisão do Juizado de Instrução n. 1 de Orgaz, em 15/03/2013, que apenas haveria crime “se houvesse um acesso não autorizado ao celular da denunciante onde o vídeo de conteúdo íntimo foi registrado e gravado”¹⁵³⁻¹⁵⁴. A criação do novo delito contou com parecer favorável do Conselho-Geral do Poder Judiciário, por se tratar de cobertura de condutas que antes ficavam impunes e geravam insuficiência da proteção ao direito à privacidade e à própria imagem. Por sua vez, o Conselho do Ministério Público, embora entendesse que a conduta já tinha enquadramento criminal, reconheceu que a “tipificação expressa tem a vantagem de esclarecer a relevância criminal da conduta”, com benefícios de prevenção geral, e que “também permite estabelecer uma penalidade mais ajustada”¹⁵⁵.

Em virtude de ter sido criado há mais tempo, já há precedentes com aplicação do tipo penal em questão¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. Todavia, há questionamentos, seja quanto a problemas de redação do dispositivo¹⁵⁸, seja em relação à necessidade real de sua tipificação como crime e quanto aos efeitos práticos desta criminalização¹⁵⁹.

Porém, prevalece que a criminalização veio a atender a uma necessidade de preencher o vazio jurídico gerado pelas novas tecnologias em um cenário de violência nas relações, ainda que a educação sobre o assunto seja de extrema importância, em

¹⁵¹ Caso citado como antecedente da alteração legislativa, entre outros, por MAGNA, Deborah García. El registro de datos personales en el ámbito penal y su repercusión en el derecho a la intimidad. In: A influencia da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no Direito interno. Lisboa: [s.n.], 2018.; AGUSTINA, José Ramón. Sobre el nuevo delito de difusión in consentida de sexting en España. Rubinzal Culzoni. v. 1172, 2018, p. 3-4.; OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 9-11.

¹⁵² <<https://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/22/espana/1366630787.html>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁵³ TORREJÓN, Pedro Díaz. Tratamiento penal del sexting. In: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015. [s.l.: s.n.], 2017, p. 5-6.

¹⁵⁴ De fato, o delito de revelação de segredos (art. 197 do CP) só abrangia quem tivesse acesso ao material de forma ilícita, o que não ocorre na “pornografia de vingança”. Por sua vez, o delito de injúria (art. 209 do CP) também era inviável, pois o Código Penal exclui expressamente o crime de injúria que consista na imputação de fatos verdadeiros (OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 7-9).

¹⁵⁵ TORREJÓN, Tratamiento penal del sexting, p. 7.

¹⁵⁶ Juzgado de lo Penal n. 15 de Valencia, S 25-11-16, n. 488/2016: caso em que, após o término da relação, o acusado enviou uma fotografia da vítima nua para a mãe desta, por Facebook, com dizeres pejorativos, além de ter colocado outra foto íntima da vítima no seu perfil de Whatsapp, à vista de todos que acessassem seu perfil. AP Burgos, sec. 1ª, S 8-11-2016, n. 360/2016, rec. 11/2016: no caso, o acusado, após receber fotos íntimas da vítima, enviou-as a diversas pessoas, inclusive o marido da vítima, com dizeres pejorativos. AP Madrid, sec. 26ª, S 29-6-2016, n. 461/2016, rec. 997/2016: neste caso, ao contrário dos demais, entendeu-se não haver o delito em questão, pois as fotografias foram divulgadas com o devido cuidado, sem mostrar o rosto nem a zona íntima da denunciante, que havia posado como modelo para o material, e a divulgação tinha a finalidade de publicidade como fotógrafo profissional.

¹⁵⁷ Precedentes citados em TORREJÓN, Tratamiento penal del sexting, p. 18-19.

¹⁵⁸ P. ex., a aparente inaplicabilidade aos terceiros destinatários que seguem divulgando as imagens (AGUSTINA, Sobre el nuevo delito de difusión in consentida de sexting en España, p. 5).

¹⁵⁹ Magna (2018).

especial para adolescentes¹⁶⁰. Apesar de questionamentos sobre a necessidade de criminalização¹⁶¹, a doutrina faz uma comparação com a proteção de dados pessoais, pois o compartilhamento voluntário das imagens não inclui sua disseminação posterior, de modo que agora há um dever de confidencialidade com relevância criminal¹⁶². Ademais, na Espanha, exige-se que as imagens ou gravações divulgadas prejudiquem gravemente a privacidade da vítima e a pena é menor do que o tipo básico de crime de divulgação de segredos, o que parece ter levado em conta a contribuição inicial da vítima¹⁶³ e revela uma proporcionalidade. A necessidade de proteção penal, portanto, seria justificada, considerando necessário proteger de forma reforçada um novo espaço de privacidade que, antes do surgimento dos *smartphones* e das mudanças culturais mencionadas anteriormente, não era imaginável que se tornasse uma prática comum¹⁶⁴.

De fato, os bens jurídicos protegidos estão dentro daqueles que historicamente protegem-se no direito penal, não havendo possível questionamento nesse ponto: a privacidade, a autoimagem (no caso, o controle da pessoa sobre o uso público de suas características físicas – direito reconhecido na CE, no art. 18) e a honra (a depender do comportamento, há danos à honra objetiva, como a imagem pública, a reputação e a consideração social, pois é reprovado, ao menos publicamente, por um grande setor da sociedade)¹⁶⁵.

¹⁶⁰ PÉREZ; RUIDO, Reflexiones sobre las reformas en torno a los fenómenos de sexting y stalking. Nuevas formas de ejercer violencia? p. 282–283.

¹⁶¹ Há necessidade de proteção criminal quando os comportamentos são aparentemente voluntários? A proteção civil seria suficiente em virtude do princípio ultima ratio? Não seria paternalismo o Estado proteger com o direito penal o consentimento imprudente da vítima (que não foi capaz de avaliar se a pessoa era digna de confiança)? A vítima deve assumir as consequências de sua falta de autoproteção e os riscos que ela mesma gerou voluntariamente? (AGUSTINA, Sobre el nuevo delito de difusión inconsciente de sexting en España, p. 3–4.).

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Em sentido similar: OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 9–11.

¹⁶⁴ AGUSTINA, Sobre el nuevo delito de difusión inconsciente de sexting en España, p. 4–5. O autor lembra a semelhança com a ofensa de dano à confidencialidade da palavra do § 201 do StGB (Strafgesetzbuch - Código Penal alemão), que pune, entre outras coisas, a conduta daquele que sem autorização (i) registrar num dispositivo de som a palavra falada não pública de outro ou (ii) utilizar uma gravação produzida de tal forma ou torná-la acessível a uma terceira pessoa, sendo punível apenas quando a comunicação pública for apropriada para prejudicar os interesses legítimos de outra pessoa.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 3–4; OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 4–5. Todavia, esta última autora entende desproporcional a criminalização, contrariando o princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, pois: não se compara com o segredo profissional quanto a dados pessoais, pois nestes casos a pessoa fornece dados pessoais por uma necessidade, não por uma liberalidade; em grande parte dos casos, não há nenhum compromisso expreso de manutenção das mensagens em segredo; apesar dos possíveis danos, a pessoa afetada é diretamente responsável por eles, desde o momento em que revelou a um terceiro aspectos muito sensíveis da sua privacidade, de modo que o novo crime apoiaria a irresponsabilidade do sujeito, oferecendo uma solução paternalista (*Ibid.*, p. 9–11.). Ressalta, também, a possibilidade de remoção do material divulgado e compensação econômica, pela aplicação da Lei Orgânica de 1/1982, de 5 de maio, da Proteção Civil do Direito à Honra, à Intimidade e à Própria Imagem (*Ibid.*, p. 5–7), da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro) e da Lei de Serviços da Sociedade da Informação e Comércio Eletrônico (Lei 34/2002, de 11 de julho) (*Ibid.*, p. 12–14.).

Em Portugal, apesar de um histórico déficit de proteção das mulheres, notadamente no tocante à sua liberdade sexual¹⁶⁶, a conduta da divulgação não consentida de imagens íntimas já se enquadra como crime há muito tempo: a intimidade e a vida privada gozam de consagração constitucional (art. 26 n. 1 Constituição da República Portuguesa) e os atentados à privacidade são considerados crimes desde 1973, em termos essencialmente iguais até ao atual crime de devassa da vida privada (art. 192º do CP), inserido no capítulo “dos crimes contra a reserva da vida privada”. Busca-se a proteção de um espaço de isolamento e autodeterminação, que, embora seja sem dúvidas um bem jurídico pessoal, traz vantagens para o sistema social¹⁶⁷.

A área protegida pelo art. 192º do CP abrange principalmente a vida familiar e a sexual¹⁶⁸, de modo que a pornografia de vingança encontra-se inequivocamente enquadrada no dispositivo. Ou seja, embora o referido delito não se limite à “*revenge porn*”¹⁶⁹, os elementos objetivos do crime, quais sejam, a falta de consentimento e a exposição da intimidade familiar ou sexual de outrem, estão perfeitamente preenchidos pela conduta em questão¹⁷⁰.

Ainda, embora se reconheça a redução da área de tutela típica em razão do denominado princípio vitimológico ou vitimodogmático, que vincula o alcance do tipo à autorresponsabilidade do titular do bem jurídico, justifica-se a criminalização da conduta de devassa da vida privada, pois se observa desvalor do resultado (conhecimento de dados da intimidade por pessoas não legitimadas) e desvalor da ação (quebra da confiança entre as pessoas)¹⁷¹. Não prospera, portanto, o argumento de que a vítima, ao compartilhar as imagens consensualmente num primeiro momento, tenha a responsabilidade pela conduta criminosa.

Além da devassa da vida privada, em Portugal, seria possível o enquadramento, a depender das condições, como crime de violência doméstica, uma vez que o tipo penal também abrange os maus tratos psíquicos (art. 152º do CP). Dentro da função do direito penal de proteger bens juridicamente relevantes¹⁷², o delito de violência doméstica tutela bem jurídico de diversas facetas, tais como a integridade física e psíquica, a liberdade, a autodeterminação sexual, ou seja, o livre desenvolvimento

¹⁶⁶ BELEZA, Anjos e monstros - A construção das relações de género no Direito Penal, p. 34.

¹⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 192.o. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo I. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 727.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 728-731.

¹⁶⁹ Nesse sentido, por exemplo, caso em que o agente passou a relatar a pessoas próximas da vítima que esta havia tido um filho antes do casamento, o qual fora encaminhado para adoção, fato que era mantido em segredo pela ofendida (Tribunal da Relação de Coimbra, acórdão de 13/01/2010, proc. 123/04.7PATNV.C1). Por outro lado, há precedente que não considerou devassa da vida privada a conduta do agente que conta a um amigo que havia mantido relações sexuais com a vítima no dia anterior, por ferir a proporcionalidade (Tribunal da Relação de Évora, acórdão de 10/04/2018, proc. 353/16.9GASSB.E1).

¹⁷⁰ Da jurisprudência: caso em que o homem espalha fotografias da vítima praticando sexo oral em frente à casa desta, à vista de qualquer pessoa (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 31/01/2007, proc. 10031/2006-3); caso de divulgação de fotos e vídeos de conteúdo sexual em redes sociais (acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/04/2013, proc. 585/11.6PAOVR.P1).

¹⁷¹ ANDRADE, Artigo 192.o, p. 732-733.

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal - Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 113-127.

da personalidade no âmbito de uma relação familiar ou análoga¹⁷³. Isto é, dentro de uma relação interpessoal familiar ou análoga, é possível a configuração dos maus tratos psíquicos como violência doméstica, inclusive sem reiteração de conduta, desde que se trate de conduta suficientemente grave¹⁷⁴, o que, no nosso entender, pode ser configurado pela disseminação não consensual de imagens íntimas, a depender do caso.

Apesar disso, aparentemente a jurisprudência tendia a negar o enquadramento como violência doméstica, preferindo a tipificação como devassa da vida privada¹⁷⁵, salvo em casos que abrangiam a ameaça de divulgação de imagens íntimas, juntamente com práticas como injúrias reiteradas e ofensas à integridade física¹⁷⁶.

De qualquer forma, a reforçar ainda mais a criminalização do "*revenge porn*", tal conduta foi inserida como caso mais grave de violência doméstica pela Lei nº 44/2018, de 9 de agosto¹⁷⁷, vinculação que era reivindicada por associações como a APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima)¹⁷⁸, além da agravação de casos de crimes contra a reserva da vida privada cometidos pela difusão por meio da Internet¹⁷⁹. Optou-se por não criar um tipo próprio, em razão de possíveis questionamentos sobre concurso com crimes já existentes¹⁸⁰, que, como visto, já abrangiam a conduta¹⁸¹.

¹⁷³ LEITE, André Lamas. A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. *Julg. v. 12*, 2010, p. 48–51. Em sentido similar: BRANDÃO, Nuno. A tutela especial reforçada da violência doméstica. *Julg. v. 12*, 2010, p. 9–24.; AGUIAR, Ana Paula Taveira Amorim de Queiroz. Os maus tratos psíquicos como elemento objetivo do crime de violência doméstica. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014, p. 27–28.

¹⁷⁴ BRITO, Ana Maria Barata. O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. In: *Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2014, p. 9. Também: Leite (2010), p. 45–46; Aguiar (2014), p. 16. Esta última autora cita os seguintes precedentes nesse sentido: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2009, proc. 09P0236; do Tribunal da Relação do Porto de 28/09/2011, proc. 170/10.0 GAVLC.P1; do Tribunal da Relação do Porto de 26/05/2010, proc. 179/08.3 GDSTS.P1; Tribunal da Relação de Coimbra de 17/11/2010, proc. 638/09.0 PBFIG.C1; de 28/04/2010, proc. 13/07.1 GACTB.C1; e do Tribunal da Relação de Guimarães de 03/05/2011, proc. 461/08.0 GBGMR.G1.

¹⁷⁵ Além dos já mencionados, tem-se, por exemplo, o noticiado caso da primeira prisão efetiva por "*revenge porn*" em Portugal, em que se qualificou como devassa da vida privada, e não violência doméstica. Disponível em: <<https://www.delas.pt/porn-revenge-condenacao-inedita-em-portugal-para-crimes-que-a-apav-conhece-bem-em-portugal-para-um-crime-que-a-apav-conhece-bem/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁷⁶ Nesse sentido, por exemplo: Tribunal da Relação do Porto, acórdão de 21/03/2018, proc. 315/16.6GALSD.P1; Tribunal da Relação de Lisboa, acórdão de 07/02/2017, proc. 1816/14.6PFLRS.L1-5.

¹⁷⁷ "Art. 152.º Violência Doméstica. [...] 2 - No caso previsto no número anterior, se o agente: [...] b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento; é punido com pena de prisão de dois a cinco anos."

¹⁷⁸ Disponível em: <<https://www.dn.pt/portugal/interior/pornografia-de-vinganca-na-net-vai-ter-penas-mais-pesadas-9075296.html>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁷⁹ "Artigo 197.º [...] As penas previstas nos artigos 190.º a 195.º são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o facto for praticado: [...] b) Através de meio de comunicação social, ou da difusão através da Internet, ou de outros meios de difusão pública generalizada."

¹⁸⁰ Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 736/XIII (3.ª). Diário da Assembleia da República, Sexta-feira, 19 de janeiro de 2018 II Série-A - Número 56.

¹⁸¹ Nesse sentido também o Parecer do Secretário do Estado sobre o referido projeto de lei.

4. Pornografia não consensual no ordenamento jurídico brasileiro

4.1. A (in)suficiência da legislação criminal anterior à Lei nº 13.718/18

Ao contrário de Portugal e de forma semelhante à Espanha, o Brasil, até 2018, não tinha um tipo penal que abrangia de forma clara a “pornografia não consensual”. Assim, na medida em que os casos dessa prática aconteciam, havia tentativas de enquadrá-los em crimes já existentes.

Uma das alternativas mais usadas consistia na qualificação como crime contra a honra, em especial o crime de difamação, que consiste em imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação¹⁸². Todavia, seja a pena do crime de injúria (1 a 6 meses de detenção ou multa), seja a pena do crime de difamação (3 meses a 1 ano de detenção e multa) são consideradas muito brandas diante da gravidade dos danos causados pela conduta criminosa¹⁸³. Além disso, tais crimes dependem de uma ação penal de iniciativa da vítima, o que exige representação por advogado, com custos e dificuldades no acesso à justiça¹⁸⁴.

Esses crimes são qualificados como infrações de menor potencial ofensivo e estão sujeitos a uma série de benefícios ao acusado estabelecidos pela lei (composição de danos com extinção da punibilidade, transação penal, entre outros), que redundam em ausência de condenações criminais. Em levantamento de casos de “*revenge porn*”, nos únicos dois casos encontrados de ação penal privada por crimes contra a honra, a discussão era de cunho processual e não de mérito (prazo para a queixa, requisitos da representação para o advogado etc.). Por fim, mesmo que a vítima adote medidas e requeira uma investigação, esse tipo de crime não é prioridade em delegacias abarrotadas de investigações por outros delitos considerados mais graves¹⁸⁵.

Sem prejuízo, parece evidente que qualificar o “*revenge porn*” como crime contra a honra é, no mínimo, inadequado, pois, de certa maneira, reforça padrões socioculturais de discriminação contra as mulheres, quando o que está em jogo, verdadeiramente, é a liberdade sexual e a vida privada¹⁸⁶.

Outro crime que se suscitava em relação ao “*revenge porn*” era a invasão de dispositivo informático, todavia, há uma clara restrição no tipo penal, no sentido de

¹⁸² “Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta” (TJPR, ACR 7563673, Rel. Lillian Romero, j. 07/07/2011).

¹⁸³ FREITAS, Kamila Katrine Nascimento de. A pornografia de vingança e a culpabilização das vítimas pela mídia. In: XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste. Natal: [s.n.], 2015, p. 7–8.

¹⁸⁴ NERIS; RUIZ; VALENTE, Análise comparada de estratégias de enfrentamento a “*revenge porn*” pelo mundo, p. 341; VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil, p. 26–29.

¹⁸⁵ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil, p. 58–60.

¹⁸⁶ CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011, p. 36.; ALEIXO; BASTOS, Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas, p. 233.

exigir uma invasão do dispositivo, de modo que é incapaz de abranger a conduta daquele que recebe as imagens íntimas por meio de compartilhamento inicialmente consensual, como normalmente é o caso na "pornografia não consensual"¹⁸⁷.

Assim, grande parte dos casos que chegavam ao Judiciário envolviam a conduta de ameaça de divulgação de imagens íntimas, a qual pode ser enquadrada como crime de extorsão (se há exigência de alguma vantagem)¹⁸⁸ ou de simples ameaça^{189 190}, porém, trata-se de conduta diversa do "revenge porn". Por fim, havia quem sustentasse que, diante da violência decorrente da pornografia de vingança, a psicossomatização disso representaria inclusive possível crime de lesões corporais (art. 129 do CP)¹⁹¹.

De qualquer forma, havia consenso no sentido da insuficiência e da inadequação da legislação criminal brasileira no tocante à prática do "revenge porn"¹⁹².

4.2. A legislação civil

No âmbito civil, o art. 12 do CC estabelece que, na hipótese de ameaça ou lesão a direito da personalidade, o prejudicado poderá exigir a cessação do ilícito e indenização por perdas e danos, o que é reforçado pela proteção do direito à imagem (art. 20 do CC) e pelo direito à reparação de danos por ato ilícito (art. 927 do CC)¹⁹³.

Em relação à compensação do dano, há grandes dificuldades em razão da tendência de culpabilização da vítima. Considerando que, na área da responsabilidade civil, é muito presente o critério da concorrência de culpa para a definição de indenização, o fato de a vítima ter compartilhado o conteúdo íntimo de forma inicialmente voluntária acaba por ser considerado para redução substancial das

¹⁸⁷ SILVA, Alessandra Mara de Freitas; SILVA, Cristian Kiefer da. O problema da tipificação dos crimes informáticos: aspectos controversos a respeito da aplicação do art. 154-A da Lei n. 12.737/2012 "Lei Carolina Dieckmann". In: BORGES, Paulo César Corrêa; CARVALHO, Érika Mendes de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Orgs.). Direito Penal, Processo Penal e Constituição II. Florianópolis: CONPEDI, 2014; PINHEIRO, Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade, p. 90.

¹⁸⁸ Nesse sentido: TJSP, ACR 0002376-67.2010.8.26.0370, Rel. Tristão Ribeiro, j. 17/02/2017; TJSP, ACR 0003470-69.2016.8.26.0619, Rel. Diniz Fernando, j. 20/05/2019; TJSP, ACR 0009606-67.2016.8.26.0624, Rel. Francisco Orlando, j. 25/02/2019; TJSP, ACR 0027338-13.2013.8.26.0577, Rel. Francisco Orlando, j. 29/10/2018.

¹⁸⁹ Nesse sentido: TJSP, ACR 0035129-15.2012.8.26.0562, Rel. Paiva Coutinho, j. 15/04/2015.

¹⁹⁰ NERIS; RUIZ; VALENTE, Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo, p. 341.

¹⁹¹ PINHEIRO, Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade, p. 61-72.; SILVA; PINHEIRO, Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossocijurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha, p. 243-265. Estes últimos citam denúncia do Ministério Público de São Paulo, que qualificou a violência psíquica em determinado caso, em virtude da gravidade e do diagnóstico de danos psíquicos permanentes, como crime de lesões corporais de natureza grave. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-mp-sp-luiz-eduardo-bottura.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2019.

¹⁹² PINHEIRO, Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade, p. 89.

¹⁹³ Simões (2016), p. 39-40.

indenizações¹⁹⁴ ou até mesmo para rejeição de qualquer direito à indenização¹⁹⁵. Esses julgados são considerados como representações de uma “cultura de estupro”, em que a mulher deve ser recatada, sob pena de ser responsabilizada por atrair condutas violentas contra si¹⁹⁶, embora alguns vejam uma evolução na jurisprudência mais recente¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

De qualquer forma, é evidente a insuficiência de uma indenização, o que é reforçado pela rejeição das vítimas à composição civil de danos em estudo envolvendo “*revenge porn*” no Judiciário, em que, nos casos que chegaram a essa fase, nenhuma vítima aceitou um acordo de reparação civil¹⁹⁹.

Por sua vez, a chamada tutela inibitória ou de remoção do ilícito não tem grande eficácia em retirar o conteúdo da Internet, na medida em que esse ambiente permite que os conteúdos sejam replicados com grande rapidez e disseminação²⁰⁰. Ainda que tenha havido a edição do chamado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a situação continua sem grandes mudanças na prática. Essa lei estabelece a responsabilização dos provedores de aplicação de Internet caso não retirem o conteúdo ilícito do ar. Mais do que isso, enquanto, como regra geral, a lei exige uma ordem judicial para remoção do conteúdo (após o que, em caso de descumprimento, haveria responsabilização

¹⁹⁴ Nesse sentido, famigerado caso em que se diminuiu o valor da indenização de R\$ 100.000,00 para R\$ 5.000,00, afirmando-se que a vítima havia concorrido “de forma bem acentuada e preponderante” e “tinha consciência do que fazia e do risco que corria”, além de se afirmar que “não cuida” da moral “quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias” (TJMG, AC 1.0701.09.250262-7/001, 16ª Câmara Cível, j. 10/06/2014). Em sentido contrário, mas também ressaltando a conduta da mulher: “Ainda que a autora tenha ingenuamente confiado em seu então namorado, mostrando-se em posições eróticas através do instrumento de web cam, houve quebra de confiança da parte do réu, que salvou as imagens e posteriormente as divulgou, conduta esta que está a merecer firme reprovação ética e jurídica” (TJRS, AC 70064472871, 9ª Câmara Cível, Rel. Eugênio Facchini Neto, j. 24/06/2015).

¹⁹⁵ “O fato de a parte ter produzido e remetido a foto íntima para outrem caracteriza sua culpa exclusiva pela propagação das imagens acostadas nos autos” (TJMT, AC 105148/2015, Rel. Maria Helena Gargaglione Póvoas, j. 13/4/2016). Em sentido similar: “Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda — ou quase — em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar — aí sim — o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido” (TJRJ, El 250/99, Rel. Wilson Marques, publicado em 04/10/1999).

¹⁹⁶ SILVA, Marina Nogueira Resende. A violação da intimidade pela divulgação não consentida de conteúdo segundo o princípio da integridade. Revista de Estudos Jurídicos UNESP. v. 32, 2016, p. 286. Também: PINHEIRO, Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade, p. 53.

¹⁹⁷ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 103–104.

¹⁹⁸ Sobre a compensação do dano em casos de divulgação não consentida de imagens íntimas, ver TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 15, n. 5, 2018, p. 109–114.

¹⁹⁹ PINHEIRO, Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade, p. 139.

²⁰⁰ Simões (2016), p. 39–40.

do provedor)²⁰¹, há exceção justamente para a hipótese de divulgação de imagens íntimas sem consentimento. Nesse caso, bastará a notificação pela vítima para que o provedor seja obrigado a retirar o conteúdo, sob pena de responsabilização²⁰², o que se entende uma solução necessária para esses casos extremos²⁰³.

Todavia, como dito, a eficácia é questionável, em que pese uma avaliação mais aprofundada seja dificultada pelo pouco tempo desde a vigência de lei²⁰⁴. Em primeiro lugar, algumas empresas alegam que só devem observância à lei dos países onde se encontram suas sedes e servidores²⁰⁵. Além disso, como dito, mesmo essa regra não supera as dificuldades de remoção de todo o conteúdo da Internet, em razão da amplitude e da rapidez da disseminação do material²⁰⁶, o que é agravado pelo fato de que a jurisprudência tende a interpretar os dispositivos legais no sentido da necessidade de que o requerente indique as URLs específicas que pretenda ver excluídas, o que gera um "trabalho infinito" e ineficaz²⁰⁷. Além disso, nos casos cíveis, há diversas dificuldades como custos do processo, demora, vergonha e falta de conhecimento²⁰⁸.

Trata-se de situação semelhante à da Espanha, em que, apesar de previsão específica de remoção do material e de reparação de danos morais (Lei Orgânica nº 1/1982, de 5 de maio)²⁰⁹, bem como da aplicação da Lei de Proteção de Dados (Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro)²¹⁰, entendeu-se necessária a criminalização específica da conduta, diante da insuficiência dessas medidas civis²¹¹.

²⁰¹ O STJ consolidou o entendimento de que não cabe ao provedor fazer avaliação prévia de conteúdo, pois geraria risco de censura e violação à liberdade de expressão (por exemplo, STJ, REsp 1.641.155, j. 13/06/2017; STJ, REsp 1.568.935, j. 05/04/2016; STJ, REsp 1.306.066, j. 17/04/2012), o que justifica a regra de análise pelo Judiciário antes de eventual responsabilização (TEFFÉ, Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas, p. 115–116.).

²⁰² Lei nº 12.965/2014, art. 21. "O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido".

²⁰³ NERIS; RUIZ; VALENTE, Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo, p. 341.; LANA, Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet, p. 19–21.; VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 76. Conforme estes últimos autores, foi na parte final de tramitação do projeto de lei que essa exceção foi inserida, em razão de dois casos de adolescentes que se suicidaram após terem conteúdo íntimo disseminado na Internet, o que gerou comoção pública.

²⁰⁴ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 77.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 99.

²⁰⁶ Simões (2016), p. 42–44.

²⁰⁷ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 83–93.; TEFFÉ, Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas, p. 117–118. Na jurisprudência: STJ, REsp 1.629.255/SP, julgado em 22.08.2017.

²⁰⁸ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 39–40.

²⁰⁹ OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, p. 5–7.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 12–14.

²¹¹ Apesar de alguns posicionamentos contrários, como já referido anteriormente.

4.3. A criminalização da pornografia não consensual no Brasil

Em razão dessa insuficiência da legislação criminal e civil, diversos projetos de lei foram apresentados envolvendo a matéria, em especial para criminalizar a prática, diante da existência de certo consenso no país quanto a tal necessidade, no mínimo, pelo potencial simbólico do direito penal em relação à repressão da violência de gênero²¹², mas sem prejuízo da relevância de políticas públicas complementares²¹³.

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), as obrigações dos Estados passam também por um aspecto positivo, no sentido de promover medidas legislativas ou de outra natureza para conferir uma tutela adequada aos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²¹⁴, dada a obrigação de investigar, sancionar e punir violações de direitos humanos, além da reparação dos danos correspondentes (art. 1.1, CADH), bem como do direito à proteção e às garantias judiciais (arts. 8 e 25, CADH)²¹⁵. Ainda, no âmbito da América Latina, entende-se haver fundamento para a criminalização na Convenção de Belém do Pará²¹⁶, que estabelece o dever dos Estados de adotarem medidas, inclusive penais, para combater a violência contra a mulher, a qual é configurada também pelos danos psicológicos causados pela “pornografia não consensual”²¹⁷, sem prejuízo também da CEDAW²¹⁸.

Com o advento da Lei nº 13.718/2018, foi inserido o tipo penal de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”²¹⁹, que, de forma adequada, é mais amplo do que a “pornografia de vingança”²²⁰, sendo esta uma causa de aumento de pena daquele crime²²¹. Além

²¹² VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 122–143.

²¹³ Ibid., p. 143. Sobre o Projeto Humaniza Redes como possível política pública complementar à criminalização, vide Ibid., p. 143–151.

²¹⁴ ALEIXO; BASTOS, Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas, p. 215.

²¹⁵ Ibid., p. 230–232.

²¹⁶ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994.

²¹⁷ PALAZZI, El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn), p. 172–174.

²¹⁸ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, citada por ALEIXO; BASTOS, Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas, p. 230–232.

²¹⁹ CP, Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

²²⁰ SYDOW, Spencer Toth. Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei n. 13.718/2018. Meu Site Jurídico. 2018, p. 1.

²²¹ CP, art. 218-C. “[...] § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação”.

disso, confirmou-se, de forma positiva, a definição do bem jurídico como a dignidade sexual²²², buscando um afastamento de uma abordagem moralista do problema²²³.

Apesar de discussões a respeito de técnica legislativa e do alcance do tipo penal na redação aprovada²²⁴, considerou-se essencial a criminalização para a proteção dos bens jurídicos atingidos por essa conduta.

A ausência de criminalização, assim, era vista como proteção insuficiente, na medida em que os direitos fundamentais (aqui correspondentes à intimidade, à privacidade, à dignidade e à liberdade sexuais, protegidos pela CF) expressam também o dever estatal de protegê-los quando expostos a situações de dano efetivo ou potencial²²⁵, ainda que não exista, no caso, uma obrigação constitucional expressa de criminalização. Especificamente em relação à violência de gênero (de que faz parte, como visto, a "pornografia não consensual"), a ausência de proteção suficiente poderia representar violação: à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), à igualdade (art. 5º, I, CF), à determinação de punição de qualquer discriminação que atente contra direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF) e ao dever estatal de reprimir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, CF)²²⁶.

Embora não se ignore haver certo consenso quanto ao excesso de novas incriminações, muitas delas são justificadas e sua ausência também pode gerar prejuízos²²⁷, o que é particularmente verificável no cenário da violência de gênero, em que há um histórico de insuficiente proteção e demora no reconhecimento de certas condutas como criminosas. Tendo em vista os graves danos causados pelo "revenge porn", o poder especial do direito penal para dissuadir comportamentos e o fato de que se trata de condutas que afetam desproporcionalmente as mulheres indicam que os custos de uma criminalização são superados pela necessidade dessa proteção²²⁸, muito embora não se tenha a ilusão de que o direito penal irá resolver o problema por si só²²⁹.

Em que pese a criminalização seja uma resposta necessária e mais imediata, outras alternativas são também vislumbradas pelas vítimas: notadamente a eficácia

²²² Embora se tenha colocado o tipo penal, de forma equivocada, sob o título dos "crimes sexuais contra vulneráveis", quando o mais adequado seria inseri-lo no título dos "crimes contra liberdade sexual" (SYDOW, Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei n. 13.718/2018, p. 9–10.). Esse equívoco já era apontado no relatório da Comissão de Constituição e Justiça, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CAFE603A488E322A89B22FF20B40274.proposicoesWebExterno2?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016>. Acesso em: 26 jun. 2019.

²²³ VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 171.

²²⁴ Para uma análise das discussões técnicas iniciais, vide SYDOW, Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei n. 13.718/2018.

²²⁵ "Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção ('Eingriffsverbote'), expressando também um postulado de proteção ('Schutzgebote'). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso ('Übermassverbote'), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela ('Untermassverbote')" (HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012, citado no voto do Min. Celso de Mello na ADO 26/DF, em 20/02/2019, p. 42-43).

²²⁶ MENDES, Criminologia feminista: novos paradigmas, p. 201–204.

²²⁷ HUSAK, Douglas. Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2008, p. 18.

²²⁸ FRANKS, "Revenge porn" reform: a view from the front lines, p. 1305–1308.

²²⁹ Ibid., p. 1336–1337.

na retirada do material e abordagens preventivas na forma de educação sobre igualdade de gênero²³⁰. De qualquer forma, se o direito penal, por um lado, pode não ser suficiente, afastar-se dele pode ser pior. Embora a violência de gênero seja um fenômeno complexo que não é, em geral, compreendido de forma adequada pelo direito penal, há soluções que podem mitigar essa deficiência e, de resto, muitas outras condutas cuja criminalização não se discute estão também inseridas em um panorama complexo. Abrir mão do direito penal, assim, gera o risco de voltar a se remeter a violência de gênero à esfera privada, o que significaria retrocesso²³¹.

Ainda, apesar de não ser fundamento suficiente para justificar a criminalização, não se pode ignorar o caráter simbólico da legislação penal, que, notadamente em relação à violência de gênero, acaba por ao menos provocar reflexão acerca da discriminação representada em padrões socioculturais²³². A lei não apresenta, assim, simples função repressiva, negativa, mas também uma função positiva, ou seja, como força produtora de discursos e subjetividades²³³. O tratamento da “pornografia não consensual” como violência de gênero, em especial por meio da criminalização, leva a que as vítimas estejam mais propensas a denunciar a prática, em vez de sofrer em silêncio ou evitar expressar sua personalidade por meio de troca de imagens, o que pode ter efeitos substanciais nos entendimentos sobre condutas aceitáveis na sociedade, de modo que a lei pode passar uma mensagem poderosa nesse sentido²³⁴. A lei criminal atua como uma ferramenta no processo de educação da sociedade quanto às normas de gênero adequadas e pode até mesmo auxiliar a moldar pensamentos e ações²³⁵.

Além disso, em comparação com o enquadramento da conduta em “crimes convencionais”, a criminalização específica dá mais visibilidade à prática e aumenta a eficiência protetiva, pois tanto vítimas quanto agentes do sistema de justiça tomam mais conhecimento dessa proibição e incrementam-se as chances de que a lei seja aplicada a um maior número de casos²³⁶. Assim, a criminalização da conduta, em um cenário em que não era criminalizada de forma clara (como no Brasil), aumenta a probabilidade de punição e o feito dissuasório sobre potenciais criminosos, sendo medida necessária.

²³⁰ NERIS; RUIZ; VALENTE, Análise comparada de estratégias de enfrentamento a “revenge porn” pelo mundo, p. 345–346.; VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 172.; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Utopias” institucionais antidiscriminação. As ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro. Cadernos Pagu, v. 45, 2015, p. 325.

²³¹ Rodriguez (2015), p. 304–307; VALENTE et al, O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil, p. 174.

²³² ALEIXO; BASTOS, Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas, p. 236.

²³³ FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981, p. 7–8. Lins (2015), p. 8.

²³⁴ CITRON, Danielle Keats. Law’s expressive value in combating cyber gender harassment. Michigan Law Review. v. 108, n. 3, 2009, p. 377.

²³⁵ NICOLSON, Introduction, p. 14–15. Em sentido semelhante, interessante estudo de caso de um estupro, das narrativas de ratificação da “cultura de estupro” e da mudança gerada a partir da reação online de dois jovens, durante e após o julgamento: GILMOUR, Fairleigh; VITIS, Laura. Anti-rape narratives and masculinity in online space. A case study of two young men’s responses to the Steubenville rape case. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). Gender, Technology and Violence. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 92–94.

²³⁶ MCGLYNN; RACKLEY; HOUGHTON, Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse, p. 31.

5. Conclusão

O presente estudo buscou analisar fenômeno da disseminação não consensual de imagens íntimas, a fim de avaliar sua caracterização como violência de gênero, bem como acerca da necessidade de criminalização dessas condutas.

A partir disso, pode-se concluir, em primeiro lugar, que a "pornografia de vingança" é fenômeno que afeta de forma desproporcional as mulheres, o que é explicado em parte pelo tratamento discriminatório dado historicamente à sexualidade conforme o gênero. Assim, não há dúvidas de se qualificar essa prática como violência de gênero, o que está de acordo com a definição dessa categoria nos principais acordos internacionais sobre o tema.

Em relação à criminalização da prática, são verificadas duas principais objeções. A primeira, mais própria da tradição norte-americana, reside na proteção à liberdade de expressão. Porém, verificou-se que as características do fenômeno, tais como ausência de consenso, gravidade dos danos, inexistência de verdadeira opinião valorável e possibilidade de equiparação com outras condutas de proteção de dados, evidenciam que a conduta não deve se enquadrar em um discurso protegido pela Constituição. A segunda objeção, mais própria de países de tradição continental, reside na intervenção mínima do direito penal. Todavia, constatou-se que a gravidade dos danos causados, os bens jurídicos tutelados (tradicional e com proteção constitucional), o desvalor da conduta e do resultado, a insuficiência de remédios civis e a possibilidade de dissuasão por meio do direito penal recomendam a criminalização da conduta, ainda que não se ignore a necessidade de políticas complementares, notadamente na área da educação.

Por fim, no Brasil, observou-se que a legislação criminal anterior e a legislação civil revelaram-se inadequadas e insuficientes, de modo que, tal como em outros países e em observância a tratados internacionais, houve a recente introdução de crime específico relativo ao tema, em medida que se mostrou necessária e legítima.

Assim, observa-se que a violência de gênero tem se apresentado sob novas formas na atualidade, o que demanda atenção dos estudiosos, dos legisladores e dos operadores jurídicos, a fim de que não só sejam adotadas políticas públicas e tratamento jurídico adequado para a proteção das mulheres, mas que também o fenômeno seja abordado de acordo com sua complexidade.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Ana Paula Tavarela Amorim de Queiroz. *Os maus tratos psíquicos como elemento objetivo do crime de violência doméstica*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2014.

AGUSTINA, José Ramón. *Sobre el nuevo delito de difusión in consentida de sexting en España*. Rubinzal Culzoni, v. 1172, 2018.

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; BASTOS, Sophia Pires. Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas. *Revista IIDH*. v. 64, 2016.

ALLEN, Anita L. What must we hide: the ethics of privacy and the ethos of disclosure. *St. Thomas Law Review*. v. 25, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. Artigo 192.o. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo I*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Direito Público*. v. 17, 2007.

_____. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência*. v. 18, n. 35, 1997.

BARMORE, Cynthia. Criminalization in context: involuntariness, obscenity, and the first amendment. *Stanford Law Review*. v. 67, 2015.

BATES, Samantha. Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors. *Feminist Criminology*. v. 12, n. 1, 2017.

BELEZA, Teresa Pizarro. Anjos e monstros - A construção das relações de gênero no Direito Penal. *Ex Aequo*. v. 10, 2004.

BENNETT, Mark. *Are Statutes Criminalizing Revenge Porn Constitutional?* Disponível em: <<https://blog.bennettandbennett.com/2013/10/are-statutes-criminalizing-revenge-porn-constitutional>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

BLOCHER, Joseph. Categoricalism and balancing in first and second amendment analysis. *New York University Law Review*. v. 84, n. 2, 2009.

BRANDÃO, Nuno. A tutela especial reforçada da violência doméstica. *Julgar*. v. 12, 2010.

BRITO, Ana Maria Barata. O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária. In: *Crime de Violência Doméstica: Percursos Investigatórios*. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2014. Disponível em: <http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

BUSINESS WIRE. Lovers Beware: Scorned Exes May Share Intimate Data and Images Online. Disponível em: <<https://www.businesswire.com/news/home/20130204005437/en/Lovers-Beware-Scorned-Exes-Share-Intimate-Data>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

CARLEN, Pat. Against the politics of sex discrimination: for the politics of difference and a women-wise approach to sentencing. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000.

CCRI, Cyber Civil Rights Initiative. *Power in Numbers*. Disponível em: <<http://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-infographic/>>. Acesso em: 17 maio 2019.

CCRI, Cyber Civil Rights Initiative. *Revenge Porn Statistics*. Cyber Civil Rights Initiative, Inc., 2013. Disponível em: <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. 2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

CITRON, Danielle Keats. Law's expressive value in combating cyber gender harassment. *Michigan Law Review*. v. 108, n. 3, 2009.

_____; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014.

COENEN, Michael. Of speech and sanctions: toward a penalty-sensitive approach to the first amendment. *Columbia Law Review*. v. 112, n. 5, 2012.

CRCVC, The Canadian Resource Centre for Victims of Crime. *Victim Blaming in Canada*. 2016. Disponível em: <https://crcvc.ca/wp-content/uploads/2016/08/Victim-Blaming-in-Canada_DISCLAIMER.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

DAKE, Joseph A.; PRICE, James H.; MAZIARZ, Lauren. Prevalence and Correlates of Sexting Behavior in Adolescents. *American Journal of Sexuality Education*. v. 7, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catherine A. *Pornography and Civil Rights: a New Day for Women's Equality*. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988.

EATON, Asia A.; JACOBS, Holly; RUVALCABA, Yanet. *2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration*. Florida: Cyber Civil Rights Initiative, Inc.; Florida International University, Department of Psychology, 2017. Disponível em: <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2017/06/CCRI-2017-Research-Report.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

_____; RUVALCABA, Yanet. Nonconsensual Pornography Among U.S. Adults: A Sexual Scripts Framework on Victimization, Perpetration, and Health Correlates for Women and Men. *Psychology of Violence*. 2019.

FARIA, Fernanda Cupolillo Miana de; ARAÚJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é porn: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da "intimidade". *Contemporanea: Revista de Comunicação e Cultura*. v. 13, n. 3, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

FRANKS, Mary Anne. "Revenge porn" reform: a view from the front lines. *Florida Law Review*. v. 69, 2017.

FREITAS, Kamila Katrine Nascimento de. A pornografia de vingança e a culpabilização das vítimas pela mídia. In: *XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste*. Natal: [s.n.], 2015.

GENN, Benjamin A. What comes off, comes back to burn: revenge pornography as the hot new flame and how it applies to the first amendment and privacy law. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*. v. 23, n. 1, 2014.

GILMOUR, Fairleigh; VITIS, Laura. Anti-rape narratives and masculinity in online space. A case study of two young men's responses to the Steubenville rape case. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). *Gender, Technology and Violence*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017.

GRANOVETTER, Mark. The Strength of Weak Ties: A Network Theory Revisited. *Sociological Theory*. v. 1, 1983.

HASINOFF, Amy Adele. Sexting and Privacy Violations: A Case Study of Sympathy and Blame. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017.

HAYNES, Jason. Legislative approaches to combating "revenge porn": a multijurisdictional perspective. *Statute Law Review*. v. 39, n. 3, 2018.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

JANE, Emma A. Feminist flight and fight responses to gendered cyberhate. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). *Gender, Technology and Violence*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017.

JEONG, Sarah. *Revenge porn is bad. Criminalizing it is worse*. Disponível em: <<https://www.wired.com/2013/10/why-criminalizing-revenge-porn-is-a-bad-idea/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

KAUFMAN, Dora. A força dos "laços fracos" de Mark Granovetter no ambiente do ciberespaço. *Galaxia*. v. 23, 2012.

KEENAN, Caroline. The same old story: examining women's involvement in the initial stages of the criminal justice system. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000.

KLETTKE, Bianca; HALLFORD, David J.; MELLOR, David J. Sexting prevalence and correlates: a systematic literature review. *Clinical Psychology Review*. v. 34, 2014.

LANA, Alice de Perdigão. *Mulheres expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet*. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2019.

LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica y Violencia de Género*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

LEITE, André Lamas. A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia. *Julgar*. v. 12, 2010.

LENHART, Amanda; YBARRA, Michele; PRICE-FEENEY, Myeshia. Noconsensual Image Sharing: One in 24 Americans has been a Victim of "Revenge Porn". Nova Iorque: *Data & Society Research Institute*; Center for Innovative Public Health Research, 2016. Disponível em: <https://datasociety.net/pubs/oh/Nonconsensual_Image_Sharing_2016.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

LINS, Beatriz Accioly. *A internet não gosta de mulheres? Gênero, sexualidade e violência nos debates sobre "pornografia de vingança"*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/internet-n%C3%A3o-gosta-de-mulheres-g%C3%AAnero-sexualidade-e-viol%C3%AAncia-nos-debates-sobre->>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal*. Curitiba: Antonio Fontoura, 2017. (Antonio).

MACKINNON, Catharine A. Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *Signs*. v. 8, n. 4, 1983.

MAGNA, Deborah García. El registro de datos personales en el ámbito penal y su repercusión en el derecho a la intimidad. In: *A influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no Direito interno*. Lisboa: [s.n.], 2018.

MARTINEZ, Casey. An argument for States do outlaw "revenge porn" and for congress to amend 47 U.S.C. § 230: how our current laws do little to protect victims. *Journal of Technology, Law & Policy*. v. 14, 2014.

MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika; HOUGHTON, Ruth. Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. *Feminist Legal Studies*. v. 25, n. 1, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014. (IDP: pesquisa acadêmica).

NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; VALENTE, Mariana Giorgetti. Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, n. 3, 2017.

NGO, Fawn; JAISHANKAR, Karuppanan; AGUSTINA, José Ramón. Sexting: Current Research Gaps and Legislative Issues. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017.

NICOLSON, Donald. Introduction. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000.

O'CONNOR, Kimberly; DROUIN, Michelle; YERGENS, Nicholas; et al. Sexting Legislation in the United States and Abroad: A Call for Uniformity. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017.

OSTERDAY, Mitchell. Protecting minors from themselves: expanding revenge porn laws to protect the most vulnerable. *Indiana Law Review*. v. 49, 2016.

OTERO, Juan María Martínez. La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico. *Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*. v. 12, 2012.

PALAZZI, Pablo A. El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn). In: DUPUY, Daniela; KIEFER, Mariana (Orgs.). *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

PANGARO, Joseph J. Hell hath no fury: why first amendment scrutiny has led to ineffective revenge porn laws, and how to change the analytical argument to overcome this issue. *Temple Law Review*. v. 88, 2015.

PAVAN, Elena. Internet intermediaries and online gender-based violence. In: SEGRAVE, Marie; VITIS, Laura (Orgs.). *Gender, Technology and Violence*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2017.

PÉREZ, Jaime A. Pintos; RUIDO, Patricia Alonso. Reflexiones sobre las reformas en torno a los fenómenos de sexting y stalking. Nuevas formas de ejercer violencia? In: CANLE, Inés C. Iglesias; FERNÁNDEZ, José Agustín González-Ares; BUJÁN, María Victoria Álvarez (Orgs.). *El principio de igualdad desde un enfoque pluridisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PETROSILLO, Isabela Rangel. Consentir é desviar: a agência estigmatizante da sexualidade feminina adolescente. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos)*, 2017.

PINHEIRO, Rossana Barros. *Tratamento da pornografia de vingança pelo Judiciário maranhense: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Utopias" institucionais antidiscriminação. As ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro. *Cadernos Paga*. v. 45, 2015.

RUBIN, Gayle. Thinking Sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

SHELLER, Samantha H. A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn. *North Carolina Law Review*. v. 93, 2015.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. v. 20, n. 2, p. 71–99, 1995.

SILVA, Alessandra Mara de Freitas; SILVA, Cristian Kiefer da. O problema da tipificação dos crimes informáticos: aspectos controversos a respeito da aplicação do art. 154-A da Lei n. 12.737/2012 "Lei Carolina Dieckmann". In: BORGES, Paulo César Corrêa; CARVALHO, Érika Mendes de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (Orgs.). *Direito Penal, Processo Penal e Constituição II*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 62, n. 3, 2017.

_____; PINHEIRO, Rossana Barros; SENA, Jaqueline Prazeres. Comprometimento da saúde como principal consequência da violência psicológica, moral e sexual sofrida pelas vítimas do crime de pornografia de vingança. In: *Convención Internacional de Salud*. Havana: [s.n.], 2018. Disponível em: <<http://www.convencionsalud2018.sld.cu/index.php/convencionsalud/2018/paper/view/2113>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

SILVA, Marina Nogueira Resende. A violação da intimidade pela divulgação não consentida de conteúdo segundo o princípio da integridade. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. v. 32, 2016.

SIMÕES, Juliana Thomazini Nader. *A proteção da privacidade online em casos de pornografia de vingança*. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

STROHMAIER, Heidi; MURPHY, Megan; DEMATTEO, David. Youth Sexting: Prevalence Rates, Driving Motivations, and the Deterrent Effect of Legal Consequences. *Sexuality Research and Social Policy*. v. 11, 2014.

SWEENEY, JoAnne; SLACK, John. Sexting as 'Sexual Behavior' Under Rape Shield Laws. *International Journal of Cyber Criminology*. v. 11, n. 2, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei n. 13.718/2018. *Meu Site Jurídico*, 2018. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/735571ac-exposic-a-o-pornogra-fica-na-o-consentida-na-internet-e-as-mudanc-as-da-lei-vfinal.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 15, n. 5, 2018.

TEMKIN, Jennifer. Rape and criminal justice at the millenium. In: NICOLSON, Donald; BIBBINGS, Lois (Orgs.). *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000.

TOLENTINO, Daysia. *Revenge porn laws face an unexpected civil rights obstacle: The First Amendment*. Disponível em: <<https://www.muckrock.com/news/archives/2018/dec/06/first-amendment-vs-revenge-porn-laws/>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

TORREJÓN, Pedro Díaz. Tratamiento penal del sexting. In: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015*. 2017. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20D%C3%ADaz%20Torrej%C3%B3n,%20Pedro.pdf?idFile=43d70b3a-e3fe-48a1-b222-65c18579552d>. Acesso em: 20 maio 2019.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.

VANCE, Carole S. Pleasure and danger: toward a politics of sexuality. In: *Pleasure and danger: exploring female sexuality*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984.

VOLOKH, Eugene. *Florida "Revenge Porn" Bill*. Disponível em: <<http://www.volokh.com/2013/04/10/florida-revenge-porn-bill/>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

WALDMAN, Ari Ezra. A breach of trust: fighting nonconsensual pornography. *Iowa Law Review*. v. 102, 2017.

WASSER, Miriam. *AZ Revenge Porn Law Not to Be Enforced, Says Federal Judge*. Disponível em: <<https://www.phoenixnewtimes.com/news/az-revenge-porn-law-not-to-be-enforced-says-federal-judge-7486054>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

WHITMARSH, Abby. *Analysis of 28 Days of Data Scraped From a Revenge Pornography Website*. Disponível em: <<https://everlastingstudent.wordpress.com/2015/04/13/analysis-of-28-days-of-data-scraped-from-a-revenge-pornography-website/>>. Acesso em: 17 maio 2019.

ZABALA, Liberty; STICKNEY, R. *"Revenge Porn" Defendant Sentenced to 18 Years*. Disponível em: <<https://www.nbcsandiego.com/news/local/Kevin-Bollaert-Revenge-Porn-Sentencing-San-Diego-298603981.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

O Direito Sancionador e a Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

1. Introdução. 1.1. Situação do tema. 1.2. Histórico da consensualidade na seara da improbidade administrativa. 2. Elementos obrigacionais do Acordo de Não Persecução Cível – sanções e responsabilidade patrimonial. 2.1. Introdução. 2.2. Capítulo reparatório – perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. 2.3. Capítulo reparatório – ressarcimento ao erário. 2.4. Capítulo sancionatório patrimonial - multa civil. 2.5. Capítulo sancionatório - proibição de contratação e recebimento de benefícios do poder público. 2.6. Capítulo sancionatório - da renúncia (perda) ao cargo público. 2.7. Capítulo sancionatório - da assunção da obrigação de não concorrer aos cargos políticos. 3. Conclusão. Referência bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar a possibilidade de aplicação consensual do Direito Sancionador decorrente da prática do ato de improbidade administrativa, por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível. Nesta senda, abordarei todos os elementos obrigatórios e sancionatórios que poderão ser abrangidos pelo referido instrumento.

Abstract

The purpose of this article is to present the possibility of consensual application of the Sanctioning Law resulting from the practice of the act of administrative improbity, through the execution of the Civil Non-Persecution Agreement. In this path, I will address all the mandatory and sanctioning elements that may be covered by that instrument.

1. Introdução

1.1. Situação do tema

Apesar de a imperatividade estatal gerar a concentração do poder coercitivo, não há empecilho, a rigor, para um maior espaço de aplicabilidade da esfera consensual no direito sancionador.

* Doutorando e Mestre pela *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do *International Association Of Prosecutors*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O incentivo às soluções consensuais gera maior efetividade ao direito sancionador, reduz custos e aumenta a celeridade das resoluções. A consensualidade, portanto, apesar de algumas poucas resistências, é uma das vias mais importantes para conferir eficiência administrativa.¹

Esta nova feição da atividade administrativa sancionadora tem como premissa, também, a maior necessidade de flexibilizar as relações entre os particulares e a Administração Pública², com o fim de minimizar os custos e as consequências negativas e maximizar os benefícios.³

Neste diapasão, surgem duas modalidades, no âmbito do direito sancionador, da consensualidade, devem ser citadas para fins de desenvolvimento do tema: i) *consensualidade de submissão* e ii) *consensualidade de plena transação*⁴.

Na consensualidade de submissão, um dos acordantes deve estar submetido às diretrizes estabelecidas pelo outro, mormente nas hipóteses de indisponibilidade do direito material, como é o caso da improbidade administrativa, de um modo geral.

Na consensualidade de plena transação, há liberdade entre os sujeitos, para a realização da avença, pois estão em situação jurídica de igualdade.

No Acordo de Não Persecução Cível, em minha visão, a situação jurídica é híbrida, pois o modelo poderá abranger tanto hipótese de submissão quanto na de plena transação, a depender das peculiaridades do caso concreto.⁵

Na doutrina, há outra divisão importante a ser considerada, qual seja, tipos de consensualidade no seio da improbidade administrativa: i) consensualidade de restrição à esfera jurídica individual e ii) consensualidade de não restrição⁶. A primeira, por decorrência lógica, é aquela que impõe alguma forma de restrição pessoal ao acordante, como por exemplo a perda da função pública. A segunda modalidade é aquela que tem aspecto eminentemente patrimonial, com contorno reparatório.

A consensualidade, portanto, gera a possibilidade de uma colaboração⁷ entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública. Com efeito, podem ser identificadas dois elementos: i) elemento retrospectivo da colaboração: reparação dos

¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense. 16ª ed. ver. e atual., 2014. p.100.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, 2006. p. 157.

³ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 239.

⁴ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 240.

⁶ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 240.

danos causados e ii) elemento prospectivo da colaboração: prevenção da ocorrência de novos atos.

1.2. Histórico da consensualidade na seara da improbidade administrativa

Para que a introdução do tema Acordo de Não Persecução Cível, doravante ANPC, possa ser finalizada, imprescindível apresentar todo o histórico acerca da (im)possibilidade da aplicação de soluções consensuais na seara da improbidade administrativa.

O presente histórico será devidamente apresentado em momentos:

1º momento – redação original do art. 17, §1º, da LIA: havia uma vedação expressa na lei sobre o uso do acordo, conciliação ou transação, por qualquer instrumento. Diante deste cenário, a maioria da doutrina seguia a literalidade da norma para sustentar a impossibilidade de qualquer forma de solução consensual. Em minha leitura, a vedação versava sobre o cerne do direito material sancionador, mas não deveria alcançar os aspectos periféricos ou secundários, tais como condições de modo, tempo e lugar.

No âmbito da prática da tutela coletiva do patrimônio público, não era raro encontrar exemplos nos quais o Ministério Público recomendava ao investigado a exoneração da função, sob pena de judicialização do tema (nada mais era do um ANPC, mas sem o nome de batismo!), bem como a possibilidade de convencionar o parcelamento ou outra forma de ressarcimento ao erário.

Assim, mesmo à época, havia debate doutrinário acerca do tema.

2º momento – edição da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/13): com a edição desta lei, que faz parte do microssistema de combate à corrupção, foram delineados os atos de corrupção (art. 5º) que se confundem, muitas vezes, com os atos de improbidade administrativa, e o acordo de leniência (art. 16).

Ora, a possibilidade de celebração do acordo de leniência na seara do combate à corrupção gerou a indagação imediata: como sustentar a harmonia do sistema com a celebração do acordo de leniência sem que a mesma solução possa ser aplicada na seara da improbidade administrativa?

Tal indagação tem razão de ser, pois não pode ser crível que um ato seja, ao mesmo tempo, qualificado juridicamente como de corrupção e de improbidade administrativa, mas, somente quanto ao primeiro, poder-se-ia sustentar a solução consensual.

3º momento – edição do CPC/15: Com o advento do chamado Novo Código de Processo Civil, foi fixada uma diretriz importante, qual seja, a da busca pela solução consensual dos conflitos, com um claro vetor direcionado para todos os sujeitos processuais (art. 3º, §2º, do CPC). Tal diretriz alterou o procedimento ao determinar, como regra, a citação do réu para comparecer audiência de conciliação e mediação (art. 334, CPC), permitindo, inclusive, tal atuar pela Fazenda Pública (art. 174, do CPC).

A partir de então, ficaria ainda mais factível sustentar o atraso na vedação na obtenção da solução consensual.

4º momento – edição da lei de mediação (Lei nº 13.140/15): a referida lei, de forma expressa, passou a permitir a solução consensual, inclusive, na seara da improbidade administrativa, conforme a previsão no art. 36, §4º. Tal previsão servia de base para sustentar a revogação tácita do art. 17, §1º, da LIA, posto incompatíveis.

5º momento – edição da MP 703/15: a medida provisória, de duvidosa constitucionalidade, diga-se, revogou de forma expressa o art. 17, §1º, da LIA, passando, assim, a permitir a aplicação da solução consensual na seara da improbidade administrativa. Entretanto, tal medida provisória não foi convertida em lei sofrendo a caducidade em maio de 2016, mas mantendo os eventuais acordos celebrados sob a sua égide.

6º momento – edição da Resolução nº 179/17 do CNMP: o CNMP, ao regulamentar procedimento do TAC, fixou dois importantes pontos para o histórico do tema: i) natureza jurídica de negócio jurídico (art. 1º) e ii) possibilidade de celebração do TAC na seara da improbidade administrativa (art. 1º, §2º). Assim, o CNMP passou a adotar, de forma expressa, a solução consensual, ainda que se questione a constitucionalidade da resolução pode afrontar diretamente a LIA.

7º momento – edição da Lei 13.655/18: a lei de introdução às normas do direito brasileiro foi alterada e com isso foi inserido o art. 26 que prevê a possibilidade da celebração de compromisso que pode e deve ser considerado como um TAC com a observância dos requisitos do parágrafo primeiro.

8º momento – edição da Lei 13.964/19: a entrada em vigor da referida lei afastou qualquer possibilidade de se questionar a utilização da solução consensual, pois, além de alterar a redação do art. 17, §1º, da LIA, permitindo o uso do novel ANPC, prevê a possibilidade da realização de audiência de conciliação e mediação no procedimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 17, §10-A, da LIA).

Solução que deve ser festejada, pois além de conferir uma maior flexibilidade ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, gera maior efetividade e celeridade na solução das contendas.

Apresentados todos os momentos referentes à “escala evolutiva” da aplicação da solução consensual, serão apresentados os elementos obrigacionais do ANPC para fins de fixação da possibilidade de realização consensual do direito sancionador.

2. Elementos obrigacionais do Acordo de Não Persecução Cível – sanções e responsabilidade patrimonial

2.1. Introdução

O legitimado coletivo que ostenta a possibilidade jurídica para celebrar o acordo de não persecução cível deverá, necessariamente, adotar os seguintes

passos: i) identificação dos sujeitos ativo⁸ e passivo do ato; ii) delimitar o ato, suas consequências fáticas e jurídicas (extensão do dano, gravidade, repercussão etc.)⁹; iii) indicar o elemento volitivo do agente, bem como o seu eventual comportamento durante o deslinde do procedimento (extrajudicial ou judicial); iv) indicar precisamente se deveria ocorrer a persecução sancionatória e reparatória, somente sancionatória ou somente reparatória, pois o acordo deverá ser dividido em capítulos obrigacionais; v) indicar precisamente quais serão as sanções¹⁰ e vi) indicar precisamente a dosimetria a ser aplicada¹¹.

Parte da doutrina afirma que no bojo do acordo de não persecução cível haverá a assunção de obrigações semelhantes às próprias sanções, mas não a sua aplicação direta, pois o acordante reconhece a existência de capítulos obrigacionais, bem como o seu dever jurídico para o respectivo cumprimento.¹²

Os capítulos obrigacionais, que abrangem os sancionatórios e reparatórios, não foram delineados no âmbito do art. 17, da LIA, como cediço, porém a doutrina adota alguns parâmetros que devem ser observados pelos legitimados com o fim de obter a fixação dos elementos necessários para eventual dosimetria e valor final.

Haverá a necessidade de observância da proporcionalidade¹³, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁴, para a fixação não só da obrigação como também da sua dosimetria, até porque as sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente¹⁵, mormente quando se tratar de hipóteses de menor potencial ofensivo¹⁶.

Poderá ser utilizada como um bom parâmetro, a essência do art. 59, do Código Penal¹⁷, mas, por se tratar de sanção de cunho cível, penso ser mais adequada a utilização das regras previstas na Lei Anticorrupção (art. 7º, da LAC).

⁸ De forma individualizada, nos casos de concurso de agentes.

⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 95.

¹⁰ SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 639.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 228.

¹² PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 101.

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 522. SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 638; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010. p. 188; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 120-121; PASSAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 148-149; MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.141.

¹⁴ Resp 507.574/MG e AgRg no Resp 1.376.481/RN.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 383-384. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 392.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 739.

¹⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1215.

O elemento volitivo do agente, por certo, deverá ostentar um protagonismo nesta senda, ainda mais considerando as consequências fáticas e jurídicas (gravidade do dano e o resultado) de seu atuar, conforme preconiza o art. 944, do Código Civil¹⁸.

Além de toda a análise aqui indicada, a avença deverá sempre conter, claro, conforme as peculiaridades da situação fática¹⁹, o seguinte: i) ressarcimento ao erário; ii) reversão da vantagem indevida obtida em favor da pessoa jurídica e iii) fixação de multa de até 20% do valor do dano ou vantagem obtida.

Nesta senda, por certo, surgirá um questionamento ainda mais complexo para ser solucionado: *quais as sanções, em essência, previstas no art. 12, da LIA, poderão ser objeto do acordo?*

O acordo deverá sempre conter, salvo nos casos de prescrição da pretensão sancionatória punitiva (art. 23, da LIA), alguma sanção prevista no art. 12, da LIA (c/c art. 37, §4º, da CR/88), com a observância, claro, da proporcionalidade e da dosimetria (art. 6º, §1º, da LAC).

O ponto a ser enfrentado aqui é saber quais poderão efetivamente ser convenionadas. Para fins de abordagem, separo as sanções em dois grupos: i) *sanções de índole patrimonial*: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (patrimonial indireta) e ii) *sanções funcionais ou pessoais*: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, renúncia ao mandato eletivo e compromisso de não candidatura.

Quanto ao primeiro grupo de sanções, não há dúvidas ou questionamentos acerca do cabimento.

Quanto ao segundo grupo de sanções, há intenso debate em sede doutrinária:

Para uma 1ª tese, haverá a impossibilidade da aplicação por ausência de respaldo legal e constitucional (arts. 15, V c/c 37, §4º, da CR/88)²⁰, bem como a necessidade de decisão judicial transitada em julgado (art. 20, da LIA)²¹ e, caso o investigado aquiesce a tal avença, seria inexequível²².

Para uma 2ª tese, haverá a possibilidade de aplicação, pois decorreria diretamente da solução negociada do conflito mediante postura voluntária do investigado e as

¹⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 929. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 524.

¹⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEJ, 2020. p. 86.

²⁰ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 80.

²¹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível*. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 18 out. 2020.

²² PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 81.

eventuais objeções decorreriam da solução diretamente judicial, ademais, a solução convencionalizada é uma das vertentes do devido processo legal.²³

A segunda tese conta com a minha adesão, pois trata-se de solução consensual que não gera violação aos direitos fundamentais do acordante e, tampouco, faz parte da cláusula de reserva jurisdicionais. A rigor, não há aplicação direta de sanções, mas assunção de obrigações convencionalizadas entre o legitimado coletivo e o sujeito que praticou o ato.

Caso uma mesma conduta (fato) possa ser tipificada, ao mesmo tempo, em mais de um dos tipos de ato de improbidade administrativa, para fins de celebração do Acordo de Não Persecução Cível, deverá ser considerada a conduta mais grave, no que tange às sanções²⁴.

Caso o sujeito pratique mais de um ato de improbidade administrativa, desde que contemporâneos, parte da doutrina sustenta a possibilidade da aplicação por analogia do instituto da detração, para que a sanção mais grave absorva a menos grave.²⁵ O Superior Tribunal de Justiça tem julgado neste sentido.²⁶

É um entendimento que observa o postulado da proporcionalidade, porém entendo que o caso concreto deve ser bem avaliado antes de ser afastada qualquer sanção, pois, apesar de os atos serem contemporâneos e praticados pelo mesmo sujeito, podem não ostentar conexão objetiva e, assim, demandariam instrumentos específicos para cada ato praticado.

Posso imaginar o exemplo no qual o ordenador de despesas, deixando de observar regras legais, dispensa a realização do certame licitatório (1º ato de improbidade administrativa) e, ao longo do contrato administrativo determina a realização de sucessivos termos aditivos com aumento de despesas (2º ato de improbidade administrativa). Ora, existe uma nítida conexão objetiva entre os atos de improbidade administrativa que deverão ser objeto de um mesmo procedimento e, por conseguinte, do mesmo Acordo de Não Persecução Cível.

Por outro lado, fácil imaginar um exemplo no qual o ordenador de despesas, frente à situação de calamidade, determina a realização de diversas contratações de pessoal, bens e serviços sem a necessidade do certame licitatório. Assim, apesar de

²³ ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 17 out. 2020. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 19 out. 2020.

²⁴ FERRARES, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 153; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1007; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 121; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

²⁶ 1ª T., DECl no Resp 993.658/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010, Dje 23.03.2010.

todas as contratações derivarem do ato anterior, cada contrato deverá ser avaliado individualmente por meio de procedimentos específicos e, também, por Acordos de Não Persecução Cível específicos.

2.2. Capítulo reparatório – perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

O capítulo referente à perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio²⁷ não ostenta, a rigor, natureza sancionatória, mas reparatória.²⁸

Assim, no Acordo de Não Persecução Cível, deverá constar, conforme a hipótese, como uma obrigação, a reversão dos bens ilicitamente incorporados ao patrimônio do sujeito, assim compreendidos: a) bens licitamente adquiridos com dinheiro desviado do patrimônio público; b) frutos e rendimentos dos bens adquiridos e c) bens de família adquiridos mediante a prática do ato de improbidade administrativa.

A restituição/reversão deverá ocorrer quando os bens desviados pertençam à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

Não há a possibilidade de acumulação da determinação da perda dos bens e valores adquiridos pelo sujeito com o ressarcimento ao erário, quando a reversão abarcar integralmente os danos suportados pela pessoa jurídica, sob pena da ocorrência de *bis in idem*.²⁹

Nos casos de bens que pertenceram a terceiros, ainda assim, deverão ser destinados à pessoa jurídica, mas não poderá denominar restituição/reversão, porque tal nomenclatura pressupõe que o bem a pertencia anteriormente.

Ainda que o bem pertença ao terceiro, mediante transferência lícita, não haverá empecilho para a sua persecução, seja judicialmente ou por meio do Acordo de Não Persecução Cível, conforme art. 593, do CPC, mormente quando puder ser verificada uma potencial fraude. Claro, que o título executivo, em virtude do vínculo subjetivo, somente deverá ser executado em desfavor daqueles que participaram da sua formação.

Existem soluções simples para isso: i) o proponente deverá exigir, para fins da celebração do Acordo de Não Persecução Cível, que seja indicada toda a listagem dos bens que pertencem ao acordante, bem como aqueles que foram transferidos para terceiros; ii) o proponente poderá instar o terceiro a se manifestar no bojo do procedimento sobre a transferência do bem; iii) o proponente, com base naquilo que

²⁷ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 212.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 212. No mesmo sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.441. Em sentido contrário: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1003.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 214.

foi demonstrado no procedimento ou até mesmo no Acordo de Não Persecução Cível, poderá promover a demanda diretamente em face do terceiro.

2.3. Capítulo reparatório – ressarcimento ao erário

O capítulo referente ao ressarcimento ao erário não pode ser considerado, ao menos em essência, como sendo sancionatório, pois o objetivo é recompor o patrimônio público lesado.

Assim, surge um questionamento interessante com várias implicações práticas: *é condição essencial que o ressarcimento seja sempre integral?*

Considerando a existência do microsistema de combate à corrupção, bem como a norma constitucional do art. 37, §4º, da CR/88, fácil defender a necessidade do ressarcimento ser sempre integral³⁰, sob pena da invalidade do acordo celebrado.³¹

Entretanto, a depender do caso concreto, pode ser acordado o ressarcimento parcial, desde que seja devidamente fundamentado com a indicação precisa dos elementos que foram levados em consideração (elemento volitivo, capacidade financeira do agente, informações fornecidas etc.).³²

Ademais, a pessoa jurídica interessada terá sido devidamente cientificada dos termos da avença com a oportunidade de manifestar-se, portanto, caso não concorde com a fixação do valor parcial, poderá, na forma do art. 17, §2º, da LIA, promover a complementação por meio de demanda própria.³³

Ora, o objetivo final é a obtenção do ressarcimento, mas sem afastar a proporcionalidade que, aliás, também será considerada na esfera judicial (art. 8º, do CPC). Portanto, não pode o Acordo de Não Persecução Cível obter algo que não seria possível de obter na via judicial. Deve existir uma certa congruência entre o objeto do ANPC e aquele que seria possível pela via judicial. Não há a necessidade da identidade de objetos e dosimetria, mas é um parâmetro importante a ser seguido.

Poderá, por exemplo, ser usada, como forma de negociação, a indicação de que na via judicial as sanções serão mais duras que aquelas negociadas no Acordo de Não Persecução Cível.

Por fim, impende destacar a *possibilidade de inserção de capítulo de reparação por danos morais coletivos e danos sociais no ANPC*.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 216.

³¹ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 76. No mesmo sentido: PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 81.

³² OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

³³ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 216.

A possibilidade do ajuizamento de demanda coletiva com o fim de obtenção de reparação por dano moral coletivo, apesar de certa resistência doutrinária³⁴, deve ser admitida.³⁵

Considerando que o objeto do ANPC deve ser, ao menos em tese, o mesmo que poderia ser deduzido em juízo, não haverá maiores dificuldades em sustentar a sua estipulação, ainda mais diante da voluntariedade do instrumento.³⁶ Trata-se, claro, de um capítulo autônomo e cujo valor deverá ser destinado à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

É facilmente demonstrável a possibilidade deste tipo de dano nos casos de violação ao patrimônio cultural imaterial, ao patrimônio imaterial de determinada coletividade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.³⁷

Em nosso ordenamento jurídico, podem ser apontadas as seguintes normas jurídicas que fundamentam a possibilidade do dano moral coletivo: a) art. 5º, X, CR/88; b) art. 1º, *caput*, LACP e c) art. 6º, VI, CDC.³⁸

Defendo³⁹, também, a possibilidade de ser requerida a reparação por dano moral no bojo da demanda de improbidade administrativa quando for narrada lesão à moralidade e probidade, conforme reconhecido pelo próprio STJ.⁴⁰

O STJ, seguindo a linha da doutrina majoritária, também admite a possibilidade de reparação por dano moral coletivo, desde que exista a demonstração de que houve efetiva lesão a valores coletivos.⁴¹

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-43.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 351. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 270.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 215.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 351.

³⁸ GÓES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 470-481. RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25, p. 81. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12, p. 50.

³⁹ BASTOS, Fabrcio Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Foco, 2018. p. 345.

⁴⁰ REsp 1681245/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j.15.08.2017, DJe 12.09.2017. Na doutrina, vale mencionar: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

⁴¹ 2ª Turma, AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 08.03.2016, DJe 15.03.2016; REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02.02.2012, DJe 10.02.2012; REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros REsp 1328753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.05.2013, DJe 03.02.2015.

Além dos morais coletivos, também poderão ser requeridos os danos sociais, assim entendidos como aqueles que não geram somente lesões patrimoniais ou morais, mas que atingem toda a sociedade, com um direto rebaixamento da qualidade de vida da coletividade.⁴²

O STJ, além de reconhecer a possibilidade de requerimento de reparação dos danos sociais, fixou entendimento do seu cabimento ser exclusivo em demandas coletivas.⁴³

2.4. Capítulo sancionatório patrimonial - multa civil

A multa civil, que tem a função sancionatória patrimonial, também pode ser fixada no bojo do ANPC, pois visa punir o sujeito que praticou o ato e pode gerar um importante efeito pedagógico⁴⁴.

Nesta seara, três pontos serão fundamentais: i) como fixar o valor; ii) possibilidade de cumulação com a multa pelo descumprimento da avença; iii) destinação do valor.

Para a fixação do valor, além das premissas já indicadas, deverá ser utilizado como parâmetro as regras previstas no art. 12, da LIA, conforme o tipo de ato de improbidade praticado. A dosimetria, por certo, deverá ter como vetor a proporcionalidade mediante justificativa expressa do proponente e, claro, deverá o proponente ater-se ao caso concreto.

No tocante à possibilidade de cumulação com a multa cominatória estabelecida no ANPC, não percebo maiores complexidades na resposta afirmativa, pois ostentam naturezas diversas⁴⁵ como, aliás, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶

Sobre a destinação do valor da multa civil, não há dúvidas de que deverá ser direcionada exclusivamente à pessoa jurídica interessada, apesar da inexistência de regra expressa neste sentido na lei de improbidade. Entretanto, há certa divergência acerca da destinação da multa cominatória.

Para uma 1ª tese, a destinação deverá ser exclusivamente para a pessoa jurídica interessada para a preservação da harmonia do sistema, com base no art. 18, da LIA⁴⁷.

Para uma 2ª tese, haverá a possibilidade da destinação ser o fundo de defesa dos interesses difusos, conforme previsto no art. 13, da LACP, pois o patrimônio público está englobado no conceito de direitos difusos (art. 81, p.u., I, do CDC c/c art. 1º, IV, da LACP).⁴⁸

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul.-set., p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

⁴³ Rcl 12.062/GO, 2.ª S., rel. Min. Raul Araújo, j. 12.11.2014, *DJe* 20.11.2014.

⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

⁴⁵ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 105.

⁴⁶ Resp. 1.574.350/SC.

⁴⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 223.

⁴⁸ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 106.

Na minha visão, deve ser utilizada uma 3ª tese, pois, a depender da forma da prática do ato de improbidade administrativa, a destinação do valor pode ser vinculada a uma determinada pasta com aplicação obrigatória para um fim a ser delineado. No caso de ato de improbidade, por exemplo, decorrente de alguma contratação com sobrepreço ou superfaturamento, nada mais natural que o valor da multa civil seja destinado à pessoa jurídica interessada sem maiores preocupações com a destinação específica. Por outro lado, se o ato de improbidade foi praticado de tal maneira que pode prejudicar a implementação de uma política pública, entendo ser mais consentâneo com a nossa realidade fática que o valor seja destinado à pasta responsável por tal política com a aplicação obrigatória e vinculada à mesma. Portanto, a destinação direta para a pessoa jurídica interessada pode não resultar na adequada recomposição do erário e destinação dos valores.

O valor convencionado da multa é transmissível aos herdeiros ou sucessores?

A questão é verificar se a multa civil terá caráter exclusivamente punitivo ou sancionatório patrimonial.

Há quem sustente a intransmissibilidade justamente por entender ser um capítulo sancionatório e, portanto, o falecimento gera a extinção da obrigação.⁴⁹

Penso de outra forma, por entender que a multa tem caráter sancionatória, claro, mas o que se transmite não é a sanção em si, mas a obrigação patrimonial fixada na avença, respeitados, por certo, os limites da herança. Ademais, a depender do caso concreto, os herdeiros e sucessores poderão ser beneficiários indiretos do ato de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, como bem indicado por Daniel Amorim Assumpção Neves, possui julgado no sentido de reconhecer a transmissibilidade da multa somente nos casos de enriquecimento ilícito e lesão ao erário (arts. 9º e 10, da LIA).⁵⁰

2.5. Capítulo sancionatório - proibição de contratação e recebimento de benefícios do poder público

Esta obrigação que, a depender da hipótese, deverá ser capítulo imprescindível na avença, resultará em um pressuposto convencional negativo para a participação em certames licitatórios, contratações diretas, venda e percepção de qualquer tipo de benefício com a Administração Pública, seja por meio da pessoa jurídica acordante ou qualquer outra na qual seja sócio majoritário o acordante.

Tal obrigação não deverá alcançar os benefícios ou incentivos incondicionais, que são dirigidos a uma coletividade genérica.⁵¹

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 224.

⁵⁰ STJ, 1ª Seção, Resp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.06.2010, Dje 04.05.2011.

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 225.

A obrigação, posto com viés, também, patrimonial⁵², deverá alcançar os herdeiros e sucessores daquele que praticou o ato, desde que o evento morte do sujeito permita a sucessão empresarial. Basta imaginar a seguinte situação: determinado particular pratica ato de improbidade administrativa em conluio com um agente público, por intermédio da pessoa jurídica na qual ostenta participação, e, após a celebração da avença, falece.

Ora, permitir que os seus herdeiros ou sucessores, por meio da mesma pessoa jurídica, possa burlar esta sanção soa completamente absurdo e a criação de tal óbice, por certo não viola as regras do direito civil referentes à sucessão, pois se trata de um aspecto patrimonial da sanção. Ademais, tais herdeiros e sucessores poderão, também, ser considerados como beneficiários indiretos do ato (art. 3º, da LIA).

Em meu sentir, tal obrigação deverá ter aspecto amplo, assim compreendido como o alcance para todas as esferas administrativas, pois, do contrário, será completamente ineficaz.⁵³

Para que tal desiderato seja alcançado, o ANPC será enviado oficialmente aos órgãos de controle, Tribunais de Contas e registrado nos cadastros de pessoas jurídicas inidôneas e suspensas⁵⁴.

Uma questão interessante é saber se *poderá ocorrer gradação temporal neste capítulo*.

O art. 12, da LIA, não estipulou qualquer gradação, mas a fixação de patamar máximo. Ademais, o art. 37, §4º, da CR/88, em sua parte final, somente confere ao legislador infraconstitucional a gradação para a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Diante disso, surge justamente a necessidade de verificar a possibilidade da gradação.

Para uma 1ª tese, esta proibição deverá ser graduada, mas sempre observando o prazo máximo fixado no art. 12, da LIA e com base no seu parágrafo único.⁵⁵

Para uma 2ª tese, com a qual concordo, não poderá ocorrer gradação, pois não há esta indicação tanto no texto constitucional quanto no infraconstitucional.⁵⁶

⁵² Em sentido um pouco diverso: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 224/225.

⁵³ BEZERRA FILHO, Aluizio. *Processo de Improbidade Administrativa*: anotado e comentado. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 371.

⁵⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 108.

⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 320; SANTOS, Carlos Frederico Britos dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 168. No mesmo sentido, podem ser destacados os seguintes julgados no Superior Tribunal de Justiça: 2ª T., Resp. 1.185.114/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2010, Dje 04.10.2010; 2ª T., Resp 1.156.209/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.08.2010, Dje 27.04.2011.

⁵⁶ MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 226.

2.6. Capítulo sancionatório - da renúncia (perda) ao cargo público

Trata-se de capítulo obrigacional sancionatório que poderá ser inserido no ANPC, a depender da gravidade do ato de improbidade administrativa praticado pelo acordante, a despeito da redação da regra do art. 20, da LIA, que exige o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A regra prevista no art. 20, da LIA, somente se aplica à esfera judicial, mas não deve ser estendida para o ANPC, justamente por se tratar de atuação voluntária e negociada do sujeito.

O afastamento cautelar (art. 20, p.u., da LIA), em meu sentir, na essência do instituto como imposição unilateral, não poderá ser objeto do ANPC, ou seja, exigir o afastamento para fins de assinatura do ANPC. Entretanto, nada impede que o sujeito requeira à Administração Pública licença para que possa se afastar voluntariamente das suas funções enquanto negocia o ANPC.

Um dos pontos mais relevantes é saber o alcance da perda da função, ou seja, se alcança somente o cargo ensejador da prática do ato ou pode alcançar qualquer cargo.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu em alguns de seus julgados o alcance amplo desta sanção, determinada no bojo de sentença condenatória transitada em julgado, no sentido de que poderá atingir todos os tipos de vínculo entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública⁵⁷ e depois uniformizou o entendimento no mesmo sentido.⁵⁸

Este entendimento amplo conta a adesão da maior parte da doutrina⁵⁹, pois poder-se-ia manter um sujeito vinculado à Administração Pública mesmo após a demonstração inequívoca da violação ao patrimônio público.⁶⁰ Por outro lado, há quem sustente a abrangência mais restrita para alcançar somente o vínculo que possibilitou o ato.⁶¹

Poderá ser objeto do ANPC a cassação da aposentadoria?

Caso o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa já esteja aposentado, poderá ter o seu vínculo perdido? Esta situação poderá surgir de duas formas: i) o vínculo administrativo já existia quando da prática do ato de improbidade, mas a proposta somente surgiu após a aposentadoria; ii) a prática do ato de improbidade ocorreu após aposentadoria.

Na minha concepção, será indiferente para fixação da obrigação, pois não dependerá somente do ato voluntário do sujeito para que a aposentadoria seja cassada, mas, também, da Administração Pública.

⁵⁷ MS nº 21.757/DF e Resp 1.297.021/PR.

⁵⁸ EREsp 1.701.967/RS.

⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 447-448.

⁶⁰ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 111.

⁶¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 515.

De todo modo, como já dito anteriormente, se a sanção pode ser aplicada na esfera jurisdicional, poderá ser objeto do ANPC.

Para uma 1ª tese, não será possível aplicar a cassação da aposentadoria, pois não se trata de vínculo funcional, já extinto, mas previdenciário e, também, não há previsão desta sanção na lei de improbidade administrativa.⁶²

Para uma 2ª tese, a qual adiro, será plenamente possível a determinação da cassação da aposentadoria, com base nos seguintes fundamentos: i) poderá ser determinada a anulação do ato administrativo concessivo da aposentadoria; ii) a perda da função pública deverá ser interpretada extensivamente para incluir o vínculo previdenciário. Não há como buscar uma efetividade no combate à corrupção, que é sistêmica em nosso país e, ao mesmo tempo, sustentar a possibilidade de um agente público ímprobo manter o seu vínculo previdenciário.⁶³

2.7. Capítulo sancionatório - da assunção da obrigação de não concorrer aos cargos políticos

A suspensão dos direitos políticos é uma das possíveis sanções, com a dosimetria fixada em lei, decorrentes do reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da LIA c/c art. 15, V, da CR/88), mas condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme preconiza o art. 20 da LIA.

A suspensão dos direitos políticos sempre decorre, portanto, de decisão judicial, mas nada impede que seja objeto da convenção a assunção pelo acordante da obrigação de não concorrer aos cargos políticos o que representaria uma renúncia ao exercício do seu direito de sufrágio e não uma imposição unilateral.⁶⁴

Entendo que o ANPC quando contiver tal obrigação deverá ser enviado, para fins de ciência, ao Ministério Público com atribuição eleitoral, Juízo Eleitoral da Comarca, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral, pois, com isso, além da óbvia publicização da obrigação, os órgãos da Justiça Eleitoral poderão criar um cadastro que poderá ser consultado pela população, partidos políticos e coligações, candidatos e os demais órgãos de controle.

Não há qualquer violação aos direitos fundamentais do sujeito, pois não existe vedação alguma para que ele renuncie voluntariamente ao exercício do seu direito político.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1005; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 709/710; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 162-163.

⁶³ FERRARESI, Eurico. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 145; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 300; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 143; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 218.

⁶⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 113.

Há quem sustente a necessidade da homologação judicial da cláusula que contenha tal obrigação⁶⁵, mas, conforme já sustentado, entendo ser despicienda tal homologação, em qualquer hipótese extrajudicial e extraprocessual, pois as convenções surtem efeitos imediatamente (art. 200, do CPC).

Questão interessante que merece abordagem específica é saber o seguinte: *o descumprimento desta obrigação gera qual tipo de consequência?*

Considerando que a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa pode gerar inelegibilidade (art. 1º, I, l), da LC 64/90⁶⁶ c/c art. 14, §9º, da CR/88⁶⁷), resta debater a possibilidade do acordo de não persecução cível gerar tal consequência.

De toda forma, não há como o ANPC afastar os efeitos da inelegibilidade, caso seja verificada.

Poder-se-ia objetar tal consequência sob o argumento de que a criação de novo caso de inelegibilidade, por tal via, seria inconstitucional por violação direta do art. 14, §9º, da LC 64/90, pois o acordo foi criado por lei ordinária e não lei complementar.⁶⁸

A despeito da premissa interessante, entendo não existir empecilho para a celebração do acordo, pois a mera previsão em lei ordinária do instrumento não viola, *de per si*, a norma constitucional referida, na medida em que se trata de um ajustamento voluntário extrajudicial.⁶⁹

Ademais, não seria propriamente uma hipótese de inelegibilidade, mas sim a necessidade da observância dos termos do ANPC celebrado, sob pena de violação da boa-fé objetiva e da cooperação (arts. 5º e 6º, do CPC), mormente quando ostentar viés premial.

Caso o instrumento tenha viés premial e o sujeito, apesar de assumir a obrigação de não concorrer a cargos eletivos, registrar a sua candidatura, poderão surgir as seguintes consequências jurídicas: i) rescisão da colaboração premiada; ii) rescisão do ANPC com o imediato ajuizamento da demanda de improbidade administrativa; iii) execução imediata da multa cominatória fixada no instrumento; iv) possibilidade do ajuizamento da impugnação ao registro de candidatura.

Com exceção da primeira consequência, tais serão aplicáveis aos casos nos quais o ANPC não ostente viés premial.

Tal entendimento não gera qualquer violação ou restrição aos direitos fundamentais do acordante, mas impõe a necessária observância dos termos do acordo e, com isso, de outro lado, reafirma que o seu cumprimento é um dever e não um favor à coletividade. Ora, um acordo celebrado formalmente com o Ministério Público

⁶⁵ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 114.

⁶⁶ Faz referência expressa ao elemento volitivo dolo e ao trânsito em julgado.

⁶⁷ Não há qualquer referência ao elemento volitivo e ao trânsito em julgado.

⁶⁸ PINHEIRO, Igor Pereira et ali. *Lei Anticrime comentada*. Editora JHMizuno, 2019. p. 142.

⁶⁹ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 84 e 86.

não pode ser considerado como algo de somenos importância e as consequências do descumprimento, injustificado, diga-se, devem ser severas.

Já passou da hora de pararmos de tratar os agentes ímprobos corruptos com parcimônia e condescendência e passarmos a levar à sério o combate à corrupção, pois, como cediço, vivemos em um país no qual tais atos são corriqueiros, endêmicos, sistêmicos e aceitáveis.

3. Conclusão

No presente artigo objetivei apresentar as minhas considerações sobre o objeto possível de ser convencionado por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível quanto às sanções e reparações decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

Certo de que ainda há algumas considerações a serem feitas que naturalmente surgirão ao longo do manejo do instrumento, não posso deixar de registrar que eventuais dificuldades na seara executiva ou do convencimento do sujeito não podem, por si só, gerar óbice intransponível.

Impende salientar, também, que a confusão natural entre restrição de direito fundamental e o seu exercício, que permite a renúncia, diga-se, não pode ser argumento suficiente para impedir a celebração do instrumento.

Assim, forte nestas premissas, penso ser plenamente possível, fática e juridicamente, a celebração do Acordo de Não Persecução Cível como forma adequada para aplicação do Direito Sancionador decorrente da prática de ato de improbidade administrativa.

Em caso contrário, haverá uma incoerência sistêmica do panorama sancionatório que relegará ao oblívio o próprio instrumento.

Referência bibliográficas

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 929.

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul.-set, p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*, São Paulo: Foco, 2018.

BEZERRA FILHO, Aluizio. *Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; _____. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial.

GÓES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed. ver. e atual., 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira et ali. *Lei Anticrime comentada*. Editora JHMizuno, 2019.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível*. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006.

A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento¹

Judicial recovery as a non-contentious proceeding: a starting point for structuring the procedure

Fredie Didier Jr.*

Paula Sarno Braga**

Felipe Vieira Batista***

Sumário

1. Introdução. 2. Generalidades. 3. Aspectos processuais da recuperação judicial. 4. A jurisdição voluntária. 5. A recuperação judicial como jurisdição voluntária. 6. Alguns desdobramentos práticos. 6.1. A aplicação do art. 723, parágrafo único, do CPC, e a criatividade judicial. 6.2. A organização do processo de recuperação e formação de procedimentos incidentais. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo tem por objetivo a caracterização da recuperação judicial como jurisdição voluntária. Para tanto, identificará o que se entende por recuperação judicial e por jurisdição voluntária, concluindo, após, pela aproximação das duas noções, bem como pela existência de consequências práticas resultantes da citada conclusão.

¹ Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-Docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor-Associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

** Mestre e Doutora pela UFBA. Secretária-adjunta do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Vice-Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Professora de Direito Processual Civil da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Processual Civil da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito. Advogada e consultora jurídica.

*** Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

Abstract

This article aims to characterize judicial recovery as a non-contentious proceeding (voluntary jurisdiction). To this end, it will identify what is meant by judicial recovery and the Brazilian notion of non-contentious proceedings (voluntary jurisdiction). Afterwards, it concludes that judicial recovery is a kind of non-contentious proceeding and indicates some practical consequences resulting from the aforementioned conclusion.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Jurisdição voluntária.

Keywords: *Judicial recovery. Non-contentious proceedings (voluntary jurisdiction).*

1. Introdução

O regime jurídico da recuperação de empresas contém diversas disposições de natureza processual; nada mais natural, tendo em vista que o instituto em questão se desenvolve por meio de um processo. A despeito de tal fato, verifica-se que a abordagem doutrinária do tema não procura situar a recuperação judicial na Teoria Geral do Processo, preferindo uma abordagem mais pragmática.

O presente artigo pretende, em alguma medida, situar a recuperação judicial na Teoria Geral do Processo, percebendo-a como exercício de jurisdição voluntária.

A partir da conclusão alcançada, finalmente, serão expostas algumas consequências práticas desse enquadramento, o que se fará sem qualquer pretensão de exaurimento.

2. Generalidades

No Brasil, coube à Lei nº 11.101/2005 traçar a forma de atuação do Estado na recuperação de empresas. Essa lei permite que o empresário peça a intervenção do Poder Judiciário para auxiliar na superação de tais entraves sistêmicos, com a consequente preservação da atividade empresarial. A partir da manutenção da atividade empresarial, podem ser obtidos reflexos salutares por ela proporcionados, tais como emprego, abastecimento, recolhimento de tributos e fomento à própria vitalidade da economia interna em geral.

A referida atuação do Estado envolve a incidência e concretização de regimes jurídicos processual e material próprios, que, entre outras coisas, facilitam a *negociação coletiva* do passivo e de medidas voltadas ao saneamento da atividade. Isto é, o ordenamento oferece um regime jurídico diferenciado de negociação, cuja principal marca vem a ser a possibilidade de reestruturação concentrada e negociada do passivo, o que evita que o devedor tenha de recorrer a cada um de seus credores

para buscar em soluções atomizadas o fôlego necessário à superação dos entraves de liquidez enfrentados².

Em termos práticos, a sistemática é a seguinte: (i) o devedor expõe em juízo a situação de crise, inclusive trazendo uma série de documentos específicos exigidos pela legislação (que geram transparência para os credores); (ii) preenchidos os pressupostos legais, com intervenção do Ministério Público³, o juízo defere o processamento da recuperação, atraindo assim uma série de efeitos materiais e processuais integrantes do chamado regime jurídico de recuperação de empresas; (iii) o juízo e seus auxiliares dimensionam e consolidam *processualmente* o passivo; (iv) o devedor apresenta em juízo um plano de superação da crise, inclusive com a reestruturação do passivo; (v) o plano é apresentado aos credores organizados em classes mais ou menos homogêneas⁴; (vi) o devedor e credores negociam *coletivamente* o plano com as classes; (vii) havendo aprovação coletiva do plano nas diferentes classes, o juízo avalia a regularidade formal e legalidade do plano, homologando-o, o que resulta na novação de todos os créditos; e, (viii) há a efetivação do plano sob a fiscalização do juízo e de seus auxiliares.

Diante de tais premissas, é possível conceber o regime de recuperação judicial como *um regime jurídico voltado a encerrar a crise e preservar a empresa*; isto é, a lei estabelece uma série de efeitos jurídicos voltados a viabilizar - no mundo dos fatos - o reerguimento da sociedade em crise e, conseqüentemente, o reestabelecimento da atividade empresarial (empresa) e benefícios econômicos e sociais daí resultantes.

Como visto, a apresentação de pedido de recuperação judicial e o ulterior deferimento do processamento respectivo trazem uma série de conseqüências sobre as situações jurídicas de direito material e processual do empresário, bem como de todos aqueles que com ele mantenham relações em geral⁵.

² “O instituto da recuperação judicial, normatizado pela Lei nº 11.101/2005 (LRF), tem por finalidade alcançar o soerguimento da empresa economicamente viável em situação de crise econômico-financeira passageira, por meio de um regime jurídico especial de benefícios e de um plano de reorganização da empresa.” (MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. São Paulo: RT, jan., 2014, v. 63, versão eletrônica)

³ A intervenção como fiscal da ordem jurídica no processo de recuperação judicial não se confunde com a necessidade de obrigatória intervenção em outros processos em que figure como parte empresa já em recuperação judicial: STJ, 3ª T., REsp n. 1.536.550/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 08/05/2018, DJe 11/05/2018.

⁴ Para críticas às classes de credores, conferir: SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nº 138, p. 53-70, São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2005.

⁵ Sob a perspectiva penal, por exemplo, o processamento do pedido de recuperação atrai um regime jurídico punitivo diverso daquele comumente aplicado ao empresário, inclusive com fatos típicos específicos. Do ponto de vista tributário, por sua vez, a recuperação judicial (embora não afete diretamente a obrigação tributária) abre possibilidades de parcelamento inacessíveis aos demais empresários (art. 68, da Lei nº 11.101/2005); de mais a mais, e embora o crédito tributário não seja diretamente afetado, o pedido de recuperação judicial desloca para o juízo da recuperação a competência para concretização da responsabilidade patrimonial. Nessa mesma linha (de trazer meios para reestabelecimento da atividade), a lei estabelece que o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial leva à suspensão da exigibilidade dos créditos submetidos à recuperação pelo prazo de cento e oitenta dias (*stay period*); trata-se, pois, de ferramenta que visa impedir que a reestruturação da empresa seja inviabilizada pelo

Os efeitos traçados pelo referido regime jurídico são variados e não é objetivo do presente trabalho fazer uma análise exauriente de cada um deles. No que aqui importa, contudo, cabe chamar atenção para a seguinte particularidade do regime em questão: observados certos limites, o processamento da recuperação judicial garante ao devedor a possibilidade de apresentar uma proposta de reestruturação de sua atividade (e de seus créditos) e negociar coletivamente a aludida proposição (e não individualmente com cada credor), obtendo-se, ao final, a vinculação de quase todos os credores ao resultado de tal negociação.

Tal modelo tem uma razão de ser.

Como os credores possuem interesses potencialmente desalinhados (e não necessariamente comprometidos com a preservação da atividade empresarial), o regime passa a pressupor tal desalinhamento e, conseqüentemente, um custo elevadíssimo para obtenção do consenso. Justamente por isso, e como se reconhece na empresa viável um genuíno valor a ser protegido, o ordenamento institui órgãos de credores (participativos, mas com vontades tecnicamente segregáveis das de seus integrantes) com legitimidade para avaliar e aprovar plano de reestruturação, inclusive eventualmente em desacordo com parte dos respectivos integrantes⁶; por outro lado, o referido regime outorga ao órgão julgador o poder de homologar o resultado de tais proposições, obtendo-se, assim, a integração da vontade e correlata vinculação dos credores, individualmente, ao referido plano.

Eventuais sacrifícios impostos aos credores dissidentes e/ou terceiros se justificam à luz do benefício decorrente da preservação da empresa, bem como pelo afastamento de prejuízo maior representado pelo encerramento da atividade. Além disso, a referida solução estaria legitimada pela aprovação do plano em procedimento assemblear permeado por ampla transparência, possibilidade de debate plural⁷, bem como fiscalização e integração da vontade por órgão judicial.

3. Aspectos processuais da recuperação judicial

A aplicação do regime jurídico de recuperação judicial pressupõe um processo; isto é, os efeitos previstos em lei só têm início caso o devedor postule judicialmente a recuperação⁸. O referido regime jurídico⁹, por sua vez, delinea aspectos de natureza material e processual do instituto, uma vez que a reestruturação da atividade e das

andamento de eventuais ações e execuções aforadas contra o devedor, garantindo-se, assim, o tempo necessário à criação negocial de meios normativos de recuperação da sociedade.

⁶ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107.

⁷ SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2005, n. 138, p. 53-70.

⁸ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

⁹ Sobre o conceito de regime jurídico, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 62.

diferentes relações jurídicas materiais a ela atreladas pressupõe que o devedor peça em juízo: (i) a mudança de seu estado jurídico e conseqüente aplicação de tal regime; e, (ii) as conseqüências jurídicas necessárias à recuperação ou à manutenção da empresa, o que ocorre por meio da aprovação e homologação de plano de recuperação. Logo, é possível pensar em duas faces conceituais jurídico-positivas de recuperação judicial: (i) uma de natureza material (pertencente à Ciência do Direito Empresarial) e (ii) outra de natureza processual (pertencente à Ciência do Direito Processual Civil)¹⁰⁻¹¹.

Trata-se de instituto de natureza mista, eis que, embora somente apareça especificamente no processo, é integrado “por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material”, dizendo respeito à “própria vida dos sujeitos entre si e com os bens da vida”¹². Ou seja, é um instituto de direito material que se opera em juízo, demandando, portanto, um regramento de como proceder¹³⁻¹⁴.

Os arts. 58 e 59 da Lei nº 11.101/2005 estabelecem que, em havendo a aprovação (ou não impugnação) do plano de recuperação judicial e o atendimento às demais exigências legais, o juiz o homologará e “concederá a recuperação judicial”.

O que exatamente se concede?

O exercício da empresa está atrelado a um feixe vastíssimo de situações jurídicas materiais. Para desempenhar sua atividade, o empresário estabelece relações jurídicas de natureza civil, trabalhista, administrativa, empresarial, processual, entre outras. O regime jurídico de recuperação judicial, como já destacado, estabelece métodos de reestruturação das aludidas relações jurídicas com o fim precípuo de preservar a atividade empresarial, prevendo, notadamente, um modelo particular de renegociação coletiva de créditos com potencial eficácia de novação creditícia (art. 59, §1º, da Lei nº 11.101/2005).

Ao homologar o plano e “conceder a recuperação judicial”, o órgão julgador chancela justamente o ato que planifica juridicamente a reestruturação da atividade por meio da renegociação de créditos e outras medidas, interferindo, assim, na esfera jurídica de todos aqueles que estão legalmente sujeitos ao referido instituto¹⁵.

Em sentido material, portanto, a recuperação judicial é justamente o conjunto de efeitos materiais decorrentes do processamento e homologação de plano aprovado coletivamente (ou não objetado), resultando, inclusive, (i) em novas obrigações para o próprio devedor/empresário; (ii) vinculação de eventuais credores dissidentes “à

¹⁰ Sobre o conceito de Ciência do Direito Processual, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 77-80.

¹¹ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 62.

¹³ BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 176.

¹⁴ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

¹⁵ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

decisão judicial respaldada na maioria dos credores¹⁶; e, (iii) finalmente, mudança do estado jurídico do devedor, que passa a ser visto como sociedade empresária com recuperação judicial deferida, sujeitando-se, portanto, durante o prazo de dois anos, a uma fiscalização judicial do cumprimento das obrigações assumidas.

Mas há também o sentido processual do instituto.

O termo processo pode ser compreendido ao menos de três formas diferentes (não excludentes entre si)¹⁷: numa primeira perspectiva, tem-se o processo como uma espécie de ato jurídico complexo materializado no procedimento; isto é, um conjunto encadeado de atos condicionados sucessivamente e que resultam num ato final¹⁸; por outro lado, é possível pensar o processo como método de produção de normas jurídicas, vale dizer, como uma forma de controle da expressão do poder, seja ele judicial, administrativo, legislativo e/ou negocial; por fim, é possível imaginar o processo como relação jurídica, isto é, um efeito jurídico. Nessa última perspectiva, o processo é visto como uma série de relações jurídicas sucessivas e imbricadas, podendo-se afirmar, por metonímia, que esse feixe de efeitos constitui uma única relação jurídica complexa (a relação jurídica processual)¹⁹.

A recuperação judicial também é um processo.

A aplicação do regime jurídico de reestruturação da empresa se desenvolve em juízo mediante uma sucessão de atos jurídicos que, juntos, dão forma a um ato complexo voltado aos seguintes fins: (i) verificação e habilitação dos débitos que consubstanciam a crise econômico-financeira afirmada (art. 7º e ss. da Lei nº 11.101/2005); e, (ii) reestruturação da atividade empresarial por meio da criação e implementação de normas jurídicas entabuladas para afastar a crise econômico-financeira, cuja vinculatividade para os credores exsurge do exercício de jurisdição.

Em tal contexto, tem-se que o pedido de recuperação judicial (ato jurídico postulatório) dá origem a um complexo de relações jurídicas integradas por: órgão julgador, devedor, credores, administrador judicial, órgãos representativos dos credores e outros auxiliares do juízo, admitindo-se ainda a participação dos credores no processo. Em outras palavras, o ato de postular a incidência do regime jurídico de recuperação judicial faz com que surjam novas relações entre os diferentes sujeitos (relações processuais), sendo certo que as referidas relações jurídicas não se confundem

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 246.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 36.

¹⁸ Para melhor compreensão do tema, conferir as seguintes obras: (i) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155; e, (ii) PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82-87.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 36-40; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a eoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 68-75.

com os vínculos de direito material travados entre o devedor e os diversos sujeitos que orbitam ao seu redor²⁰.

A natureza do processo de recuperação, por sua vez, é de difícil delimitação²¹. Numa primeira vertente, tem-se que o processo de recuperação judicial envolve a quantificação e classificação de todos os créditos submetidos aos respectivos efeitos (verificação e habilitação de créditos). A formação do quadro de credores abarca atividade administrativa — desenvolvida perante o administrador judicial — e ulterior atividade jurisdicional de análise e resolução das dissidências quanto ao valor e natureza dos créditos. É certo, aliás, que essa definição dos créditos serve também à própria liquidação do plano posteriormente aprovado; isto porque as normas obrigacionais de pagamento dos credores serão integradas a partir da definição do valor original dos créditos, o que cabe ao juiz numa segunda etapa da atividade de verificação de créditos.

Por outro lado, tem-se que o órgão julgador é chamado a decidir incidentalmente sobre diversos aspectos da reestruturação da sociedade, concedendo, inclusive, provimentos voltados a manter viva a possibilidade de manutenção do resultado útil do processo. São exemplos disso: (i) a necessidade de autorização judicial para venda de bem integrante do ativo permanente; (ii) provimentos voltados a suspender os protestos de títulos que consubstanciem créditos submetidos ao regime de recuperação judicial; (iii) discussão de cláusulas contratuais que tornem inócua a própria recuperação judicial, como a que estabelece a recuperação judicial como causa de resolução e/ou a que estabelece a chamada trava bancária — cessão fiduciária de recebíveis; e, (iv) pedidos de dispensa de certidões para fins de participação em processos licitatórios.

Finalmente, há uma vertente de processo negocial, que vem a ser justamente o que há de mais peculiar – e principal – no processo de recuperação²². Nesta etapa, vislumbra-se na recuperação um processo de negociação desenvolvido sob a fiscalização do juízo (processo negocial). Na etapa final de tal caminho, contudo, há a integração entre processo negocial e jurisdicional: o órgão julgador avalia a legalidade das normas negociadas, bem como do processo de negociação, outorgando o ato final de jurisdição, que vem a ser a decisão homologatória (ou não) do plano discutido. Ou seja, estando preenchidos os pressupostos legais, outorga-se jurisdição tão somente para integrar o resultado do processo negocial (homologar o plano de recuperação proposto).

²⁰ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

²¹ Sofia Temer identificou tal dificuldade, inclusive lembrando que a doutrina especializada tem diversas concepções a respeito. (TEMER, Sofia. *Participação no processo judicial: Arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Antônio do Passo Cabral. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 166).

²² Sobre processos de natureza negocial, conferir: BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

Como se verá, é justamente este último que aproxima a recuperação judicial da jurisdição voluntária.

4. A jurisdição voluntária

A jurisdição voluntária é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Busca-se, do Poder Judiciário, a integração da vontade para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante o Estado-juiz, que o faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado.

Por isso, diz-se que a jurisdição voluntária não é voluntária: não há opção. Se tais atos da vida privada só podem ser exercidos por meio da jurisdição voluntária, de voluntária ela nada tem.²³

À jurisdição voluntária aplicam-se as garantias fundamentais do processo, necessárias à sobrevivência do Estado de Direito²⁴, bem como todas as garantias da magistratura, asseguradas constitucionalmente.

Em relação aos poderes processuais do magistrado no âmbito da jurisdição voluntária, a doutrina aponta uma característica especialmente interessante para a presente abordagem: a possibilidade de decisão fundada em equidade. De acordo com o par. ún. do art. 723 do CPC, pode o órgão jurisdicional, na jurisdição voluntária, não observar a legalidade estrita, decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. O enunciado é velho (consta do texto originário do CPC-1973) e foi criado para conferir ao órgão jurisdicional uma maior margem de discricionariedade, tanto na condução do processo quanto na prolação da decisão em jurisdição voluntária²⁵. Permite-se, pois, uma espécie de juízo de equidade na jurisdição voluntária.

A regra parece dizer o que já se sabe: que a jurisdição não é uma atividade de mera reprodução do texto da lei, há criatividade judicial, notadamente por conta

²³ Leonardo Greco lembra, porém, que há situações em que a parte se dirige ao Poder Judiciário para obter uma autorização/aprovação, que não era obrigatória; em outros casos, a lei apenas permite, não impõe, a intervenção judicial, como nos casos da notificação judicial e da homologação de divórcio consensual sem filhos menores; há casos, ainda, em que o pedido sequer estava previsto, como na hipótese de um médico pedir a autorização para realizar cirurgia de emergência em uma Testemunha de Jeová. (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 12). Em relação a esses casos não previstos, o autor os considera como de jurisdição contenciosa (p. 42).

²⁴ GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 31.

²⁵ Admitindo apenas a discricionariedade na decisão, mas não na condução do processo, STJ, REsp n. 623.047-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi: "Não se hesita em aplicar o art. 1109 do CPC nas ações de jurisdição voluntária típicas quando se reputar mais conveniente ou oportuna. Todavia, intangíveis são as regras processuais que cuidam do direito de defesa da parte requerida, especialmente quando se trata de ação de interdição, de caráter indisponível e que privará o interditando da administração da sua vida. Ademais, o disposto no referido artigo é direcionado a modificação das regras para decidir o processo, isto é, permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade, que nada mais é do que a solução mais adequada à situação concreta, mesmo que haja regra legal aplicável à situação. Este é o limite da afirmação legal de que o juiz não está vinculado à legalidade estrita. Assim, não se extrai do art. 1.109 do CPC autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parte requerida". O correspondente ao art. 1.109 do CPC-

da abertura própria dos princípios e, sobretudo, pelo dever de observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que exigem do órgão jurisdicional a atenção redobrada na produção da justiça do caso concreto²⁶. Essa decisão deve ser fundamentada nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC²⁷. Como corretamente percebeu Fernando Gajardoni, o par. ún. do art. 723 do CPC (o autor referia-se ao art. 1.109 do CPC-1973, de conteúdo idêntico) estabelece uma regra geral de flexibilização procedimental, permitindo ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento da jurisdição voluntária às peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, a não realização de determinado ato que, no caso concreto, se revela desnecessário, como o interrogatório do interditando que se encontra em coma.²⁸

Quanto à natureza da referida atividade judicial, é tradicional na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Síntese deste pensamento é a concepção de Frederico Marques²⁹, para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária.

Essa construção doutrinária é um tanto tautológica.

Parte-se da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem

1973 é o par. ún. do art. 723 do CPC. Nesta linha, com expressa referência a esse julgado, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 936. Os autores admitem, porém, a “conformação do formalismo processual” se houver respeito ao contraditório e concordância de todos os interessados com a adequação do processo proposta pelo órgão jurisdicional. Também não vendo o dispositivo como autorizante de adequação jurisdicional do processo, OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial – a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

²⁶ “Há divergência sobre o alcance do disposto no parágrafo único do art. 923, CPC, isto é, discute-se se a não observância da legalidade estrita se refere ao direito processual, ao direito material ou a ambos. Se se entender que se limita a questões processuais, a regra será de pouca utilidade, já que o CPC permite flexibilização processual em diversas passagens, de modo que o citado dispositivo somente reforçaria uma orientação clara do Código. Já em relação ao direito material, efetivamente a história da jurisdição voluntária revela avanços e conquistas por meio do afastamento da legalidade estrita para a consecução da finalidade do procedimento, como o deferimento de guardas ou curatelas compartilhadas, quando não havia previsão legal nesse sentido, ou a alteração de nome de transexuais, por exemplo. É bem verdade que também nesse abrandamento da legalidade vem seguindo a denominada jurisdição contenciosa, com base em variadas teorias, como neoconstitucionalismo, derrotabilidade da lei, utilização heterodoxa da mutação constitucional etc., fazendo com que esse parágrafo único não seja exatamente uma peculiaridade da jurisdição voluntária” (GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV, p. 90-91).

²⁷ Nesse sentido, o enunciado 640 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O disposto no parágrafo único do art. 723 não exige o juiz de observar o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 489”.

²⁸ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145-147.

²⁹ *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 65. No sentido de ser atividade administrativa: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 22-28; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 53-56; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47-48; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 240.

de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão. Além disso, diz-se não haveria atuação de direito preexistente no caso concreto, mas só constituição de situações jurídicas novas, com a integração do acordo de vontade das partes, de forma a permitir que produza regulares efeitos jurídicos.

Há uma segunda corrente, que confere à jurisdição voluntária a natureza de atividade jurisdicional. Embora aparentemente minoritária, trata-se de linha doutrinária que vem amalhando adeptos há anos,³⁰ e que tem como representantes Calmon de Passos, Ovídio Baptista e Leonardo Greco. Os seus argumentos são contrapontos aos argumentos da outra corrente.

Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária *não pressupõe lide*, a lide não precisa vir afirmada na petição inicial. Pouco importa, por exemplo, que o confinante aceite a retificação do registro imobiliário – e há inúmeros casos em que é realmente isso o que acontece.

Os casos de jurisdição voluntária são *potencialmente conflituosos* e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, é verdade, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São frequentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado. Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia.³¹

Em segundo lugar, para Giovanni Verde,³² a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juízes³³ – juízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última

³⁰ No sentido de ser a jurisdição voluntária uma atividade jurisdicional: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v.1, p. 75-78; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil anotado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 939; MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Cóisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 343; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146-152; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, s/n, p. 97. Apreciação crítica da discussão em GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil*: dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV, p. 33-47, em que o autor defende a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária.

³¹ Arremata Leonardo Greco: “Ocorre que a função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Também tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, é função tipicamente jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e impessoalidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 18.)

³² *Profili del Processo Civile*. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 35.

³³ GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 19.

instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal³⁴. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido.

Em terceiro lugar, processo é categoria que pertence à Teoria Geral do Direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo, negocial e jurisdicional. Assim, aqueles que defendem a natureza administrativa da jurisdição voluntária não podem, por coerência, negar a existência de um processo, ainda que processo administrativo. A jurisdição voluntária se exerce por meio das formas processuais (petição inicial; sentença; apelação etc.), além do que não seria razoável defender-se a inexistência de relação jurídica entre os interessados e o juiz. Devem estar presentes todos os pressupostos processuais.³⁵ É procedimento em contraditório – garantido pela Constituição tanto para o processo jurisdicional como para o administrativo. O pensamento tradicional baseava-se em Constituições passadas, que não garantiam o contraditório nos processos administrativos.

Em quarto lugar, na jurisdição voluntária, o juiz atua para atender interesse privado, como terceiro imparcial. Enquanto a jurisdição voluntária é exercida por autoridade imparcial e desinteressada, a administração age no seu próprio interesse, no interesse do Estado, no interesse da coletividade como um todo, e não no interesse dos particulares que figuram como destinatários diretos da sua atuação.³⁶

Em quinto lugar, se há processo e jurisdição, há ação, denominada por Pontes de Miranda de ação de jurisdição voluntária.

Em sexto lugar, não se pode dizer que não há partes. Não se devem confundir noções de parte em sentido substancial, que é a parte do litígio, com parte em sentido processual, que é o sujeito parcial da relação jurídica processual³⁷. A partir do momento em que o processo surge, a situação jurídica dos postulantes e dos interessados se altera, assumindo o *status* jurídico de parte, com todos os direitos e deveres dela decorrentes. Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer comezinha distinção dogmática.

Em sétimo lugar, há atuação do Direito no caso; afinal, a decisão judicial é construída com base na interpretação do quanto disposto no ordenamento jurídico à luz das circunstâncias do caso concreto, o que também ocorre na decisão de natureza

³⁴ Há, assim, substitutividade, pois substitui-se a vontade das partes pela solução do juiz (que pode ser, inclusive, no sentido da improcedência), que intervém para assegurar a tutela de um interesse a que ele se mantém estranho, como terceiro imparcial e mantendo sua independência.

³⁵ GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 44-45.

³⁶ GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, cit., p. 22.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2009, p. 252 e 253.

constitutiva (constituição de situações jurídicas novas) na jurisdição contenciosa (ex.: decretação de nulidade de contrato)³⁸.

Por fim, a questão da coisa julgada.

A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, § 1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material.

O processo de homologação de acordo extrajudicial afasta qualquer dúvida remanescente. É possível pedir a homologação de *qualquer* acordo extrajudicial ao juízo competente – inclusive em matéria trabalhista (arts. 855-B a 855-E, CLT). O procedimento para homologação do acordo extrajudicial é de jurisdição voluntária (art. 725, VIII, CPC). Uma vez homologado, este acordo torna-se *título executivo judicial* (art. 515, III, CPC). O acordo extrajudicial *não* homologado judicialmente, por sua vez, pode ser considerado um *título executivo extrajudicial*, preenchidos os demais pressupostos do inciso III do art. 784 do CPC.

Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico.

A execução de título *judicial* não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, § 1º, CPC, quase todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (art. 917 do CPC).

Qual o fundamento para a diferença do tratamento?

A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio jurídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.

5. A recuperação judicial como jurisdição voluntária

Como visto, o processo de recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a criação e implementação de um plano de reestruturação da atividade empresarial voltado a garantir a respectiva manutenção. O plano de recuperação judicial envolve o agrupamento de diversos meios de soerguimento da empresa num único instrumento normativo. A escolha desses meios, por sua vez, é feita de modo voluntário, cabendo ao devedor e aos próprios credores a *propositura* de meios típicos e atípicos para esse

³⁸ Há que se reconhecer que “o juiz, na jurisdição voluntária, é incontestavelmente chamado para dar proteção aos direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 143).

propósito. Bem pensadas as coisas, tem-se que a estipulação de tais meios representa a escolha de efeitos jurídicos, os quais atingirão tanto a esfera jurídica do devedor quanto dos credores e demais sujeitos de direito que orbitem em torno da empresa.

Há, portanto, a livre escolha dos efeitos jurídicos voltados à recuperação da empresa no mundo dos fatos. Nesse contexto, é possível concluir pela caracterização do plano de recuperação judicial como negócio jurídico voltado a obter, por meio do autorregramento da vontade, efeitos jurídicos aptos a viabilizar a preservação da atividade empresarial, encerrando-se ou evitando-se, deste modo, a crise econômico-financeira alegada na petição inicial.

É importante lançar luzes sobre a seguinte circunstância: embora os efeitos jurídicos previstos no plano de recuperação judicial atinjam as esferas jurídicas de diversos sujeitos de direito (credores, devedor e grupos envolvidos), a manifestação de vontade que resulta em tais efeitos é exercida coletivamente (e não por meio da manifestação de cada um dos afetados); isto é, o suporte fático abstrato prevê que o regramento será emanado de uma deliberação tomada pela assembleia geral de credores, tendo-se por única a vontade expressada pelos diversos credores³⁹. Assim:

Conforme disposições dos regimes de reorganização em geral, pelo princípio da maioria, interesses tipicamente individuais são “organizados” para que, da soma de manifestações se possa derivar um único resultado de natureza jurídica comum: a deliberação pela aprovação ou rejeição do plano. Esta, por sua vez, não representa a “vontade dos credores”, mas a consequência jurídica da manifestação de vontade dos credores através do voto. Como bem expressou von Gierke, o princípio da maioria só se legitima dentro do órgão, e desde que satisfeitos os pressupostos de deliberação através do método assemblear, tais como prévia convocação com local, hora e matéria a ser deliberada bem definidos; disponibilização tempestiva das informações necessárias a que cada participante possa livre e conscientemente manifestar-se durante o conclave; tomada formal e regular de votos de todos os presentes; proclamação oficial da deliberação etc.⁴⁰

³⁹ “A situação se transforma com a instauração de um dos regimes de crise: com eles, impõe-se o concurso de credores e o princípio da igualdade (*par conditio creditorum*). Os credores passam a exercer seus direitos coletivamente e decisões majoritárias podem ser impostas à minoria. Essa situação deriva da lei, não de um ato voluntário de sujeição dos credores. Trata-se de uma conjuntura imposta pela insuficiência patrimonial presumida do devedor. Explica-se: nos procedimentos concursais, a mencionada insuficiência patrimonial do devedor gera uma espécie de ‘coligação de interesses’ ou ‘comunhão de interesses’. Trata-se de circunstância excepcional, na qual todos os credores possuem interesse no recebimento de seus créditos, mas se encontram inseridos em uma situação de dupla sujeição, que se caracteriza pelo fato de que: (i) a satisfação de seus créditos está submetida aos ditames da LREF e (ii) subordinada ao princípio majoritário” (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 183).

⁴⁰ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias

Essa forma de expressão da vontade, por sua vez, é imposta pelo próprio regime da recuperação judicial; isto é, a lei parte da premissa de que a multiplicidade e diversidade de interesses inviabilizariam um consenso; por tais motivos, organiza e qualifica os credores de forma “a obter um foro único de decisão majoritária”, criando chances reais de aprovação⁴¹⁻⁴².

Nesse sentido, tem-se que o plano de recuperação judicial é um negócio jurídico coletivo, nos termos de Pontes de Miranda⁴³, eis que influi *sobre as esferas jurídicas individuais* sem que haja unanimidade na formação da vontade⁴⁴. O fato de haver vontade coletiva e afetação de esfera de sujeitos que não concorreram diretamente com a vontade representa exceção legal ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas. De acordo com tal princípio, a eficácia do negócio jurídico é “limitada à esfera jurídica de quem o praticou⁴⁵”. Essa exceção, contudo, é legitimada pelo procedimento assemblear fiscalizado judicialmente, bem como pelo benefício advindo da recuperação da empresa e reestabelecimento da atividade empresarial (objetivo final)⁴⁶.

(Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110.

⁴¹ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 107.

⁴² “É a preservação da empresa e a certeza de que a liberdade de tutela individual de cada critério inviabilizaria por completo que fundamenta a submissão compulsória dos credores à recuperação judicial à deliberação e os submeterá à decisão da maioria, não há mais que se avaliar os votos de cada credor à luz do princípio da preservação da empresa ou de um suposto interesse comum da coletividade de credores.” (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110-111).

⁴³ De acordo com Pontes de Miranda, o ato jurídico coletivo é aquele resultante de suporte fático abstrato que tem como única diferentes vontades externadas em um colegiado; ou seja, embora haja no mundo dos fatos uma pluripessoalidade, a norma estabelece o tratamento das vontades como um todo unitário. É o caso, por exemplo, da deliberação tomada em assembleia geral de uma sociedade anônima, situação que, embora decorrente da participação de diversos sujeitos, é vista como manifestação de vontade única e voltada a um determinado objetivo. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo II: parte geral, bens e fatos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 201).

⁴⁴ BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 197.

⁴⁶ “A relação entre os credores na Recuperação Judicial não constitui um contrato plurilateral (nem antes da aprovação do plano, nem depois). Aliás, diga-se, não há relação contratual entre os credores pelo menos até a aprovação do plano. Diferentemente do caso da sociedade – em que o indivíduo se investe do status de sócio por conta de uma manifestação de vontade pela qual, ainda que implicitamente, admite a sujeição do seu interesse, em certa medida, ao interesse da maioria, ninguém assume a posição de credor renunciando sabidamente parte de seus direitos subjetivos pelo bem maior que é a preservação do devedor como empresa. É a lei – e não sua vontade individualmente manifestada – que coloca os credores em situação de comunhão e lhes confere poder de decisão acerca do plano, como contraponto da prerrogativa do devedor de propor um plano nas condições previstas na LRF.” SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.) *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 110.

Como visto, a jurisdição voluntária é atividade estatal de fiscalização e integração da vontade negocial, sendo que a vinculação das diversas esferas jurídicas envolvidas se obtém, exclusivamente, mediante homologação do plano de recuperação judicial por órgão investido de jurisdição; isto é, postula-se em juízo um efeito jurídico que não se poderia alcançar com a simples vontade. O processo de recuperação judicial, por sua vez, envolve: (i) a atuação do Poder Judiciário no sentido de fiscalizar uma formação de vontade negocial por órgãos representativos de interesses dos credores; e (ii) a integração de tal vontade negocial, que se dá mediante homologação do plano de recuperação e formação de um título judicial (art. 59, §1º, do CPC). Os efeitos da homologação de plano de recuperação judicial só se produzem em juízo; vale dizer, a possibilidade de negociação coletiva e de vinculação de toda a massa de credores ao pactuado é efeito que só pode ser obtida mediante ato de jurisdição.

É possível, portanto, pensar o tronco principal do processo de recuperação judicial como exercício de jurisdição voluntária, o que se justifica pelos seguintes argumentos: (i) embora haja um litígio potencial, a afirmação de conflito não é aspecto essencial (afirma-se somente a existência de uma crise); neste sentido, inclusive, a lei só impõe a realização de assembleia de credores caso haja objeção ao plano de recuperação (art. 56, *caput*, da Lei nº 11.101/05); (ii) ao ajuizar um pedido de recuperação judicial, busca-se, como já destacado, a produção de determinados efeitos jurídicos que não poderiam ser obtidos mediante simples manifestação da vontade; (iii) a integração da vontade pressupõe o atendimento a determinados requisitos expressamente previstos em lei; e (iv) há atividade judicial de fiscalização e integração da vontade dos envolvidos (homologação no plano).

Ou seja, os principais elementos trazidos pela doutrina para caracterizar a jurisdição voluntária – acima sintetizados – estão presentes, preponderantemente, na recuperação judicial, uma vez que o órgão julgador concorre com “o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou eficácia de um ato da vida privada” (o plano de recuperação judicial), bem como para a criação/alteração de situações jurídicas⁴⁷.

Embora não diga expressamente que a recuperação judicial pode ser concebida como jurisdição voluntária, Alberto Camiña Moreira chega a afirmar o seguinte:

(...) um bom exemplo de atividade jurisdicional sem conflito é o da jurisdição voluntária. A atividade administrativa também é desempenhada pelo Poder Judiciário, como ocorre com a fiscalização de cartório de registro públicos.

É lícita a concepção de atividade jurisdicional para que as pessoas envolvidas em relação de débito-crédito cheguem a

⁴⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: introdução ao Direito Processual Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79.

uma composição, sem que o juiz seja chamado a se pronunciar autoritativamente. A atipicidade da atividade jurisdicional admite plenamente esse tipo de técnica concebida para a superação de conflitos, no caso, conflitos na relação débito-crédito.

O pronunciamento judicial, seja na hipótese de aceitação do plano, seja na hipótese de rejeição do plano, é meramente homologatório e disso não deixa dúvida o disposto no art. 59, § 1º: “A decisão judicial que conceder a recuperação judicial, nos termos do art. 584, III, do Código de Processo Civil”, que, por sua vez, é bom que se transcreva, diz ser título executivo: “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo”.

Não há, pois, decididamente, julgamento do plano de recuperação judicial, como não há julgamento da separação consensual de um casal; a atividade jurisdicional é a de homologação da vontade dos credores e do devedor⁴⁸.

Na prática, portanto, o processo de recuperação judicial tem por fim último a homologação de um negócio jurídico de natureza coletiva, na linha do pensamento de Pontes de Miranda, o que torna o referido ato jurídico estável e vinculativo para todos os titulares de crédito submetidos legalmente aos efeitos gerais da recuperação judicial. Nesse contexto, é possível concluir que o tronco principal do processo de recuperação judicial envolve exercício de jurisdição voluntária, que, repita-se, é voltado a viabilizar a negociação coletiva de interesses individuais, bem como tornar vinculante o produto daí advindo: o plano de recuperação judicial (negócio jurídico).

Dúvidas: e o regime de despesas processuais na recuperação? O art. 88 ajuda em algo? E o 215, I?

6. Alguns desdobramentos práticos

6.1. A aplicação do art. 723, parágrafo único, do CPC, e a criatividade judicial

Como visto, o art. 723, parágrafo único, do CPC, permite que, no âmbito da jurisdição voluntária, o órgão judicial se afaste de critérios de legalidade estrita e decida com base em “equidade”; isto é, que dirija e julgue o processo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abre-se ao órgão judicial, portanto, uma

⁴⁸ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 251-252.

maior margem de discricionariedade, acentuando-se deste modo a já reconhecida função criativa da jurisdição estatal⁴⁹.

A doutrina e jurisprudência nacionais, por sua vez, revelam que o desenvolvimento dos processos de recuperação judicial não se tem norteado por critérios de legalidade estrita, estando amplamente abertos à criatividade judicial.

Especificamente na jurisprudência, cabe lembrar o notório entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de dispensar a exibição de certidões negativas tributárias para concessão da recuperação judicial⁵⁰, isto a despeito de existir disposição legal expressa em sentido diametralmente oposto (art. 57, da Lei nº 11.101/2005⁵¹). Tal exigência foi afastada à luz da percepção de que o princípio da preservação da empresa deve servir como norte para a condução do processo de recuperação judicial, sobrepondo-se, neste caso, à exigência.

Outro exemplo de criatividade envolve a prorrogação, por decisão judicial, do chamado *stay period* (suspensão automática de processos por um prazo). Embora o art. 6º, §4º, Lei nº 11.101/2005 estabeleça expressamente que o prazo de suspensão das ações é *improrrogável*, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência favorável à sua renovação, desde que se comprove que o atraso no andamento do pedido de recuperação judicial *não* decorreu de omissão do devedor. O fundamento, de igual modo, é o princípio da preservação da empresa⁵².

Finalmente, cabe lembrar da relativização judicial do *quórum* alternativo para aprovação do plano de recuperação judicial (*cram down*): há caso em que, embora não atingido o *quórum* alternativo previsto no art. 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005, se homologa excepcionalmente o plano de recuperação judicial, isto sob a justificativa de que a atuação do juízo não está limitada aos limites literais da lei e que há de prevalecer o princípio da preservação da empresa⁵³.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 225-226.

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp 1187404/MT, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013.

⁵¹ “Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

⁵² Nesse sentido, conferir: “É assente a orientação jurisprudencial da Segunda Seção desta Corte no sentido de admitir a prorrogação do prazo de que trata o artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), o qual determina a suspensão do curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, consoante as peculiaridades do caso concreto.” Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma (AgInt no AREsp 1356729/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 07/10/2019, DJe 11/10/2019).

⁵³ “A questão principal está em definir se, para fins de aprovação do plano de recuperação pelo magistrado, nos termos do art. 58, § 1º, da LREF, pode haver mitigação de algum dos requisitos da norma, especialmente porque, no caso, houve aprovação do plano apenas por um terço dos credores com garantia real.” (...) 6. Na hipótese ora em exame, tanto o magistrado de piso como o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecerem o não preenchimento, de forma integral, dos requisitos definidos na norma para fins do *cram down* - mais precisamente do inciso III do § 1º do art. 58 da LREF -, ambos entenderam pela possibilidade de concessão da recuperação judicial. (...) De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve-se sobrepôr aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de

A doutrina também percebeu o aspecto criativo da jurisdição prestada no âmbito da recuperação judicial, deixando claro que tal modalidade de processo é aberta a uma atuação mais *ativa* do órgão judicial. De acordo com o entendimento corrente, o órgão julgador deve adaptar o desenvolvimento do processo ao caso concreto⁵⁴; isto é, fugir à “singela leitura dos artigos de lei⁵⁵” e dar vazão a princípios como o da preservação da empresa, que, como visto, é invocado constantemente em razão de afastamento de regras advindas da leitura estrita do texto de lei⁵⁶.

A audiência de gestão democrática do processo é um exemplo de tal percepção doutrinária: embora não conte com qualquer previsão legal, a referida modalidade de audiência vem sendo defendida em doutrina e amplamente utilizada na prática judicial, justamente por representar uma *adaptação* voltada a dar *rápida* vazão à necessidade de participação dos credores e demais sujeitos processuais envolvidos. Na referida audiência, o juiz se vale dos benefícios da oralidade para colher as manifestações de todos os envolvidos. Deste modo, são concentrados num só momento diversos atos que levariam algumas semanas para ocorrer⁵⁷.

A percepção de que a recuperação judicial é também jurisdição voluntária traz a reboque uma noção de maior discricionariedade judicial para presidir e decidir o processo, sobretudo diante do que estabelece o art. 723, parágrafo único, do CPC. Nesse sentido, a conclusão se reflete na própria legitimação/fundamentação do que já vem sendo feito na prática; vale dizer, a adaptação/flexibilização do procedimento e mitigação das regras específicas que tratam do instituto. Em recente decisão, inclusive, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu expressamente que a recuperação

funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano” (Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 1337989/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018).

⁵⁴ Tal dinâmica foi percebida por Manoel Justino Bezerra Filho ao registrar: “Há um outro aspecto preponderante da jurisprudência, que às vezes nem sequer é notado pelo observador menos atento e é aquele que diz respeito ao ‘conserto’ da ‘lei ruim’ pela ‘jurisprudência boa’, bem como a atividade inversa, ou seja, a ‘jurisprudência ruim’ consertada pela ‘lei boa’” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Trava bancária e trava fiscal na recuperação judicial – tendências jurisprudenciais atuais. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 308).

⁵⁵ DEZEM, Renata Moura Maciel Madeira; SCAFF, Ricardo Felício. A recuperação judicial e o ativismo judicial. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo Judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm Quartier Latin, 2019. p. 559.

⁵⁶ Sobre o tema, conferir: “A Lei n. 11.101/05 é terreno fértil para a atuação do juiz, de maneira ativa, seja na aplicação dos dispositivos legais propriamente, seja na adequação do caso concreto ao sistema como um todo, resolvendo questão que não se extraem da singela leitura dos artigos da Lei. Além disso, em muitos casos o fato trazido à apreciação judicial demanda uma análise mais complexa dos institutos legais, como forma de atender aos objetivos da recuperação judicial, conformando os princípios dispostos no artigo 47 e que servem de norte para a atuação judicial. (DEZEM, Renata Moura Maciel Madeira; SCAFF, Ricardo Felício. A recuperação judicial e o ativismo judicial. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo Judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm Quartier Latin, 2019. p. 559).

⁵⁷ COSTA, Daniel Cárnio. Reflexões sobre processo de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 110/111.

judicial é jurisdição voluntária, bem como que este seria o fundamento para se conferir uma maior amplitude à adaptação judicial do procedimento⁵⁸.

Não há, contudo, uma liberdade criativa ampla.

Assim como ocorre na jurisdição voluntária em geral, a abertura do processo aos influxos advindos dos princípios jurídicos impõe ao órgão judicial um dever adicional de fundamentação. Há que se observar, portanto, o que estabelece o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, notadamente o dever de justificar o eventual afastamento de regra que, no caso prático, entre em conflito concreto com a concretização de determinado princípio.

6.2. A organização do processo de recuperação e formação de procedimentos incidentais

Como visto, a recuperação judicial é um processo de considerável complexidade, envolvendo diferentes frentes de atividade jurisdicional. Se numa perspectiva – aqui tida por principal – o órgão judicial cria as condições para uma negociação coletiva - abrangendo a reestruturação da atividade e do passivo a ela vinculado –, há outras temáticas vinculadas a esta primeira atividade, mas que com ela não se confundem: (i) da quantificação dos créditos submetidos à recuperação, bem como sua alocação às diferentes classes de credores; (ii) a decisão sobre a essencialidade – ou não – de determinados bens para a consecução da atividade, bem como a tutela da posse de tais bens; e (iii) a especificação da responsabilidade patrimonial da recuperanda em razão de créditos não submetidos à recuperação judicial (isto é, a realização de penhoras para garantia de tais direitos creditícios).

Esses temas tocam o pedido de recuperação judicial (embora com ele não se confundam), pois influem diretamente sobre a reestruturação do passivo social, bem como da própria atividade empresarial. Por esse motivo, e para evitar decisões conflitantes e desacertos que comprometam o resultado prático do processo, tais questões devem ser decididas pelo mesmo órgão judicial competente para homologar o plano; isto é, paralelamente ao próprio processamento do módulo principal da recuperação judicial.

Ocorre, contudo, que a decisão de tais temas se pode revestir de características muito diferentes daquelas identificadas no módulo principal do processo de recuperação. A discussão sobre a essencialidade de um bem, por exemplo, certamente terá por pressuposto o interesse de determinado credor em desapossar tal bem, o que, por sua vez, justifica a resistência do devedor. Este, por sua vez, requererá do juízo da recuperação provimento judicial que: (i) reconheça a essencialidade do bem;

⁵⁸ Cf. “A recuperação judicial tem natureza jurídica de jurisdição voluntária, modalidade de jurisdição em que se permite ao juízo o abandono das medidas estritas do direito objetivo, autorizando a redefinição de procedimentos e formas para garantir a consecução dos fins últimos do processo (...)” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 10024160579058018 MG, Rel.: Des. Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 03/04/0018, Data de Publicação: 09/04/2018).

e, (ii) conseqüentemente, aplique o art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005 para impedir que o credor desaposse tal bem na pendência do *stay period*. Ou seja, há *litigiosidade desde o início* (não como dado acidental), ao passo que a decisão do órgão judicial não envolverá a integração das vontades envolvidas, mas a outorga forçada do bem da vida a um dos participantes do incidente.

Diante da pluralidade de tipos de atividade jurisdicional desempenhadas sob o “guarda-chuva” do processo de recuperação judicial, há que se ter bastante rigor com a organização dos respectivos atos e com o respectivo encadeamento, sob pena de se comprometer a própria efetividade respectiva. No ponto, é importante que existam critérios para processamento de determinadas questões nos autos principais do referido feito, sob pena de – nos casos mais complexos – verificar-se verdadeiro caos, com autos processuais que podem chegar a centenas de milhares de folhas (e que acabem se tornando ininteligíveis e inefetivos⁵⁹).

A própria legislação de regência se preocupou com algumas situações mais corriqueiras, como no caso dos procedimentos de habilitação e divergência de crédito, que são processados fora dos autos principais e mediante procedimento incidental típico (embora perante o mesmo juízo). Entretanto, a riqueza casuística das situações relacionadas à recuperação judicial – aliada à expansão jurisprudencial da competência do juízo da recuperação – faz com que a legislação seja severamente insuficiente, demandando um tratamento doutrinário que tente imprimir alguma disciplina e organização ao tema. É justamente aqui que a percepção da recuperação judicial como jurisdição voluntária pode ser de grande valia, tanto na organização criativa dos procedimentos já existentes (mediante gestão judicial diferenciada), quanto na própria atividade de reformulação do sistema legislativo de recuperação de empresas.

Como visto, a evolução normal do processo de recuperação judicial *pode* ser desviada/afetada por determinados fatos jurídicos (em sentido lato). É o caso, por exemplo, da ordem de penhora proferida em execução que tenha por objeto crédito não submetido aos efeitos da recuperação judicial. Em tal hipótese, a escassez patrimonial da recuperanda faz com que a especificação da responsabilidade patrimonial afete, simultaneamente, o processo de execução e a atividade desenvolvida no processo de recuperação judicial⁶⁰, pois compromete o acervo patrimonial potencialmente

⁵⁹ Em tal sentido, vale conferir Decisão da 2ª Vara Empresarial de Salvador/BA em que o juízo identificou o problema em questão: “Como já exposto reiteradamente nestes autos e em outros processos de recuperação judicial em trâmite neste Juízo, há que se limitar os pleitos de direito material a serem analisados nos autos de um processo recuperacional. Os prejuízos processuais são muitos, implicando em prejudicar o alcance do quanto preconizado pelo art. 47 da Lei 11.101/2005. O raciocínio é bem simples, em que pese ser de difícil aplicação. Todo pleito incidental que implicar desdobramentos não previstos na lei de Recuperação Judicial e Falências, deve ser aduzido em um processo próprio, a tramitar em autos apensos (ou não, a depender do caso concreto)” (Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2ª Vara Empresarial, processo n. 0507481-75.2019.8.05.0001, Juiz: Benício Mascarenhas, j. em 18/08/2019, publicado em 19/08/2019). Sem entrar no mérito da discussão travada especificamente nos citados autos – que envolve elementos alheios à temática ora discutida –, tem-se que referida decisão revela uma salutar preocupação com a organização do processo de recuperação judicial.

⁶⁰ Esse reflexo foi percebido – na perspectiva subjetiva – por Antônio do Passo Cabral, que afirmou o seguinte sobre os procedimentos concursais: “Certamente é nos procedimentos concursais que vemos a

submetido ao plano de recuperação ali discutido. Na prática, portanto, a especificação da penhora passa a constituir um incidente em relação à execução e à recuperação judicial, pois constitui fato jurídico que influi (recai sobre) ambos os processos⁶¹.

De acordo com a jurisprudência, contudo, a decisão do referido tema cabe ao juízo da recuperação, que tem uma visão geral do patrimônio do devedor e, por tal motivo, está mais bem situado para decidir. É evidente que a decisão sobre tal tema não constitui exercício de jurisdição voluntária; trata-se, pois, de atividade jurisdicional muito diferente daquela ordinariamente travada no processo de recuperação judicial (que é de fiscalização e integração da vontade). Nesse contexto, e considerando ainda a própria possibilidade de multiplicação exponencial do número de ordens de penhora, além das inúmeras questões subjacentes ao tema (avaliação, depósito etc.), nota-se que o processamento de tal incidente no bojo dos autos principais pode comprometer fortemente a efetividade e celeridade do processo de recuperação.

A percepção da recuperação judicial como exercício *preponderante* de jurisdição voluntária faz com que se tenha maior clareza quanto às respectivas características mais salientes e, consequentemente, quanto à necessidade de procedimentos incidentais laterais - com autos apartados - para tratamento de temas que, embora relacionados ao tema principal, demandem resposta jurisdicional diversa daquela prestada preponderantemente no referido processo. Ou seja, questões cujo tratamento exija um certo distanciamento/segregação e especificação procedimental, até para não travancar o procedimento de fiscalização, formação e integração da vontade negocial.

Nesse sentido, e considerando o próprio viés criativo próprio à jurisdição voluntária (art. 723, par. único, do CPC), sugere-se que determinados temas sejam tratados mediante procedimento incidental atípico, que, à míngua de dispositivos legais gerais, deve ser regido pelos arts. 13 a 17 da Lei nº 11.101/2005 (que tratam do procedimento incidental de impugnação judicial de créditos)⁶².

maior quantidade de interesse que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comum. É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de obter a satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela comunhão de uma massa única de bens, à qual só pode acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos' (CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009. p. 21). Também neste sentido, TEMER, Sofia. *Participação no processo judicial: Arranjos subjetivos e modalidades de atuação*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Antônio do Passo Cabral. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020. p. 205.

⁶¹ De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, incidente processual é um fato jurídico superveniente que recai sobre relação processual já existente (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27).

⁶² Em sentido diverso, Marcelo Abelha Rodrigues entende não ser lícita a instauração de procedimento incidental fora de situações expressamente previstas pela legislação; afirma, pois, que o sistema processual pátrio consagrou a tipicidade dos procedimentos incidentais. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 44.) Partindo da premissa que o procedimento comum brasileiro é flexível, não seguimos outra linha; especificamente em relação à recuperação judicial, nosso pensamento fica reforçado pela atipicidade processual garantida pelo art. 723, parágrafo único, do CPC.

De igual modo, e para solucionar a questão de uma vez por todas, sugere-se que eventual reformulação do sistema de recuperação judicial envolva a criação de um procedimento incidental autônomo, próprio ao tratamento de questões que, embora de competência do juízo da recuperação judicial, demandem uma especificação procedimental incompatível com o tratamento nos mesmos autos em que é processada a propositura, votação e eventual homologação do plano de recuperação. Isso sem afastar a possibilidade de essa reformulação decorrer de iniciativa do juiz, no caso concreto, como ato de flexibilização discricionária do procedimento (acima comentada).

7. Conclusão

A recuperação judicial, em seu módulo principal, desenvolve-se por meio de processo de fiscalização e integração da vontade negocial coletiva, não pressupondo a existência prévia de litígio. Ou seja, trata-se de processo voltado a viabilizar a formação e homologação de plano de recuperação judicial.

Consequentemente, é possível entender a recuperação judicial como exercício de jurisdição voluntária, sendo certo que tal conclusão se presta: (i) a justificar a aplicação do art. 723, parágrafo único, do CPC, ao processo de recuperação, explicando, assim, a abertura à criatividade judicial; e (ii) trazer clareza quanto à própria estruturação do processo, facilitando, inclusive, a organização procedimental de eventuais incidentes que demandem resposta jurisdicional que não seja enquadrável como jurisdição voluntária.

Referências

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010.

BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Fredie Didier Jr. Universidade Federal da Bahia, 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Trava bancária e trava fiscal na recuperação judicial – tendências jurisprudenciais atuais. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador, Juspodivm, 2015.

_____. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, nº 404. Rio de Janeiro: Forense, ago., 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2016.

COSTA, Daniel Cárnio. Reflexões sobre processo de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: ELIAS, Luís Vasco (Coord.). *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DEZEM, Renata Moura Maciel Madeira; SCAFF, Ricardo Felício. A recuperação judicial e o ativismo judicial. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). *Ativismo Judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm Quartier Latin, 2019.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2009.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, s/n.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil anotado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial: exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*. vol. 63, versão eletrônica, São Paulo: RT, jan., 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo II*: parte geral, bens e fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial – a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência*: teoria e prática na Lei nº 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (Coord.). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. nº 138, p. 53-70, São Paulo: Malheiros, abr./jun. 2005.

TEMER, Sofia. *Participação no processo judicial*: Arranjos subjetivos e modalidades de atuação. Tese (Doutorado em Direito). Orientador: Antônio do Passo Cabral. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Acesso a dados criptografados no contexto de investigações criminais: o “estado da arte”

Access to encrypted data in the context of criminal investigations: the “state of the art”

Gustavo Eloi Razera*

Sumário

1. Introdução. 2. A regulação jurídica da criptografia, debate brasileiro. 3. A criptografia *end to end* e a (in)capacidade técnica de promover interceptação. 4. A imposição de limites à criptografia: propostas e objeções. 5. Criptografia é Direito? 6. Considerações finais. Referências.

Resumo

Pretende-se com o presente artigo descrever e analisar o debate brasileiro a respeito do acesso judicialmente autorizado a dados criptografados para instrução de investigações criminais e a regulação jurídica da criptografia. Os argumentos apresentados no âmbito da audiência pública conjunta que precedeu o julgamento da ADI 5.527 e da ADPF 403 – palco principal da disputa acerca da imposição de limites ao uso da criptografia – foram reunidos e submetidos à análise crítica, privilegiando-se a abordagem consequencialista, com foco em possíveis impactos sociais. Uma vez admitida a premissa da inviabilidade técnica da interceptação de mensagens “às claras” em aplicativos que adotam a criptografia *end to end*, passou-se ao exame das propostas de regulação e respectivas objeções, assumindo-se uma tendência de uso progressivo de técnicas de encriptação e, diante disso, a necessidade premente de modernização dos órgãos de persecução, com o objetivo de manter, no longo prazo, a capacidade investigativa.

Abstract

This article is intended to describe and analyze the Brazilian debate regarding the judicially authorized access to encrypted data for the instruction of criminal investigations and the legal regulation of cryptography. The arguments presented at the joint public hearing that preceded the trial of ADI 5,527 and ADPF 403 – the main stage of the dispute over the imposition of limits on encryption – were brought together and submitted to critical analysis, with emphasis on the consequentialist approach, focusing on possible social

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

impacts. Once the premise of the technical unfeasibility of intercepting the “plaintext” in applications that adopt end to end cryptography was admitted, the proposals for regulation and the respective objections were examined, assuming a tendency of progressive use of encryption techniques and, in face of this, the pressing need for modernization of the law enforcement agencies as in order to maintain, in the long term, the capacity to investigate.

Palavras-chave: Criptografia. WhatsApp. Investigação criminal. Dados privados. Segurança.

Keywords: Cryptography. Whatsapp. Criminal investigation. Private data. Security.

1. Introdução

A “criptografia é uma técnica de preservação da privacidade, entendida classicamente como o direito de ser deixado em paz, ou de proteger uma certa informação pessoal” (ARANHA, 2017, p. 131)¹. Implementada por meio de algoritmos matemáticos, *ela permite codificar dados de uma mensagem*, tornando-a ininteligível para um possível adversário.

Nas comunicações digitais, o emprego da criptografia já existe há um bom tempo, mas o acesso até então era restrito a poucas pessoas que detinham conhecimento técnico especializado para a sua implementação.

Esse quadro começou a se modificar significativamente em 2013, quando Edward Snowden, ex-empregado da Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA), divulgou documentos que evidenciaram que o órgão do Departamento de Defesa possuía acesso a informações em massa dos usuários das mais conhecidas empresas de tecnologia para fins de inteligência².

As revelações de Snowden influenciaram o comportamento de pessoas, empresas e governos ao redor do mundo, erigindo, sobretudo, uma demanda acentuada por privacidade nas comunicações *online*. A proteção de dados do usuário tornou-se, assim, um grande ativo de mercado, o que acabou por transformar o cenário tecnológico.

Diante da demanda por privacidade, os provedores passaram a implementar a criptografia forte como padrão básico de segurança do serviço, chamada criptografia *by default*, um sistema criptográfico que se encontra ativo sem a necessidade de realização de qualquer comando pelo usuário. Até então, ainda que a adoção da

¹ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do WhatsApp, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

² Sobre as revelações de Edward Snowden a respeito do programa secreto de vigilância e espionagem americano ver: MACASKILL, E. et al. NSA files: decoded. *The Guardian*. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZHLvXt>>. Acesso em: 17 set. 2020.

criptografia estivesse ao alcance do usuário, ela era opcional e, na maioria dos casos, exigia uma atitude proativa.

Evidentemente, o advento da criptografia forte por padrão de segurança representou clara e importante mudança, que intensificou os problemas de investigação, afinal a capacidade de monitoramento e de interceptação de mensagens é tida como uma das principais formas de se apurar ilícitos, por vezes a única.

Não demorou muito para que autoridades se insurgissem contra as empresas de tecnologia. Foi o caso do então diretor do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), James Comey, responsável por uma das mais célebres falas contrárias ao uso da criptografia forte *by default*, ao afirmar que, por impedir o acesso a dados em repouso e a dados de comunicações em trânsito, a sua adoção desenfreada tornou inviável o trabalho investigativo, fenômeno que ele chamou de “*Going Dark*”³.

Com a utilização, mais comum a cada dia, de mecanismos criptográficos para comunicação *online* e armazenamento de dados, as frequentes dificuldades enfrentadas no contexto de investigações criminais ensejaram debates em diversos países a respeito da necessidade de impor restrições à criptografia⁴.

2. A regulação jurídica da criptografia, debate brasileiro

No Brasil, o debate a respeito da regulação da criptografia surge pela primeira vez no Judiciário, após sucessivas decisões judiciais determinando bloqueios do aplicativo *WhatsApp*⁵. Em um intervalo de apenas oito meses, entre 2015 e 2016, o serviço de mensagens instantâneas e chamadas de voz *WhatsApp* teve suas atividades suspensas por três vezes: (i) em dezembro de 2015, por ordem de um juiz do Estado de São Paulo; (ii) em fevereiro de 2016, por um juiz do Estado de Alagoas; e (iii) em julho de 2016, por ordem de uma juíza do Estado do Rio de Janeiro.

Houve, ainda, uma ordem de bloqueio em fevereiro de 2015, da Justiça do Piauí, e outra em maio de 2016, por um juiz de Sergipe, ambas cassadas antes da implementação.

³ O discurso do Diretor do FBI recorre às consequências da disseminação de criptografia forte para as investigações e as relaciona aos impactos na segurança pública, destacando as dificuldades na prevenção e repressão a crimes e, sobretudo, ataques terroristas. COMEY, James. *Going Dark: Are Technology, Privacy, and Public Safety on a Collision Course?* Brookings Institution, Washington, D. C., 16 out. 2014. Disponível em: < <https://bit.ly/32DztQN> >. Acesso em: 17 set. 2020.

⁴ Para uma visão abrangente acerca de como os demais países têm enfrentado o tema regulação da criptografia, confira-se o resultado da pesquisa realizada pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da FGV Direito SP “Criptografia e Direito: uma perspectiva comparada”. Disponível em: < <https://bit.ly/33zN0rS> >. A pesquisa buscou mapear o debate internacional sobre acesso a dados criptografados por autoridades de investigação e privacidade, identificando tendências e modelos regulatórios de criptografia ao redor do mundo. Os dois principais produtos da pesquisa são: a *Criptopédia* e o *CryptoMap*, site e mapa interativo que compilam de forma prática as informações a respeito dos 40 países estudados.

⁵ Informações detalhadas sobre o histórico de bloqueios de aplicações de Internet no Brasil desde 2007 podem ser consultadas no portal Bloqueios.Info, do Internetlab. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/linha-do-tempo/>.

O juiz subscritor dessa última ordem é o mesmo que, em março de 2016, chegara a ordenar a prisão do diretor do *Facebook* no Brasil por descumprir decisão judicial⁶.

Os bloqueios se deram como sanção ao provedor de aplicação, por não fornecer o conteúdo das mensagens de usuários investigados.

Inicialmente, a resistência em cumprir as decisões judiciais veiculava os mais variados argumentos, como o fato da empresa ter sede no exterior e servidores em outros países, ou das intimações judiciais terem sido endereçadas ao *Facebook*, que supostamente não teria representação legal ou contratual para responder pelo *WhatsApp*. Somente mais tarde sobreveio o argumento principal: a incapacidade técnica de cumprir a decisão, em virtude do modelo criptográfico implementado.

No entanto, não havia consenso acerca do protocolo criptográfico adotado pelo *WhatsApp* e o provedor era pouco transparente a respeito.

Alicerçados em interpretação conferida a dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), os bloqueios foram contestados no Supremo Tribunal Federal mediante ações de controle concentrado de constitucionalidade: (i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.527, sob a relatoria da Min. Rosa Weber, questiona dois artigos da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais precisamente o art. 10, em seu § 2º⁷, e o art. 12, em seus incisos III e IV⁸; e (ii) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 403, sob a relatoria do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, discute a constitucionalidade de decisões que determinaram o bloqueio do *WhatsApp*.

Para dirimir as questões técnicas envolvidas no julgamento destas ações, os Ministros convocaram audiência pública conjunta⁹, que contou com a contribuição de 30 expositores, entre eles representantes do Ministério Público Federal, da Polícia Federal, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Comitê Gestor da Internet no Brasil, e de inúmeras entidades civis, acadêmicos e até mesmo do cofundador do *WhatsApp*.

A partir da participação plural e do aporte das diversas perspectivas dos atores envolvidos, houve notória expansão do tema proposto pelas ações de controle concentrado,

⁶ Diego Jorge Dzodan, vice-presidente do *Facebook* na América Latina, teve a prisão decretada pelo juiz da Comarca de Lagarto, Sergipe, após a rede social não fornecer o conteúdo de mensagens trocadas por meio do aplicativo *WhatsApp*, descumprindo ordem judicial nesse sentido. A prisão ocorreu no dia 01.03.2016 e no dia seguinte foi reformada em sede de liminar em *habeas corpus*. (FAGUNDES, I.; SENRA, R. *Executivo do Facebook é libertado em SP*. BBC Brasil, São Paulo, 02 de março de 2016. Disponível em: < <https://bbc.in/2FEcRqn> >. Acesso em: 17 set. 2020).

⁷ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. [...] § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

⁸ Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: [...] III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

⁹ A audiência pública para o julgamento das ações de controle concentrado ADI 5.527 e ADPF 403 foi realizada entre os dias 02 e 05 do mês de junho de 2017. A gravação audiovisual encontra-se disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3TNsQCNI00&t=8s>.

que originariamente pretendiam discutir a constitucionalidade da imposição das sanções judiciais de bloqueio a aplicativos de Internet, e passaram a pautar o debate em torno do funcionamento da criptografia e limites do direito frente a ela.

3. A criptografia *end to end* e a (in)capacidade técnica de promover interceptação

A chamada criptografia *end to end* ou de ponta a ponta é uma técnica criptográfica que importa na cifragem do dado em trânsito do início ao fim da comunicação, o que impossibilita a revelação de seu conteúdo no caminho, até mesmo pelo provedor que viabiliza a troca das mensagens¹⁰.

Do ponto de vista da técnica criptográfica, qualquer entidade que está no canal de comunicação, e mesmo aquela que possui o controle parcial ou total dele, é vista como adversário. Por isso faz completo sentido para o projetista do protocolo de comunicação encarar-se como um possível adversário – inclusive porque ele pode ser comprometido por um terceiro – e projetar o mecanismo de forma que ele próprio não tenha capacidade de interceptar mensagens (ARANHA, 2017, p. 130)¹¹.

Para melhor entender o contexto da implementação desse protocolo criptográfico pelas empresas de tecnologia, é importante voltar ao programa de vigilância (*surveillance*) americano revelado por Snowden, PRISM.

O PRISM, segundo as publicações que se encontravam na imprensa à época, coletava conteúdo de comunicações e metadados de usuários, mediante acesso direto da NSA aos servidores de grandes empresas que proveem comunicações privadas na *web*, incluindo *Google, Microsoft, Facebook, Yahoo e Apple*, isso tudo sem contar com mandados individuais de monitoramento¹².

¹⁰ “Calcular e armazenar chaves criptográficas apenas nas pontas da comunicação simplifica uma aplicação criptográfica porque torna evidente quais são os principais pontos que exigem proteção, reduzindo a ameaça de pontos intermediários ou atacantes internos que operam o serviço e desfrutam de acesso privilegiado.” (ARANHA, Diego de Freitas. O que é criptografia fim a fim e o que devemos fazer a respeito? In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-1.3. E-book).

¹¹ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do WhatsApp, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

¹² Extrai-se de matéria publicada no *The Washington Post*: “*The top-secret PRISM program allows the U.S. intelligence community to gain access from nine Internet companies to a wide range of digital information, including e-mails and stored data, on foreign targets operating outside the United States. The program is court-approved but does not require individual warrants. Instead, it operates under a broader authorization from federal judges who oversee the use of the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA).*” (*NSA slides explain the PRISM data-collection program. The Washington Post*. Washington D. C., 10 de julho de 2013. Disponível em: <<https://wapo.st/2ZM9k0g>>. Acesso em: 17 set. 2020). Tradução livre: O programa ultrassecreto PRISM permite que o centro de inteligência dos EUA obtenha acesso a uma ampla gama de informações digitais de nove empresas de Internet, incluindo *e-mails* e dados armazenados, sobre alvos operando fora dos Estados Unidos. O programa detém autorização judicial, mas não requer mandados individuais. Em vez disso, opera sob uma autorização mais ampla de juizes federais que supervisionam o uso do *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)*.

Tão logo o programa veio a público, as empresas listadas se apressaram em negar seu envolvimento com a agência de inteligência americana¹³. Apesar disso, predominou na opinião pública a versão que sustentava a existência de uma espécie de colaboração secreta entre as empresas de tecnologia e o Governo. Isso fez com que os usuários passassem a desconfiar dos provedores, o que provocou relevante incremento na demanda por privacidade.

Para responder à crise de confiança que pairava sobre eles, em virtude da aventada colaboração com os órgãos governamentais, os provedores passaram a implementar um protocolo criptográfico com característica especial, ponta a ponta / fim-a-fim / *end to end*, projetado para que as mensagens em seu conteúdo compreensível possam ser capturadas apenas nas pontas da comunicação (remetente e destinatário), o que impede que o próprio provedor recupere o seu conteúdo, ou “quebre”, por assim dizer, a criptografia.

Com isso as empresas lograram transmitir aos usuários a ideia de que, mesmo que o Estado exija, o provedor de aplicação (responsável pelo fornecimento do serviço) não poderá informar o teor das suas comunicações, tornando-se, assim, insuscetível a ingerências e pressões externas.

Esse protocolo criptográfico de ponta a ponta vem se tornando mais comum a cada dia no mercado para aplicativos de troca segura de mensagens. Em abril de 2016 o WhatsApp passou a adotar o protocolo Signal¹⁴, que por meio do emprego de criptografia assimétrica¹⁵, combinando o uso de chaves públicas e chaves privadas, garante que apenas emissor e destinatário (as “pontas” da comunicação) tenham acesso ao conteúdo inteligível das mensagens.

Além disso, prevendo a hipótese de ataque exitoso às chaves criptográficas, o WhatsApp adota o recurso denominado forward secrecy¹⁶, por meio do qual uma nova chave

¹³ Os pronunciamentos oficiais das empresas mencionadas podem ser consultados em: LEE, Timothy B. Here's everything we know about PRISM to date. *The Washington Post*. Washington D. C., 12 de junho de 2013. Disponível em: < <https://wapo.st/3mEg4qX> >. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁴ No dia 05 de junho de 2016 o *Signal* anunciou a completa integração de seu protocolo criptográfico ao aplicativo de mensagens *WhatsApp*, e com ele a criptografia de ponta a ponta. (*WHATSAPP'S Signal Protocol integration is now complete*. Disponível em: < <https://signal.org/blog/whatsapp-complete/> >. Acesso em: 17 set. de 2020).

¹⁵ “Ao tempo que na criptografia simétrica a mesma chave é utilizada para encriptar e desencriptar um arquivo qualquer, no método de criptografia assimétrica apenas o destinatário possui a chave capaz de efetivar a desencriptação. A encriptação é realizada por meio de um software específico, que recebe basicamente dois arquivos: o arquivo a ser encriptado e um outro, que é a chave pública do destinatário. Como se vê, este tipo de criptografia dispensa o envio prévio de uma chave secreta para o destinatário. Entretanto, é necessário que o destinatário disponibilize previamente sua chave pública em algum local para que o remetente a utilize para encriptar o arquivo a ser remetido” (Brasil, Ministério Público Federal, Câmara de Revisão Criminal, 2. Roteiro de Atuação: Crimes Cibernéticos. 3ª edição. Brasília – DF, 2016, p. 302. E-book).

¹⁶ “Com o forward secrecy, uma nova chave é negociada a cada transação e as chaves de longo prazo são usadas somente para autenticação. Essas chaves de transação (ou sessão) são descartadas após cada transação – o que reduz significativamente a exposição de uma entidade que tenha sido comprometida. Quando um sistema com forward secrecy é usado, invasores que infringem uma rede e obtêm acesso às chaves só conseguirão desencriptar dados a partir do momento da violação até que esta seja descoberta e corrigida; os dados históricos permanecem seguros. Além disso, como as chaves de sessão são destruídas imediatamente após a conclusão de cada transação, o invasor deve inserir-se no processo de cada transação em tempo real para conseguir obter as chaves e comprometer os dados.” (ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete: exigências de acesso a todos os dados e comunicações*

*é gerada a cada mensagem e, portanto, caso o atacante consiga comprometer a criptografia de uma mensagem, mesmo assim não terá acesso ao conteúdo de mensagens passadas*¹⁷.

Após a realização de diversas auditorias independentes, é consenso na comunidade científica que o protocolo Signal é seguro e também a sua implementação feita pelo WhatsApp se deu de forma adequada.

Desse modo, a partir da adoção do protocolo Signal e da criptografia end to end pelo WhatsApp, passou a se tornar tecnicamente inviável a interceptação do conteúdo das mensagens às claras (plaintext), isto é, de forma inteligível.

Estabelecida a premissa da inviabilidade técnica, a interceptação da mensagem para fins de investigação criminal exigiria o rebaixamento dos níveis de segurança adotados, mediante a implementação de falhas intencionais, chamadas de backdoor.

pelo governo geram insegurança. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018, p. 17. Disponível em: < <https://bit.ly/35Nxuvc> >. Acesso em: 17 set. 2020).

¹⁷ A respeito do atual funcionamento do protocolo criptográfico do *WhatsApp*, vale recorrer à didática exposição do cofundador da empresa durante os debates da Audiência Pública, Brian Acton (2017, p. 31): “Num nível geral, todas as mensagens enviadas através do *WhatsApp* são garantidas, quanto à segurança, com um cadeado e uma chave. Só o emissor e o receptor é que têm as chaves necessárias para destrancar e ler as mensagens de *WhatsApp*. Como vou explicar, em maior detalhe, nós também acrescentamos outras características ao nosso sistema para que ele seja o estado da arte. Por exemplo, em vez de submetter todas as mensagens à criptografia de um usuário, com o mesmo cadeado e a mesma chave, no nosso sistema esse cadeado e essa chave mudam a cada mensagem. Incluímos também uma característica que dá, aos usuários, o poder de verificar a identidade e confirmar que outros não estejam lendo as suas mensagens. Observando a tela, os senhores poderão ver que a Ana instalou o *WhatsApp* no telefone dela. Ao fazer isso, o telefone dela gerou um par de chaves relacionadas matematicamente. Uma, é uma chave privada, armazenada unicamente no telefone dela. E a outra, é uma chave pública, que o telefone dela manda para o servidor de *WhatsApp*, para que o Bernardo, ou qualquer outra pessoa, possa usar. Da mesma maneira, o Bernardo instalou o *WhatsApp* no telefone dele, que manda também chaves públicas para o servidor para que a Ana possa usar para mandar mensagens para ele. Então, agora, a Ana quer mandar uma mensagem para o Bernardo. Em primeiro lugar, ela pede a chave pública do Bernardo, do servidor. E, depois, o telefone dela constrói o que nós chamamos de sessão. A sessão é o início de uma conversa criptografada. Para isso, o Bernardo e a Ana passam por uma troca compartilhada de chaves. Este método permite que dois usuários criem uma chave compartilhada para criptografia, através de um canal que não é seguro. O tipo de troca de chaves que nós usamos evita que uma terceira parte, incluindo o próprio *WhatsApp*, obtenha informação que permita a leitura da mensagem. Isso ocorre porque apenas os dois telefones, dos dois usuários, têm a informação correta para criptografar e retirar a criptografia das suas mensagens. Uma vez que a sessão é criada, eles podem começar a se comunicar com segurança e cada um dos seus telefones cria chaves de mensagens singulares com base num cálculo matemático. Portanto, se a Ana quer mandar uma mensagem para o Bernardo, o telefone dela vai criptografar a mensagem usando a chave. O sistema de criptografia do *WhatsApp* garante que cada mensagem tenha a sua própria chave de mensagem, que muda para toda a mensagem que é enviada. Portanto, como se pode observar pelo diagrama, depois que a mensagem é submetida à criptografia no telefone da Ana, o servidor transfere a mensagem para o Bernardo sob a forma criptografada. O servidor não consegue ler a mensagem, porque não tem a chave correta. Apenas o Bernardo é que tem a chave certa, armazenada apenas no telefone dele e em nenhum outro lugar. Quando a mensagem chega no telefone do Bernardo, o telefone dele tira a criptografia, usando a versão dele da chave de mensagem, armazenada apenas no telefone dele. Os dois lados da comunicação, nesse caso, a Ana e o Bernardo, usam o que nós chamamos de *ratchet* criptográfico. Especificamente um algoritmo de *ratchet* duplo, esse *ratchet* ou catraca garante que uma nova chave de sessão e uma nova chave de mensagem sejam sempre modificadas e recalculadas à medida que as mensagens fluem entre os dois usuários. É uma proteção importante, conhecida na comunidade de segurança como sigilo futuro. Isso significa que se as chaves de qualquer única mensagem forem comprometidas, as chaves não podem ser utilizadas para voltar e retirar a criptografia de mensagens já transmitidas.” (Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020).

Assim, a principal questão em debate no âmbito da audiência pública, e tema a ser enfrentado pelo Supremo nas ações de controle concentrado (*ADI 5.527 e ADPF 403*), não é (i) se o *WhatsApp* (e outros aplicativos de *instant messenger*) teria a obrigação de colaborar com a investigação criminal, cedendo o teor das mensagens de um usuário específico em caso de decisão judicial, pois, dado o modelo criptográfico adotado, isso é impossível; mas sim (ii) se o próprio *WhatsApp* e as demais empresas de tecnologia estão autorizadas a comercializar produtos que proporcionem ao usuário ambientes de informação inacessíveis aos órgãos de investigação, e mais, se o Estado pode e deve exigir a criação de acessos privilegiados, permitindo a custódia das chaves criptográficas (*key scrow*) a terceiros autorizados.

4. A imposição de limites à criptografia: propostas e objeções

Uma vez que a implementação da criptografia *end to end* impossibilita a realização de interceptações telemáticas (a captura das conversas de alvos específicos em tempo real), e como os provedores de aplicação também não armazenam mensagens pretéritas em seus servidores, não é possível obter nenhum tipo de conteúdo de conversa no âmbito de investigações. A partir daí, a questão que se põe é: deve-se impor aos desenvolvedores de aplicativos de mensagens a obrigação de construir um arquitetura de seus serviços de modo a permitir interceptações?

Trata-se de regular a criptografia, criando uma obrigação legal para mudança do protocolo criptográfico, com a implementação de uma vulnerabilidade intencional, uma backdoor que possibilite o acesso de órgãos investigativos ao conteúdo de mensagens trocadas via aplicativo.

O debate a respeito do acesso governamental a dados criptografados, que no Brasil teve como palco principal a mencionada audiência pública realizada pelo STF, pouco se afastou da tônica da disputa vista nos demais países, onde se tem, de um lado, as autoridades de aplicação da lei pressionando por mecanismos de acesso excepcional obrigatório aos sistemas de criptografia e, de outro, técnicos e acadêmicos do setor argumentando que essa solução compromete a segurança dos sistemas criptográficos e, conseqüentemente, a privacidade de seus usuários.

A resolução desse conflito passa pela formulação das perguntas corretas, a saber: (i) as soluções que se propõem contra a criptografia são eficazes, isto é, elas de fato resolvem o problema?; e (ii) os benefícios que a pretensa solução vai trazer são maiores do que os seus malefícios? É legítimo que o Estado busque tomar atitudes positivas para reduzir os problemas que a ferramenta aparenta estar causando, mas, para tanto, é elementar, porém necessário, que haja um certo equilíbrio, aferido pelo teste de proporcionalidade sugerido.

As propostas apresentadas pelos órgãos de Estado giram em torno do emprego do chamado “ataque *man-in-the-middle*”. A proposição surge sob vários nomes, como chave dourada, porta da frente, porta do lado, *key escrow*, *backdoor*, *golden key*, mas a ideia comum a todas é promover uma mudança de protocolo criptográfico para inserir

uma falha intencional e, assim, permitir o acesso do terceiro autorizado, como se fosse mais uma sessão da conversa.

O acesso exclusivo especial, inclusive, já é objeto de projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados: PL 9.808/18¹⁸ e PL 10.372/18¹⁹. Ambos pretendem impor ao provedor uma obrigação genérica de fornecimento da chave criptográfica aos órgãos policiais.

Diversas são as objeções apresentadas pela comunidade científica.

A primeira delas diz respeito à proteção desta “porta dos fundos”, desse acesso privilegiado. É dizer, além de a técnica criptográfica se preocupar com o canal de comunicação, como originalmente proposto, passaria a ser preciso também se preocupar com esse acesso, essa falha artificial injetada no protocolo criptográfico, que não cumpre o objetivo de segurança, e cujo controle impõe diversos obstáculos do ponto de vista logístico e de projeto (ARANHA, 2017, p. 135)²⁰.

Proteger essa porta dos fundos e prevenir que o propósito dela seja desvirtuado são desafios que se estabelecem, sobretudo porque esse acesso autorizado, ou essa chave-mestra, se tornaria um alvo extremamente valioso para cibercriminosos e até mesmo governos autoritários²¹.

Além disso, com a criação da *backdoor* o operador do serviço precisará proteger o acesso excepcional também contra os seus próprios funcionários, que, até mesmo, podem ser coagidos ou atacados por terceiras partes e forçados a utilizar essa porta dos fundos para outros interesses²².

¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 9.808, 20 de março de 2018*. Autor: João Campos. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 20 de mar. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3hlz5Vk> >. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 10.372, 06 de junho de 2018*. Autor: José Rocha. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 06 de jun. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3myty7y> >. Acesso em: 17 set. 2020.

²⁰ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

²¹ “Já no que se refere às dificuldades de manter esse acesso efetivamente ‘excepcional’, restrito às autoridades e às situações permitidas, ressalta-se o quanto *backdoors* se apresentam como alvos de extremo interesse. Seja pela atuação de hackers maliciosos, pela captura de algum agente com acesso a esses mecanismos ou por outro caminho, frequentemente se argumenta que a ponderação mais adequada aqui não é se a utilização indevida desses sistemas pode ocorrer, mas sim quando ela ocorrerá.” (ALIMONTI, Veridiana. *Criptografia, direitos e a problemática polarização entre “privacidade individual” e “segurança coletiva”*. In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-3.1. E-book).

²² “Tecnicamente, o mecanismo de interceptação legal pode se manifestar de várias maneiras, como exigir que partes comunicantes forneçam cópia de suas chaves para as autoridades ou forçar os operadores do serviço a montar ataques de espionamento contra seus próprios usuários. Entretanto, uma característica é comum a todas essas alternativas. Introduzir uma nova ponta artificial na comunicação forçadamente equipada com cópia das chaves criptográficas para capturar mensagens, ainda que com autorização institucional, implica aumentar a superfície de ataque e tornar sistemas menos seguros. Além das pontas originais da comunicação que precisam ser protegidas, um novo ponto de intervenção acessível para um possível atacante agora precisa também ser protegido. [...] A tarefa pode parecer simples em primeira análise, mas é importante considerar não apenas atacantes externos ao serviço, mas principalmente seus operadores. Criptografia fim a fim é implementada exatamente para proteger a integridade e sigilo de comunicações contra eventuais ladrões de dados, falsificadores de identidade, espíões e outras classes de criminosos que se infiltram nas organizações. A ameaça interna é preocupação crescente e frequentemente está associada a grandes fraudes, exatamente por fornecer acesso privilegiado aos meandros de um sistema. A ideia torna-se bem mais difícil de implementar ao se considerar que aplicativos de troca segura

Outro desafio não menos preocupante consistiria em harmonizar o acesso de múltiplos órgãos de persecução àquela porta dos fundos – problema que se potencializa no Brasil, com diversas instituições com competências concorrentes e sobrepostas.

A criação de uma *backdoor* não apenas se distancia de qualquer objetivo de segurança para as partes comunicantes, mas também, torna sistemas e procedimentos, necessariamente, mais complexos, criando mais vulnerabilidades.

“Na segurança digital, os dados ou são seguros de todo mundo ou seguros de ninguém” (ACTON, 2017, p. 31)²³, a frase dita pelo representante do *WhatsApp* em sua participação na audiência pública é pedagógica e adverte, qualquer ferramenta que permita ao Estado desabilitar a criptografia de conversas de criminosos investigados também pode ser voltada contra os demais usuários do serviço por partes hostis. Esse não é apenas um risco teórico, basta notar os numerosos e recorrentes ciberataques que fragilizam desde usuários comuns até polícias e agências estatais de inteligência²⁴.

Para além das importantes questões relacionadas à segurança desse acesso excepcional, mesmo considerando a hipótese de haver pleno êxito na sua implementação, a eficácia da medida é questionável, sob diversos aspectos.

Supondo a imposição da obrigação ao *WhatsApp* de criar um mecanismo de acesso autorizado para viabilizar a colaboração com investigações policiais, as pessoas podem simplesmente migrar de aplicativo. A propósito, existem centenas de ferramentas de comunicação que utilizam criptografia *end to end* – basta uma busca rápida no *Google* e aparecerão nomes como *Signal*, *Telegram*, *Weibo*, *Confide* – e que servirão de alternativa ao usuário.

de mensagens operam em escala global, de forma que coordenar o acesso de centenas de órgãos de investigação em dezenas de países, alguns dos quais não muito democráticos e com interesses diversos, cria uma receita absolutamente perfeita para abusos e reverte todo o efeito crescente de medidas tecnológicas para coibir esforços de vigilância global.” (ARANHA, Diego de Freitas. O que é criptografia fim a fim e o que devemos fazer a respeito? In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB 1.4. E-book).

²³ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

²⁴ O ataque *ransomware* conhecido como *WannaCry* revelou ao mundo que nem mesmo a Agência Nacional de Segurança Americana (NSA) foi capaz de manter as suas ferramentas fora do alcance dos criminosos. O *WannaCry* afetou dezenas de milhares de computadores em mais de 150 países e causou prejuízos a Governos e empresas privadas. Essa praga virtual se baseia numa ferramenta desenvolvida pela própria NSA com a finalidade de proteger a segurança nacional do Estado Americano, ela foi desenvolvida com esse fim nobre, mas, infelizmente, foi utilizada para fins ilícitos, conforme explicou durante a Audiência Pública o Conselheiro Do Comitê Gestor Da Internet No Brasil e professor Demi Getchko (2017, p. 79-80): “O que aconteceu no ataque do *WannaCry*, em maio de 2016? Havia uma falha no sistema. Todos os sistemas de computação, todos os *softwares*, todos os aplicativos têm uma ou várias falhas, que podem ser conhecidas ou não; se são conhecidas, o fabricante devia tentar sanar, mas pode ser que nem ele saiba que a falha existe. Alguém de áreas de governo descobriu a falha e, evidentemente, guardou-a para usar em caso de emergência, para o bem, para examinar atividades estranhas. Evidente que essa chave geral, esse *backdoor* do bem, rapidamente caiu na mão das pessoas do mal e, em pouco tempo, tivemos um enorme ataque de *ransomware*, como se chama. Isso só para pontuar o fato de que não deveríamos colocar os nossos ovos nessa cesta de que determinado acesso privilegiado só é executado pelas pessoas do bem, porque, se há um acesso privilegiado, ele será usado por todo mundo.” (Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020).

Então, ao fim e ao cabo, o benefício ao se fazer algo como o “ataque *man-in-the-middle*”, mesmo considerando a hipótese de isso ser extremamente seguro, protegido, e que apenas autoridades utilizarão, acabará perdido e, de alguma forma, ter-se-á um dano à livre concorrência, porque os usuários, do criminoso àquele que se preocupa com a própria segurança, buscarão aplicativos considerados seguros²⁵.

Alternativas a isso poderiam ser cogitadas. A primeira delas, obrigar também os demais aplicativos que oferecem o serviço no Brasil a criar a “porta dos fundos”, o que resultaria igualmente inócuo, porque, como sabemos, a *Internet* é global e o usuário pode instalar em seu aparelho uma versão do respectivo aplicativo disponibilizada em outros países que não adotam a mesma abordagem regulatória²⁶.

Um segundo caminho que se poderia trilhar necessitaria de uma – diga-se, improvável – ordem global para forçar todos os provedores de aplicativo disponíveis a terem algum tipo de *backdoor*, algo análogo a proibir a criptografia forte *end-to-end*, o que, novamente, não resolveria o problema, porque a criptografia é amplamente conhecida e, por mais que os mecanismos sejam complexos de serem entendidos, há diversas implementações prontas sendo oferecidas livre e gratuitamente na *Internet*²⁷.

Assim, qualquer tentativa de banir a encriptação forte resultaria infrutífera, pois ela sempre será acessível aos criminosos, afinal, ela é apenas matemática em forma de *software*. Não é possível voltar a um estado de tempo em que a sociedade não mais saiba utilizar a encriptação²⁸.

²⁵ Sobre as consequências econômicas de eventual regulação da criptografia, alertou o professor Bruno Magrani (2017, p. 61): “A criptografia funciona efetivamente como um diferencial competitivo da seguinte maneira: se uma empresa nacional não oferece um serviço que seja protegido pela criptografia, enquanto uma empresa estrangeira o oferece, esta vai ter efetivamente uma vantagem sobre aquela. Isso para dizer que, se no Brasil a criptografia for considerada ilegal, as empresas nacionais e eventualmente as estrangeiras que operarem no Brasil estarão em desvantagem competitiva com outras empresas que oferecem seus serviços mundialmente, mas que de alguma maneira não se encontram ou não tem nenhuma relação com o país”. (Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁶ “[...] a natureza global dos serviços de Internet faz com que a conformidade com as regras de acesso excepcional seja difícil tanto de definir como de aplicar. Se o software vendido no país X copiar todas as chaves para o governo daquele país, os criminosos poderão simplesmente comprar seu software de países que não cooperam; assim, nos Estados Unidos criminosos poderiam adquirir seus softwares da Rússia. E se o software escolher automaticamente quais governos copiar, usando uma técnica como a geolocalização por IP, como evitar ataques baseados na dissimulação de localização? Embora seja possível projetar sistemas de telefonia móvel para que as jurisdições de acolhimento (*host jurisdictions*) tenham acesso ao tráfego (desde que os usuários não recorram ao *VoIP*), essa é uma tarefa muito mais difícil para aplicativos de mensagens de uso geral”. (ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete: exigências de acesso a todos os dados e comunicações pelo governo geram insegurança*. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018, p. 25. Disponível em: <<https://bit.ly/35Nxuvc>>. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁷ A esse respeito, advertiu em sua exposição o professor da Escola Politécnica da USP, Marcos Simpício Júnior (2017, p. 153): “[...] alguém que quiser desenvolver o aplicativo, simplesmente usará esses pacotes prontos, livres, gratuitos na internet, e o desenvolve. Na escola Politécnica, todo ano, temos projetos de formatura que são feitos com algoritmos de criptografias, e alguns deles de mecanismos de comunicação fim a fim. Então, não é difícil, não é caro fazer o seu próprio aplicativo.” (Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁸ “[...] qualquer esforço para proibir essa tecnologia seria completamente inefcaz, já que a generatividade e a arquitetura global da internet permitem que aplicações de criptografia forte sejam criadas a qualquer

Outro problema apontado pelos técnicos diz respeito à integridade/confiabilidade da prova obtida. Conforme expôs o professor Diego Aranha (2017, p. 142)²⁹, não se conhece uma estratégia técnica para permitir interceptação, ou interferência no canal de comunicação, sem permitir também o poder de introduzir mensagens. Na medida em que um terceiro detém a chave criptográfica de um destinatário e determina qual vai ser a chave de um destinatário, ele também pode interferir no canal de comunicação, introduzindo mensagens ou alterando o seu conteúdo³⁰, o que termina por comprometer o valor probatório do material coletado para fins de investigação³¹.

Outra proposta ventilada pelos órgãos de persecução, e presente na própria chamada da audiência pública, consiste na desabilitação da criptografia para usuários específicos, mediante ordem judicial. *Todavia, a única maneira de desativar a criptografia para um usuário específico, mediante ordem judicial, pressupõe o poder de desativar a criptografia para todos os usuários, ou seja, por mais que os alvos sejam criminosos, a versão sabotada do protocolo criptográfico será usada por todos. Assim, a solução seria novamente a criação de vulnerabilidades nos protocolos criptográficos, incorrendo nos mesmos problemas acima apontados.*

Prevalece, portanto, aos olhos da comunidade experta, o entendimento de que interferir no funcionamento de técnicas de encriptação para fins de investigação:

momento, baixadas de qualquer lugar do mundo e utilizadas por qualquer agente interessado o suficiente para buscá-las; o conhecimento de técnicas de criptografia forte já não é algo que se consiga apagar da memória da humanidade e tirar das mãos de criminosos sofisticados.” (ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Rev. Bras. Polit. Públicas*. Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p.24-42).

²⁹ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

³⁰ “[...] a prática recomendada atual consiste em usar frequentemente *encriptação autenticada*, que fornece a *autenticação* (assegurando que a entidade no outro lado da comunicação é quem você espera, e que a mensagem não sofra alteração após o envio), bem como a *confidencialidade* (protegendo a privacidade das comunicações, incluindo dados financeiros, médicos e outros dados pessoais). No entanto, a divulgação da chave para encriptação autenticada a um terceiro significa que o destinatário da mensagem não estará mais provido de garantia técnica para a integridade da comunicação; a divulgação da chave permite que o terceiro não apenas *leia* o tráfego encriptado, mas também *forje* o tráfego para o destinatário e faça com que ele pareça vir do remetente original. Assim, divulgar a chave a um terceiro cria uma nova vulnerabilidade de segurança. Remetendo-nos aos métodos de encriptação dos anos de 1990, com chaves separadas para encriptação e autenticação, isto não apenas dobraria o esforço computacional necessário, mas traria muitas oportunidades para erros de projeto e implementação que viriam a causar vulnerabilidades”. (ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete*: exigências de acesso a todos os dados e comunicações pelo governo geram insegurança. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018, p. 18-19. Disponível em: < <https://bit.ly/35Nxuvc> >. Acesso em: 17 set. 2020).

³¹ No RHC nº 99.735 de 2018, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilícita a prova colhida por meio de espelhamento das conversas do *WhatsApp*, implementado via *WhatsApp Web*, mediante acesso físico ao aparelho telefônico do investigado. Destaca-se do julgado: “[...] 8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade ‘Apagar para mim’) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica [...]”.

(i) torna os sistemas menos seguros; (ii) viola a livre concorrência; e (iii) não traz resultados efetivos.

5. Criptografia é Direito?

Criptografia não é, necessariamente, algo novo ou especial. A encriptação já é utilizada há séculos, é claro que as técnicas mudaram muito ao longo do tempo, junto com suas aplicações³².

Apesar de ter se popularizado no mercado para aplicativos de troca de mensagens (*WhatsApp, Telegram, Signal* etc.), a criptografia está em todo lugar. É muito provável que todos nós utilizemos criptografia hoje, seja acessando uma conta bancária no sistema financeiro, fazendo uma compra na *Internet* ou mesmo enviando um *e-mail*³³.

Sem criptografia para garantir proteção para essas atividades *online*, ninguém se sentiria efetivamente seguro para desenvolvê-las³⁴, o que comprometeria, de certa maneira, o próprio desenvolvimento da *Internet*.

É possível afirmar que a sobrevivência de atividades econômicas como o mercado de ações e o comércio eletrônico depende, efetivamente, da criptografia.

Logo, para além de uma ferramenta de segurança, a criptografia é um elemento central para o crescimento econômico de um país.

³² “A preocupação com comunicação privada na presença de adversários é tão antiga quanto a humanidade. Há fartos registros históricos de como povos da Antiguidade já utilizavam técnicas criptográficas para obter sigilo, a começar pela Cifra de César empregada no Império Romano para estratégia militar. A tendência de utilização de criptografia pelo Estado para fins militares foi dominante durante a Idade Média, quando surgiram as primeiras unidades dedicadas a quebrar cifras utilizadas por reinos vizinhos, posteriormente ganhando enorme importância durante as Grandes Guerras. Até esse ponto, as técnicas criptográficas conhecidas sempre exigiam o compartilhamento prévio de um segredo (chave criptográfica) para comunicação confidencial, por isso chamadas simétricas. Após a disseminação de computadores e o advento de novas ideias nos anos 1970, técnicas criptográficas terminaram por se tornar de domínio civil, passando a fundamentar setores inteiros da economia, como comércio eletrônico e gerência de documentos digitais.” (ARANHA, Diego de Freitas. O que é criptografia fim a fim e o que devemos fazer a respeito? In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB 1.1. E-book).

³³ “Quando digitamos nossa senha de acesso em variados sites, por exemplo, esse dado não pode ser transmitido em seu estado original pela rede, sob o risco de qualquer intermediário possa enxergá-lo e utilizá-lo indevidamente. Para solucionar a questão, esses dados passam por uma função criptográfica de *hash* e somente a informação resultante desse processo é transmitida adiante. Ela é conhecida no jargão técnico como um *digest* da função *hash* e, como consequência das questões explicadas anteriormente, a única forma de se chegar a um determinado *digest* é digitando sempre o mesmo dado (no caso, a sua senha), para que, então, a partir da mesma função criptográfica de *hash*, seja gerado o *digest* em questão. Ou seja, o que os sites armazenam jamais é (ou jamais deveria ser) uma lista em texto puro contendo as senhas de seus usuários, pois isso seria catastrófico no caso de um ataque *hacker* ou de um vazamento. O que se guarda é apenas uma lista de *digests* indecifráveis, cujos dados originais que os geram são desconhecidos do site, de seus funcionários e dos múltiplos intermediários que processam essa informação ao longo da internet.” (ALEIXO, Gabriel. A criptografia aplicada para além da privacidade. In: DONEDA, Danilo (org.). *A regulação da criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RR-5.1. E-book).

³⁴ Para se ter uma ideia, de acordo com dados recentes do Cert Brasil – que pertence ao Comitê Gestor da Internet, o NIC.br –, mesmo com a ampla utilização de técnicas criptográficas *by default*, 875.327 incidentes de segurança foram reportados somente no ano de 2019 (disponível em <https://www.cert.br/stats/incidentes/>).

A criptografia também, como ferramenta de segurança, é utilizada por diversos governos, exatamente para garantir o sigilo da comunicação sobre assuntos sensíveis, como aqueles relacionados à segurança nacional³⁵ e à segurança de Estado³⁶.

Vê-se, portanto, que a defesa da criptografia não diz respeito somente à preservação da privacidade ou intimidade, de modo que o famigerado conflito “privacidade versus segurança pública”, na realidade, se apresenta equivocado e desvirtua o debate, na exata medida em que a própria criptografia foi pensada e projetada para tornar a “vida online” mais segura.

Frise-se, privacidade e segurança são intimamente relacionadas e caminham lado a lado, não o contrário. Uma vez violada a privacidade, um dos direitos mais impactados é, indubitavelmente, a segurança.

Nessa busca de promover o direito à segurança, a criptografia exerce papel fundamental. A propósito, parece haver uma tendência no Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento da encriptação como fonte de segurança, conforme se extrai das conclusões do voto do Ministro Relator da ADPF nº 403, Luiz Edson Fachin (2020, p. 02)³⁷:

1.1. Premissas [...] Sétima: É contraditório que em nome da segurança pública deixe-se de promover e buscar uma internet mais segura. Uma internet mais segura é direito de todos e dever do Estado. Medidas que, à luz da melhor evidência científica, trazem insegurança aos usuários somente se justificam se houver certeza comparável aos ganhos obtidos em outras áreas.

O voto da Ministra Rosa Weber (2020, p. 27-28)³⁸, relatora da ADI 5.527, é ainda mais enfático nesse aspecto:

15. A questão da criptografia

Embora a ciência da criptografia seja tão antiga quanto a escrita, o desenvolvimento e disseminação de tecnologias criptográficas na

³⁵ Reconhecendo a importância da criptografia para a defesa de informações sensíveis à segurança nacional, o Governo Federal estabeleceu como ação estratégica para a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética (Decreto nº 10.222/2020): “a adoção de soluções nacionais de criptografia [...]”.

³⁶ “Não é à toa que a pesquisa científica sobre criptografia se deu por muito tempo por financiamento de Estados, dentro de entidades estatais, como órgãos militares e serviços secretos. Esses órgãos tinham tanto os incentivos quanto os recursos necessários para isso. Afinal, criptografia é uma técnica crucial para proteger informações sensíveis. Assim, quando o Estado quer garantir a privacidade e a segurança de suas próprias comunicações e dados, a implementação de técnicas de criptografia é imprescindível”. (ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Rev. Bras. Polít. Públicas*. Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 24-42).

³⁷ Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 403, Voto Ministro Relator Luiz Edson Fachin. Disponível em < <https://bit.ly/3iN3UcT> >. Acesso em: 17 set. 2020.

³⁸ Supremo Tribunal Federal, ADI n. 5.527, Voto Ministra Relatora Rosa Weber. Disponível em < <https://bit.ly/33HzBho> >. Acesso em: 17 set. 2020.

contemporaneidade é o que torna as comunicações e as transações online mais seguras e, em consequência, a sociedade também fica mais segura.

[...] De modo similar, o emprego da criptografia de chave pública confere segurança e privacidade às comunicações efetuadas por meio de redes abertas ao acesso de todos.

Seria um inadmissível contrassenso, e mesmo retrocesso, tornar ilegal ou limitar dessa maneira o uso de criptografia [...].

Além disso, a difusão da criptografia também tem garantido a segurança da comunicação de grupos de direitos humanos e indivíduos que se mobilizam contra regimes opressivos ao redor do mundo.

Em certa medida, a liberdade fundamental que assegura ao indivíduo o direito de fechar o portão de casa com um cadeado, elevar a altura do muro ou pendurar uma cortina na janela, autoriza cogitar uma espécie de direito fundamental à encriptação, ou pelo menos que o uso da criptografia consiste em uma ferramenta indispensável, nos dias de hoje, para assegurar o direito à privacidade.

O entendimento concerta-se com o decreto regulamentador do Marco Civil da Internet, que assume a criptografia como ferramenta de segurança, com a finalidade de proteger a inviolabilidade de dados do usuário e a privacidade de sua comunicação³⁹.

Na esteira desse raciocínio, percebe-se que, ao dar concreção ao postulado da inviolabilidade das comunicações privadas, a criptografia de ponta a ponta diz respeito tanto à proteção da privacidade quanto da segurança.

Assim também, ao proteger a privacidade, a criptografia facilita, ou permite, o exercício de outros direitos a ela relacionados, como a liberdade de expressão, garantia essencial para uma sociedade que se pretenda democrática. A esse respeito, destaca-se, novamente, relevante passagem do voto da Ministra Rosa Weber (2020, p. 10)⁴⁰:

Integra o pleno exercício das liberdades de expressão e de comunicação a capacidade das pessoas de escolherem livremente as informações que pretendem compartilhar, as ideias que pretendem discutir, o estilo de linguagem empregado e o meio de comunicação.

³⁹ “Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança: [...] IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes” (Decreto nº 8.771/2016).

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, ADI n. 5.527, Voto Ministra Relatora Rosa Weber. Disponível em: < <https://bit.ly/33HzBho> >. Acesso em: 17 set. 2020.

O conhecimento de que a comunicação é monitorada por terceiros interfere em todos esses elementos componentes da liberdade de informação: os cidadãos podem mudar o modo de se expressar ou até mesmo absterem-se de falar sobre certos assuntos, no que a doutrina designa por efeito inibitório (*chilling effect*) sobre a liberdade de expressão.

A violação da privacidade das comunicações, é evidente, torna as pessoas cautelosas em relação àquilo que dizem, reduzindo, assim, o ambiente plural da *Internet*⁴¹, acabando por instalar o temor e a inibição como parte da cultura política⁴².

O respeito à liberdade de expressão exige que os indivíduos possam se comunicar sem interferências indevidas, o que requer que suas comunicações sejam privadas e seguras, e, no papel de garantir tais predicados, a criptografia é essencial⁴³.

A difusão da criptografia também tem garantido a segurança da comunicação de grupos de direitos humanos e indivíduos que se mobilizam contra regimes opressivos ao redor do mundo. Banir a criptografia poderia ter implicações extremamente perigosas sobre ativistas de direitos humanos, jornalistas, denunciantes e dissidentes políticos, acabando por favorecer regimes autoritários⁴⁴.

⁴¹ “Maximizar o número e a diversidade de vozes que podem participar da deliberação pública é, ao mesmo tempo, uma condição e uma finalidade essencial do processo democrático. Nesse sentido, as garantias robustas para o exercício da liberdade de expressão pela internet são, na atualidade, uma condição para a possibilidade dessa abertura da esfera pública.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Liberdade de expressão e internet. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. § 18. 31 de dezembro de 2013. Disponível em: < <https://bit.ly/33a5476> >. Acesso em: 17 set. 2020).

⁴² A violação da privacidade das comunicações pode gerar uma restrição direta quando, por exemplo, o direito não puder ser exercido de forma anônima como consequência da atividade de vigilância. Por outro lado, a mera existência do programa de vigilância produz uma restrição indireta que gera um efeito inibidor sobre o exercício da liberdade de expressão. A respeito do efeito inibidor que a potencial violação à privacidade provoca à liberdade de expressão ver: NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de maio de 2011. § 26, 53 e 55. Disponível em: < <https://undocs.org/en/A/HRC/17/27> >. Acesso em: 17 set. 2020.

⁴³ Como salienta o Relator Especial da ONU para a liberdade de expressão, David Kaye, a criptografia e o anonimato criam uma zona de privacidade que permitem o exercício dos direitos à liberdade de opinião e de expressão, motivo pelo qual conclui que eventuais restrições ao uso de encriptação devem ser estritamente limitadas: “*Encryption and anonymity, and the security concepts behind them, provide the privacy and security necessary for the exercise of the right to freedom of opinion and expression in the digital age. Such security may be essential for the exercise of other rights, including economic rights, privacy, due process, freedom of peaceful assembly and association, and the right to life and bodily integrity. Because of their importance to the rights to freedom of opinion and expression, restrictions on encryption and anonymity must be strictly limited according to principles of legality, necessity, proportionality and legitimacy in objective. The Special Rapporteur therefore recommends the following.*” (NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Relatório do Relator Especial para a promoção e proteção da liberdade de opinião e de expressão, David Kaye, A/HRC/29/32. 22 de maio de 2015. § 56. Disponível em: < <https://undocs.org/en/A/HRC/29/32> >. Acesso em: 17 set. 2020).

⁴⁴ A esse respeito, ver mais uma vez as recomendações do Relator Especial para a promoção e proteção da liberdade de expressão, notadamente: “*States should promote strong encryption and anonymity. National laws should recognize that individuals are free to protect the privacy of their digital communications by using encryption technology and tools that allow anonymity online. Legislation and regulations protecting human rights defenders and journalists should also include provisions enabling access and providing support to use*

Em resumo, a criptografia confere eficácia e materializa a proteção dos direitos de liberdade expressão, liberdade de comunicação e privacidade, na medida em que “permite a comunicação livre, aberta e honesta, sem receio de que terceiros não autorizados tenham acesso ao seu conteúdo” (MAGRANI, 2017, p. 62)⁴⁵.

Além disso, não se pode olvidar a sua importância para que pessoas, governos e negócios continuem se comunicando de maneira segura, o que, em última análise, representa um vetor de promoção do crescimento econômico.

E, finalmente, deve-se ter em mente que a criptografia também visa coibir crimes, justamente os delitos que podem advir de sistemas inseguros, como fraudes, furto de identidade (account takeover), extorsão, e outros ilícitos associados à obtenção desautorizada de informações pessoais⁴⁶.

Portanto, a criptografia exerce papel instrumental de garantia do exercício de outros direitos que, em uma sociedade democrática, são essenciais para a vida pública. Por essa razão, propostas que impliquem limitações aos mecanismos de encriptação devem ser avaliadas com extrema cautela.

6. Considerações finais

Cada vez mais os serviços de mensagem instantânea têm oferecido criptografia forte por padrão, implementando protocolos criptográficos de ponta a ponta que não proporcionam ao provedor acesso ao conteúdo de conversas de seus usuários, e a principal razão para essa guinada é o fato de que os próprios consumidores estão buscando segurança para os seus dados pessoais quando optam por um entre os diversos aplicativos disponíveis no mercado.

A postura dos provedores de aplicação, não colaborativa com as agências de investigação criminal, tem gerado disputas ao redor do mundo a respeito da imposição de limites à encriptação. Nos Estados Unidos, o embate já se estabeleceu há muito, passando por diversas tentativas de impedir ou limitar o avanço da criptografia – tentativas que ficaram conhecidas por “*crypto wars*”⁴⁷ –, com iniciativas como a

the technologies to secure their communications.” (NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Relatório do Relator Especial para a promoção e proteção da liberdade de opinião e de expressão, David Kaye, A/HRC/29/32. 22 de maio de 2015. § 59. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/HRC/29/32>>. Acesso em: 17 set. 2020).

⁴⁵ Audiência Pública Conjunta, Marco Civil Da Internet, ADI 5.527 e Bloqueio Judicial do *WhatsApp*, ADPF 403. Ata. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁴⁶ Merecem destaque, também nesse ponto, as relevantes ponderações da Ministra Rosa Weber: “O *trade-off* aqui, portanto, não se dá entre segurança pública e privacidade, pois a pretensão que ameaça a privacidade, ainda que fundada no combate a uma ameaça imediata à segurança, vulnera no longo prazo, também a segurança das redes e seus usuários como um todo, expondo-os a maiores riscos de ciberataques, fraudes, roubos de identidade, invasão da intimidade extorsão etc. A mesma tecnologia que tornaria mais fácil às autoridades de segurança pública acessarem conteúdo armazenado pode – e, existindo, será – utilizada por criminosos para terem acesso a informações privadas de futuras vítimas.” (Supremo Tribunal Federal, ADI n. 5.527, Voto Ministra Relatora Rosa Weber. Disponível em <<https://bit.ly/33HzBho>>. Acesso em: 17set. 2020).

⁴⁷ Sobre o tema das “*cripto wars*” estadunidenses ver: LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Cripto wars* e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia

restrição da sua exportação e também ao uso doméstico, destacando-se neste ponto o programa de guarda de chaves conhecido como *Clipper Chip*⁴⁸.

As medidas de controle de exportação de criptografia forte implementadas nos Estados Unidos desestimularam o desenvolvimento de pesquisa pelas fabricantes americanas, diminuindo, por consequência, a disponibilidade de mecanismos de segurança de ponta no mercado interno; ademais, fizeram essa indústria americana menos competitiva frente a empresas estrangeiras não sujeitas às mesmas regras de controle, gerando, dessa maneira, elevados custos para a economia⁴⁹ e, evidenciando, mais uma vez, o peso da regulação⁵⁰.

nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://bit.ly/2R1CZmA> >. Acesso em: 17 set. 2020.

⁴⁸ *Clipper Chip* foi um chip desenvolvido pela Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA) para ser utilizado em equipamentos de voz seguros, como telefones criptografados, mas que, ao mesmo tempo, viabilizava que as chaves para decodificar as transmissões ficassem em depósito juntamente a um “terceiro confiado” para que pudessem ser acessadas no contexto de investigações criminais. O plano foi permeado por diversas polêmicas, e acabou abandonado, conforme bem sintetizou o resultado da mencionada pesquisa da FGV: “O governo desenvolveu um chip que poderia ser adquirido por empresas fabricantes de dispositivos de comunicação. Esse chip, alegava o governo, era mais seguro, conveniente e barato que outras soluções de criptografia disponíveis na época. A contrapartida era que as chaves criptográficas associadas a cada chip seriam enviadas para instituições associadas ao governo no momento da fabricação, permitindo a interceptação das comunicações quando embasada em uma ordem judicial. A proposta não vingou por uma série de razões. Em primeiro lugar, o chip possuía falhas técnicas que permitiam burlar o poder de interceptação do governo. Em segundo lugar, o algoritmo implementado no chip, o *Skipjack*, foi mantido em sigilo, impedindo a realização de testes públicos que poderiam confirmar ou desconfirmar sua solidez. Em terceiro lugar, a comunidade científica se mobilizou no sentido de rejeitar a proposta por seu alto custo, sua insegurança e sua excessiva complexidade técnica. Todos esses fatores contribuíram para a desconfiança em relação à iniciativa do governo, o que levou as empresas fabricantes de dispositivos de comunicação a não adotarem o *Clipper Chip*. Posteriormente, em 1999, o governo americano declarou que não mais buscaria formas de restringir o uso ou a implementação de ferramentas criptográficas no país, abandonando propostas de guarda de chaves e de controle de exportação”. (CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO. *Criptografia e Direito: uma perspectiva comparada*. Relatório de Pesquisa. Estados Unidos da América. In: *Criptomap*. FGV Direito SP, 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/33zN0rS> >. Acesso em: 17 set. 2020).

⁴⁹ “O crescimento econômico vem em grande parte da inovação em ciência, tecnologia e processos de negócios. Atualmente, o progresso tecnológico se dá em grande parte sobre a incorporação de inteligência – software e comunicações – em todos os lugares. Produtos e serviços que eram autônomos agora vêm com um aplicativo de celular, um serviço da *Web on-line* e modelos de negócios que envolvem anúncios ou assinatura. Sendo esses cada vez mais “sociais” e permitindo aos usuários conversar com seus amigos e atraí-los para o *Web marketing* do fornecedor. Países que exigem que esses novos aplicativos e serviços da Web tenham suas funções de comunicação de usuário-para-usuário (*user-to-user*) autorizadas pelo governo estarão em significativa desvantagem. Atualmente, o mundo usa amplamente aplicativos e serviços dos EUA, em vez de aplicativos aprovados pelo governo da Rússia e da China, proporcionando, assim, enorme alavancagem para as empresas dos Estados Unidos.” (ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete: exigências de acesso a todos os dados e comunicações pelo governo geram insegurança*. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018, p. 17. Disponível em: < <https://bit.ly/35Nxuvc> >. Acesso em: 17set. 2020).

⁵⁰ “É impossível operar a Internet comercial ou outra rede global de comunicações, mesmo em níveis modestos de segurança, sem o uso de encriptação. [...] No início dos anos de 1990, a comercialização da Internet era frustrada pelos controles do governo dos EUA sobre encriptação – controles que, em muitos aspectos, eram contraproducentes para os interesses comerciais e de segurança nacional em longo prazo. Um estudo de 1996 da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos concluiu que, ‘em última análise, as vantagens do uso mais difundido da criptografia superam as desvantagens’ [4, p. 6]. Quatro anos depois, diversos motivos fizeram com que os EUA afrouxassem os controles de exportação sobre encriptação, em resposta: a) às pressões da indústria; b) ao afrouxamento dos controles criptográficos de exportação pela União Europeia; c) aos controles criptográficos de exportação declarados inconstitucionais pelos tribunais

A experiência pioneira norte-americana, com diversos esforços para impor restrições à encriptação fracassados, deve servir de lição aos demais países. No momento, no Brasil, aguarda-se a decisão do STF acerca da legalidade dos bloqueios, algo que deve influenciar diretamente a condução do debate sobre regulação de criptografia no país, questão que se afigura chave para enfrentar o mérito das ações de controle concentrado, *ADI 5.527 e ADPF 403*.

O julgamento conjunto das ações iniciou em maio de 2020, com o voto de ambos os relatores revelando a tendência de que o STF entenderá inconstitucional a proibição da criptografia ponta a ponta ou a estipulação de restrições ao seu uso.

O cenário que se apresenta deve despertar os órgãos de persecução penal para a necessidade de adaptar o aparato investigativo de maneira a funcionar na presença de criptografia forte⁵¹, fazendo o bom uso de dados acessíveis nas plataformas de comunicação, como os metadados⁵² por exemplo, empregando técnicas especiais de coleta de evidências como a infiltração virtual⁵³, e também buscando soluções para contornar a criptografia, mediante acesso a dados disponíveis em serviços de computação em nuvem⁵⁴ ou ainda por meio da exploração de vulnerabilidades de sistemas e aparelhos (*government hacking*⁵⁵).

dos EUA; d) à crescente dependência das comunicações eletrônicas e do comércio.” (ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete*: exigências de acesso a todos os dados e comunicações pelo governo geram insegurança. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018, p. 17. Disponível em: < <https://bit.ly/35Nxuvc> >. Acesso em: 17 set. 2020).

⁵¹ “A inviabilidade técnica de introdução de falhas intencionais para interceptação legal não significa que plataformas de comunicação segura estejam completamente imunes a esforços de investigação ou qualquer outra intervenção do aparato investigativo. Na verdade, o esforço de investigação deve se adaptar às características de plataformas para comunicação segura para exercer o seu papel. Equipar agentes e especialistas com informação técnica acurada sobre essas tecnologias é garantir o poder investigativo do Estado em longo prazo, à medida que tecnologias de preservação de privacidade se disseminam cada vez mais.” (ARANHA, Diego de Freitas. O que é criptografia fim a fim e o que devemos fazer a respeito? In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RR-2.5. E-book). A respeito de maneiras de “contornar” a criptografia, ver: KERR, Orin S.; SCHNEIER, Bruce. Encryption Workarounds. *Georgetown Law Journal*, 20 de mar. 2017. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2938033> >. Acesso em: 17 set. 2020.

⁵² “[...] consideram-se metadados todos os dados e registros gerados a partir de uma comunicação e que não constituam o seu conteúdo em si, como, por exemplo, data, hora e duração da comunicação, remetente, destinatários, eventuais dados de localização geográfica do dispositivo (como Estação Rádio Base), códigos de identificação de dispositivos (como IMEI) etc.” (ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017, p. 17. Disponível em: < <https://bit.ly/3hLu5z7> >. Acesso em: 17set. 2020).

⁵³ A propósito do tema infiltração virtual, foi editada a Lei nº 13.441/2017, que autoriza expressamente a infiltração de agentes de polícia na Internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Para mais sobre o tema, ver: WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

⁵⁴ É comum que usuários façam cópia de segurança autorizada de suas conversas em serviços de armazenamento em nuvem, como *Google Drive*, *Apple iCloud* e *Microsoft One Drive*, para preservar acesso ao conteúdo em caso de perda de acesso ao dispositivo (e chaves criptográficas lá armazenadas). Ao contrário das mensagens enviadas e recebidas em aplicativos de mensagens como o *WhatsApp*, os *backups* dessas mesmas conversas, quando armazenados em nuvem, não costumam contar com a proteção da criptografia. (MENN, Joseph. *Exclusive: Apple dropped plan for encrypting backups after FBI complained – sources*. Thomson Reuters, 21 de jan. 2020. Disponível em: < <https://reut.rs/35TU3yj> >. Acesso em: 17set. 2020).

⁵⁵ Se o fluxo da comunicação não pode ser interceptado, então se atacam as pontas da comunicação. Nos EUA, por exemplo, o que a NSA tem feito há muito é explorar vulnerabilidades dos aparelhos utilizados na

Nesta conjuntura, a única estratégia viável para o Estado preservar poderes de investigação é modernizar-se, reformulando suas equipes e provendo-as com especialistas que detenham qualificação técnica voltada às novas tecnologias, empreendendo esforços na formação contínua de seus agentes de maneira a acompanhar a tendência crescente e, certamente, benéfica à coletividade do emprego de criptografia.

Referências

ABELSON, Harold et al. *Chaves Embaixo do Tapete*: exigências de acesso a todos os dados e comunicações pelo governo geram insegurança. Tradução: SALES, R. et al. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/35Nxuvc> >. Acesso em: 17set. 2020. Título Original: *Keys Under Doormats: mandating insecurity by requiring government access to all data and communications*.

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/3hLu5z7> >. Acesso em: 17set. 2020.

_____. *Passado, presente e futuro da criptografia forte*: desenvolvimento tecnológico e regulação. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 24-42.

ALEIXO, Gabriel. A criptografia aplicada para além da privacidade. In: DONEDA, Danilo (org.). *A regulação da criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. Não paginado.

ALIMONTI, Veridiana. Criptografia, direitos e a problemática polarização entre “privacidade individual” e “segurança coletiva”. In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. Não paginado.

ARANHA, Diego de Freitas. O que é criptografia fim a fim e o que devemos fazer a respeito? In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. Não paginado.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 9.808, 20 de março de 2018*. Autor: João Campos. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 20 de mar. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3hlz5Vvk> >. Acesso em: 17 set. 2020.

comunicação (endpoints), onde a informação não está criptografada. Sobre o tema *Hacking Governamental*, ver LIGUORI, Carlos. *Exploring Lawful Hacking as a Possible Answer to the “Going Dark” Debate*. 26 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 317, 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/33LtOYd> >. Acesso em: 17set. 2020. Ver também: SCHNEIER, Bruce. *O mercado de vulnerabilidades e o futuro da segurança*. Tradução: GOULART, Guilherme Damasio; SERAFIM, Vinícius Silveira. 2012. Disponível em: < <https://bit.ly/3hZyiPQ> >. Acesso em: 17 set. 2020. Título Original: *The Vulnerabilities Market and the Future of Security*.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 10.372, 06 de junho de 2018*. Autor: José Rocha. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 06 de jun. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3myty7y> >. Acesso em: 17set. 2020.

_____. *Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, DF, 11 de mai. 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. *Decreto nº 10.222, de 05 de fevereiro de 2020*. Aprova a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética. Brasília, DF, 05 de fev. 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10222.htm >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 99.735/SC. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. ANALOGIA COM O INSTITUTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DISPARIDADES RELEVANTES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 27 de nov. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3ccvYiy> >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527*. Voto Min. Relatora Rosa Weber. Brasília, DF, 27 de mai. 2020. Disponível em < <https://bit.ly/33HzBho> >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403*. Voto Min. Relator Luiz Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de mai. 2020. Disponível em < <https://bit.ly/3iN3UcT> >. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública Conjunta, Marco Civil da Internet, ADI 5.527, e Bloqueio Judicial do WhatsApp, ADPF 403*. Ata. Brasília, DF, 02, 05 de jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3c3jDli>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO. *Criptografia e Direito: uma perspectiva comparada*. Relatório de Pesquisa. FGV Direito SP, 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/33zN0rS> >. Acesso em: 17 set. 2020.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL (CERT.br). *Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br*. Atual 09 de set. 2020. Disponível em: < <https://www.cert.br/stats/incidentes/> >. Acesso em: 17 set. 2020.

COMEY, James. *Going Dark: Are Technology, Privacy, and Public Safety on a Collision Course?* Brookings Institution, Washington, D. C., 16 out. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/32DztQN>>. Acesso em: 17 set. 2020.

FAGUNDES, I.; SENRA, R. *Executivo do Facebook é libertado em SP*. BBC Brasil. São Paulo, 02 de mar. 2016. Disponível em: < <https://bbc.in/2FEcRqn> >. Acesso em: 17 set. 2020.

INTERNETLAB. *BLOQUEIOS.INFO*. Disponível em < <https://bloqueios.info/pt/linha-do-tempo/> >. Acesso em: 17 de set. 2020.

KERR, Orin S.; SCHNEIER, Bruce. Encryption Workarounds. *Georgetown Law Journal*, 20 de mar. 2017. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2938033> >. Acesso em: 17 set. 2020.

LEE, Timothy B. *Here's everything we know about PRISM to date*. The Washington Post. Washington D. C., 12 de jun. 2013. Disponível em: < <https://wapo.st/3mEg4qX> >. Acesso em: 17 set. 2020.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. Crypto wars e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://bit.ly/2RICZmA> >. Acesso em: 17 set. 2020.

LIGUORI, Carlos. *Exploring Lawful Hacking as a Possible Answer to the "Going Dark" Debate*. 26 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 317, 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/33LtOYd> >. Acesso em: 17set. 2020.

MACASKILL, E. et al. NSA files: decoded. *The Guardian*, 01 de nov. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2ZHLvXt>>. Acesso em: 17 set. 2020.

MENN, Joseph. Exclusive: *Apple dropped plan for encrypting backups after FBI complained – sources*. Thomson Reuters, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://reut.rs/35TU3yj>>. Acesso em: 17set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Revisão Criminal, 2. Roteiro de Atuação: Crimes Cibernéticos. 3ª edição. Brasília – DF, 2016. E-book.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Relatório do Relator Especial para a promoção e proteção da liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de maio de 2011. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/HRC/17/27>>. Acesso em: 17set. 2020.

_____. Assembleia Geral. Relatório do Relator Especial para a promoção e proteção da liberdade de opinião e de expressão, David Kaye, A/HRC/29/32. 22 de maio de 2015. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/HRC/29/32>>. Acesso em: 17set. 2020

NSA slides explain the PRISM data-collection program. *The Washington Post*. Washington D. C., 10 de jul. 2013. Disponível em: <<https://wapo.st/2ZM9k0g>>. Acesso em: 17 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, Liberdade de expressão e internet. Disponível em: <<https://bit.ly/33a5476>>. Acesso em: 17set. 2020

SCHNEIER, Bruce. *O mercado de vulnerabilidades e o futuro da segurança*. Tradução: GOULART, Guilherme Damasio; SERAFIM, Vinícius Silveira. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3hZyiPQ>>. Acesso em: 17set. 2020. Título Original: *The Vulnerabilities Market and the Future of Security*.

WHATSAPP’S Signal Protocol integration is now complete. 05 de abr. 2016. Disponível em <<https://signal.org/blog/whatsapp-complete/>>. Acesso em: 17set. 2020.

WOLFF, Rafael. Infiltração de agentes por meio virtual. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Breves apontamentos sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹

Brief remarks on the Incident Resolution for Repetitive Claims

João Carlos Mendes de Abreu*

Sumário

1. Proposta. 2. Introdução. 3. Conceito e Natureza Jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 4. Princípios que regem o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 5. Algumas questões referentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo apresenta alguns pontos principais a respeito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um instrumento desenvolvido pelo Código de Processo Civil (CPC/15), especificamente para o tema da litigância de massa. O incidente sob exame visa à formação de um precedente vinculante, a ser inicialmente observado no âmbito do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, o que possibilita a rapidez e a efetividade do acesso à justiça.

Abstract

This article points out the highlights about the Incident Resolution for Repetitive Claims, an instrument laid down by the Civil Procedure Code (CPC/2015), in order to deal with mass litigation. This incident provides a binding precedent, to be initially followed under the jurisdiction of a state or a regional federal court, which makes the access to justice faster and more effective.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Precedentes. Acesso à justiça. Efetividade. Rapidez de julgamento.

¹ Artigo escrito em memória da Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, recentemente convocada pelo Pai Celestial, como agradecimento pelos inúmeros cursos organizados durante o período da pandemia de 2020.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Keywords: *Incident Resolution for Repetitive Claims. Precedents. Access to justice. Effectiveness. Speedy trial.*

1. Proposta

Este artigo pretende examinar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como instrumento que amplia o acesso à justiça e concretiza o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CR/88; arts. 3º e 6º, CPC). Trata-se de uma técnica de gestão processual, disciplinada entre os arts. 976 a 987, CPC, para solucionar uniformemente as questões comuns de direito reprisadas nas lides seriais, tão peculiares em uma sociedade de massa como a atual. O instituto se destina à formação rápida de um precedente obrigatório, nos limites da competência de um tribunal de justiça ou de um tribunal regional federal, havendo possibilidades legais de expansão nacional da eficácia vinculante.

2. Introdução

O novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) tem como escopo precípua viabilizar o acesso à justiça, fazendo do processo um instrumento para a concretização das normas e valores constitucionais, sempre almejando a prestação de uma tutela jurisdicional justa.

Dentro de uma ótica e lógica de constitucionalização do processo civil, o CPC/15 deve ser examinado à luz da Carta Magna de 1988 (art. 1º, CRFB/88), de sorte que as interpretações das normas processuais merecem ser peneiradas, filtradas, mantendo-se incólumes tão somente aquelas que confirmam efetividade ao espírito da Lei Maior vigente. A interpretação conforme a Constituição, aliada à interpretação concretizadora dos valores constitucionais, afiguram-se, então, como consectárias do direito processual constitucionalizado.

Por conseguinte, o firme propósito do CPC/15 consiste em garantir o acesso à justiça aos cidadãos, a partir de normas que possibilitem a rapidez dos processos e a isonomia (para as partes e nas decisões judiciais), sem olvidar as garantias que englobam o devido processo legal. A celeridade e a isonomia são priorizadas juntamente com as garantias processuais constitucionais, com vistas à produção de uma decisão justa (CARNEIRO, 2016).

Nesse contexto, o CPC/15 deliberou por fortalecer a jurisprudência e os precedentes. Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior (CÂMARA, 2016). Os precedentes garantem a segurança jurídica e isonomia, exatamente porque permitem o mesmo tratamento a pessoas (partes) diferentes em processos da mesma natureza (*to treat like cases alike*).

Resumidamente (e abstraído-se as divergências existentes ao redor do tema), afirma-se que os precedentes podem ser obrigatórios (*binding precedents*) ou

meramente persuasivos (*persuasive precedents*). De qualquer sorte, no direito brasileiro, apenas a lei em sentido amplo pode prever os casos de precedentes obrigatórios (arts. 102, §2º e 103-A, CRFB/88; art. 927, I a III, CPC; arts. 947, §3º, 985 e 1040, CPC).

3. Conceito e Natureza Jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um procedimento incidental, vale dizer, uma técnica de gestão processual, que visa solucionar uniformemente as questões comuns de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único, CPC) reprisadas nas “lides seriais”, típicas de uma sociedade massificada como a hodierna.

O arcabouço do instituto encontra-se entre os artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015. Os requisitos para a instauração do incidente encontram-se no art. 976, CPC. Desde logo, aponta-se que apenas a repetição de questões de direito material ou processual (art. 978, I c/c 928, parágrafo único, CPC) permite a deflagração do IRDR; questões fáticas, ainda que exaustivamente reprisadas, não permitem que o incidente seja instaurado.

Trata-se, por outro lado, de um expediente que pertence, a um só turno, ao microsistema de casos repetitivos e de formação concentrada dos precedentes obrigatórios (DIDIER JR.; CUNHA, 2019). É imprescindível frisar que ambos os microsistemas foram estabelecidos como antídotos à situação de morosidade processual, bem como para efetivação do princípio da isonomia nas decisões judiciais.

No contexto do microsistema de gestão e julgamento dos casos repetitivos, encontram-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, o recurso especial e o recurso extraordinário repetitivos (art. 928, I e II, CPC). Os recursos de revista repetitivos, introduzidos no processo do trabalho pela Lei nº 13.015/2014, também fazem parte desse microsistema (DIDIER JR.; CUNHA, 2019).

Por sua vez, os julgamentos de casos repetitivos, o incidente de assunção de competência, o incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal e o procedimento de criação de súmula vinculante compõem o microsistema de formação concentrada dos precedentes obrigatórios (DIDIER JR.; CUNHA, 2019).

Verifica-se, então, que o remédio processual em apreço foi instituído para gerar com rapidez um precedente vinculante e obrigatório, nos limites de um estado ou região, conforme a decisão tenha sido proferida pelo tribunal de justiça ou por um tribunal regional federal (art. 985, CPC). Após instaurar o incidente, o órgão julgador afeta uma ou algumas causas representativas da controvérsia, na(s) qual(is) será firmada a tese vinculante (CABRAL, 2014).

4. Princípios que regem o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O IRDR foi criado pelo legislador processual com o fito de acelerar a formação de um precedente com eficácia obrigatória-vinculativa. Esse procedimento incidental foi pensado a partir de princípios como *acesso à justiça, economia processual, razoável duração do processo, isonomia e segurança jurídica*.

O princípio do *acesso à justiça* (*judicial review, judicial control*) encontra-se positivado no art. 5º, XXXV, CRFB/88 e no art. 3º do CPC/15. Consiste em um direito social básico (PINHO, 2019) que integra o mínimo existencial de uma vida digna. Na lição de Marco Antonio Rodrigues (2016), é um componente essencial da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Republicana de 1946 foi a primeira a tratar expressamente do princípio, em seu art. 141, §4º. As Cartas Magnas de 1967 e 1969 mantiveram a linearidade da anterior: em todos os três casos, o acesso à justiça possuía uma função repressiva, ou seja, abrangia apenas as efetivas lesões a direitos individuais.

A Constituição vigente inovou: o princípio do acesso à justiça – agora positivado como limitação material infensa à atuação do Poder Constituinte Derivado (art. 60, §4º, IV, CRFB/88) – abraça tanto as lesões, quanto as ameaças a lesões. Justifica, assim, o manejo da tutela preventiva ou repressiva para a proteção dos direitos individuais e coletivos (MENDES; SILVA, 2020). Ademais, a inafastabilidade do controle jurisdicional passou a ser uma garantia fundamental em relação aos direitos individuais e aos coletivos. A própria localização topográfica do princípio, inserido que fica no capítulo I do título II da Carta Magna, justifica tamanho alargamento.

O IRDR também surge como alvissareira notícia no campo da *economia processual*; afinal de contas, a formação rápida de um precedente vinculante aplicável às questões comuns repetidas nas demandas seriais poupa tempo e dinheiro. Ademais, tal instrumento tenta conferir uma nova roupagem à função jurisdicional, tornando-a menos morosa e, conseqüentemente, mais barata e eficaz. Busca, outrossim, diminuir os infundáveis acervos cartorários das inúmeras serventias judiciárias pátrias.

Cuida-se, pois, de um expediente da *Law and Economics* – análise econômica do Direito –, porquanto lança mão de uma técnica de gestão judicial processual, visando acelerar o andamento dos processos, obtendo-se, destarte, maior eficiência, com menores custos (FUX; BODART, 2017). A prolação sem delongas de uma decisão vinculante desestimula, em certo sentido, ações frívolas, em face da possibilidade da concessão de *sentenças liminares de improcedência* nos casos deflagrados em desacordo com o entendimento firmado em IRDR (art. 332, III, CPC). Por outro lado, premia com a *tutela de evidência* os litigantes cujos pedidos estejam em sintonia com o precedente vinculante firmado no IRDR (art. 311, II, CPC). Enfim, o IRDR possibilita dar maior economia e eficiência ao julgamento dos processos seriados.

Por conseguinte, o remédio processual em apreço está comprometido com a efetivação do princípio constitucional da *"razoável duração do processo"* (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88). Ele surge para responder a máxima de que justiça morosa não traz

pacificação social, melhor dizendo, é a própria negação da justiça (CARNEIRO, 2016). Juntamente com distintos instrumentos, tais como os recursos extraordinários e especiais repetitivos, limitação do manejo do agravo de instrumento e outros, o IRDR responde à norma-princípio insculpida no art. 4º do CPC, segundo a qual as partes têm o direito de obter em tempo razoável a solução integral do mérito.

A efetivação do princípio da *isonomia* (art. 5º, I, CRFB/88; art. 7º, CPC) é, outrossim, um elemento indissociável do remédio processual sob exame. A igualdade substancial abrange não só a paridade de tratamento concedido às partes, mas também a *isonomia das decisões judiciais* (*to treat like cases alike*). Julgados volúveis e díspares em relação a casos semelhantes afetam a segurança jurídica, pois impedem a adoção de comportamentos padronizados dos atores processuais (CARNEIRO, 2016). Ao contrário, uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC) fomenta o dever geral de cooperação (art. 6º, CPC), a ética e a boa-fé (art. 5º, CPC) dos sujeitos envolvidos no processo.

A *segurança jurídica* irradiada das decisões vinculantes proferidas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas faz-se sentida por todos os jurisdicionados. Até mesmo o controle da fundamentação da decisão jurisdicional torna-se facilitado: a decisão que não mencionar o *stare decisis* afigura-se como irregularmente fundamentada (art. 489, V e VI, CPC) e, por conseguinte, desafia a oposição de embargos declaratórios (art. 1022, parágrafo único, I, CPC). Enfim, o IRDR surge como uma das grandes apostas do CPC/15, que assumiu a tarefa de fortalecer a jurisprudência e os precedentes, sejam eles vinculantes ou persuasivos (arts. 926 a 928, CPC).

5. Algumas questões referentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas recebeu nítida influência do *Musterverfahren* germânico – sobretudo do procedimento-padrão estabelecido para o mercado de capitais (MENDES, 2017) –, o que foi admitido com todas as letras na “Exposição de Motivos” do Código de Processo Civil em vigor.

Aliás, a análise das fontes estrangeiras revela-se deveras útil para a resolução de controvérsias existentes em torno do instituto brasileiro. Aluísio Mendes (2017), por exemplo, defende que o tribunal, ao decidir o procedimento incidental, apenas fixa uma tese jurídica; a causa, propriamente dita, seria resolvida pelos juízos naturais. Tal posição decorre da própria tradução para a língua portuguesa do nome do instituto (*Musterverfahren*), ou seja, a hipótese envolve um procedimento-modelo, e não uma causa-piloto. Alexandre Câmara (2016), contudo, apresenta posicionamento divergente: fiel à literalidade do art. 978, parágrafo único, CPC, ele advoga que o tribunal fixa a tese jurídica e julga a causa, transformando o IRDR em uma verdadeira “causa-piloto”. Há quem sustente, por fim, que, *de lege lata*, restou-se estabelecido uma “causa-piloto”, porém o ideal mesmo seria que o legislador tivesse criado um “procedimento-modelo” (CABRAL, 2015).

Nos casos de desistência ou abandono processuais, contudo, tem caminhado a doutrina sem dissonâncias: em tais hipóteses, o IRDR assume verdadeira feição de procedimento-modelo, uma vez que prossegue apenas para o exame da tese jurídica (art. 976, §1º, CPC).

As fontes estrangeiras do instituto também podem elucidar o número mínimo necessário de processos repetidos para que seja possível instaurar o IRDR. O art. 976, I, CPC, exige a efetiva repetição de demandas que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito; silenciou o Código, no entanto, a respeito de qual seria o piso de repetições. Nesse sentido, poder-se-á lançar mão do número superior a vinte processos, na esteira do *Musterverfahren* da Justiça Administrativa. Alternativamente, existe também a possibilidade de se instaurar o incidente quando houver ao menos dez requerimentos para tanto, nos termos do *Musterverfahren* do mercado de capitais (MENDES, 2017).

Consoante já mencionado linhas atrás, o incidente estudado pertence, ao mesmo tempo, aos microssistemas de recursos repetitivos e de precedentes vinculantes (arts. 927, I a III, CPC; art. 928, CPC). Sendo assim, normas previstas para o IRDR podem ser aplicadas aos recursos especiais e extraordinários repetitivos e vice-versa: o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito dos recursos especiais repetitivos, admitia que o juízo natural concedesse ou mantivesse tutelas de urgência, enquanto o tema 106, referente ao fornecimento de medicamentos não previstos em protocolos do Sistema Único de Saúde, era apreciado. Fê-lo com base no art. 982, §2º, CPC². Por outro lado, o art. 1.036, §6º, CPC, que elege a pluralidade argumentativa como requisito obrigatório para a escolha da situação representativa da controvérsia nos casos de recursos especial e extraordinários repetitivos, pode ser perfeitamente aplicável na seara do IRDR, tal como defende Antonio Cabral (2014).

Resta verificar se o IRDR também pertence ao direito processual coletivo. Para Aluísio Mendes (2017), o direito processual coletivo compreende (i) as ações coletivas em sentido amplo, como as ações populares, ações civis públicas; (ii) os meios consensuais de resolução dos conflitos coletivos, a exemplo dos compromissos de ajustamento de conduta; (iii) instrumentos de solução de questões comuns ou de julgamentos a partir de procedimentos ou casos-modelo, como os recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o *Musterverfahren*, além do *Group Litigation Order* britânico.

Sofia Temer (2020) não enquadra o IRDR como um instituto de direito processual coletivo, conquanto tenha mencionado que seu nome original seria “Incidente de Coletivização”, *nomen juris* proposto pelo criador do instituto, a saber, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (MENDES, 2017). O caráter objetivo e abstrato do incidente, cuja meta consistiria apenas na fixação de uma tese jurídica, o distinguiria das outras

² QO na ProAfr no Recurso Especial nº 1.657.156 – RJ (2017/0025629-7). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Acórdão julgado em Brasília, DF, 24 de maio de 2017. Publicado no DJe de 31/05/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 out. 2020.

técnicas de direito processual coletivo, essencialmente subjetivas e voltadas para a resolução de casos concretos.

Por outro lado, o nome do instituto pode eventualmente levar o olhar menos arguto à conclusão de que apenas demandas idênticas reprisadas poderiam ensejar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. De forma alguma. Basta que haja a repetição de questões comuns, ainda que em demandas heterogêneas (art. 976, I, CPC). É verdade que, via de regra, o IRDR foi destinado aos interesses individuais homogêneos. Nada obstante, questões comuns emergentes de demandas não isomórficas também poderão levar à instauração do procedimento (TEMER, 2020). É o que ocorre quando o Tribunal de Justiça de Minas Gerais instaurou o incidente para discutir o cabimento de agravo de instrumento em desfavor de decisões interlocutórias proferidas em processos de recuperação judicial ou de falência (TEMER, 2020).

Assim sendo, a reprise das questões comuns pode ocorrer em demandas isomórficas ou não. Exige-se, entretanto, que a questão comum seja unicamente de direito (isto é, não referente a fatos), podendo ser de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único, CPC).

A repetição de casos comuns precisa ensejar uma potencialidade de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II, CPC). Exigem-se julgados controversos acerca da mesma questão. Jurisprudência pacificada, ainda que apenas relativamente, obsta a instauração do procedimento. Aluísio Mendes (2017) registra que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos do IRDR nº 0003096-69.2016.4.02.0000, inadmitiu um incidente destinado a definir se a presença do Ministério Público Federal na causa deslocaria, *de per se*, a competência para a Justiça Federal. Entendeu-se que o assunto possuiria diminuta discussão no âmbito do Tribunal, razão pela qual o requisito do art. 976, II, CPC não estaria preenchido.

Como se pode perceber, a potencialidade de risco à isonomia e à segurança jurídica foi expressamente exigida pelo legislador como requisito de instauração do IRDR. Contudo, o mesmo legislador não foi muito claro quanto à exigência de que haja processos em curso sobre o tema já no tribunal de justiça ou no tribunal regional federal, conforme o caso. Antonio Cabral (2015) e Alexandre Câmara (2016) respondem positivamente à indagação, com base inclusive na dicção literal do art. 978, parágrafo único, CPC, o qual dispõe que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente...”, o que tornaria clara a opção legislativa de que pelo menos uma das causas já estivesse no tribunal. Aluísio Mendes (2017), contudo, após arguir a inconstitucionalidade formal do aludido dispositivo, contenta-se com a mera existência de questões comuns reprisadas em demandas na primeira instância. A incompatibilidade vertical para com a Carta Magna decorre do fato de que tal dispositivo sequer fazia parte do processo legislativo, o que obstou a sua apreciação pelas Casas do Congresso Nacional.

De todo modo, não caberá a instauração do procedimento, quando a questão reprisada já tiver sido objeto de afetação a um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência (art. 976, §4º, CPC). Faltaria, no caso, interesse para a instauração ou prosseguimento do incidente (MENDES, 2017). Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro³ julgou prejudicado IRDR outrora instaurado para discutir a incidência ou não de ICMS sobre o sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), sob a alegação de que o tema fora objeto de recurso especial afetado à sistemática do recurso especial repetitivo.

Os legitimados para a instauração do remédio jurídico em análise encontram-se descritos no art. 977, CPC. Digno de registro é o papel conferido ao *Parquet* nos incidentes de resolução de demandas repetitivas: atua necessariamente em todos os procedimentos (art. 982, III, CPC), ainda que decorrentes de lides individuais, nas quais, em princípio, não haveria intervenção ministerial; tem plena legitimidade para suscitar a instauração do incidente (art. 977, III, CPC), e também para interpor recursos; pode deflagrar a reclamação, visando garantir a observância do acórdão proferido em sede de julgamento de IRDR (art. 988, IV); tem ao seu dispor, outrossim, o mecanismo da revisão de teses jurídicas (art. 985, §2º, CPC); não se exige pertinência temática para a atuação do Ministério Público nos incidentes de resolução de demandas repetitivas (ao contrário, por exemplo, do que se dá com a Defensoria Pública, cuja atuação pressupõe a defesa dos vulneráveis). Em remate: na qualidade de *custos juris* – ou, particularizando o discurso, de *fiscal da unidade do ordenamento jurídico* –, presume-se a existência de interesse público em todos os incidentes (TEMER, 2020), razão pela qual incumbe ao *Parquet* prosseguir com o IRDR no qual tenha ocorrido a desistência ou abandono (art. 976, §2º, CPC), ainda que para oficiar pela inadmissibilidade ou mesmo pela improcedência do pleito nele contido.

Instaurado o procedimento, discute-se a respeito da obrigatoriedade de suspensão dos processos individuais ou coletivos nos quais se discuta a questão repetida afetada ao julgamento do IRDR (art. 982, I, CPC). A despeito das palavras da lei, que parece induzir à conclusão de que sempre seria necessária a suspensão (“Admitido o incidente, o relator suspenderá...”), tem sido corrente o entendimento de que a suspensão pode ser afastada no caso concreto, diante de circunstâncias pontuais (MENDES, 2017). Na prática, contudo, verifica-se que a maioria dos processos acaba sendo suspensa (TEMER, 2020).

Durante a suspensão, o juízo no qual tramita o processo suspenso pode deferir medidas urgentes (art. 982, §2º, CPC). Tal suspensão, que em princípio atinge os processos em curso no âmbito do tribunal de segunda instância, pode ganhar contornos nacionais: basta, para tanto, que as partes, a Defensoria Pública ou o Ministério Público peçam ao STJ ou ao Supremo Tribunal Federal (STF) a suspensão nacional dos processos individuais e coletivos que versem sobre o objeto do incidente (art. 982, §3º, CPC). Caso efetivada tal medida, as Cortes Superiores impedirão antecipadamente possíveis consequências deletérias de julgados díspares proferidos pelos tribunais estaduais ou regionais federais.

³ IRDR nº 0045980-72.2017.8.19.0000. Relator: Des. Mauro Pereira Martins. Acórdão julgado no Rio de Janeiro, em 8 de março de 2018. Publicado em 23/03/2018. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/precedentes/ConsultarPrecedentes.aspx>. Acesso em: 17 out. 2020.

Deve-se observar que a instauração e o julgamento do incidente receberão a mais ampla e específica divulgação, inclusive por meio de registro eletrônico no sítio do Conselho Nacional de Justiça (art. 979, *caput*, CPC). Vencida a etapa instaurativa, passa-se ao contraditório antecedente ao julgamento do incidente.

O contraditório é intensamente alargado no incidente sob exame (art. 983, CPC). Há um efetivo contraditório participativo, por meio do qual as partes, interessados, *amici curiae* e Ministério Público, envidam esforços para influenciar a decisão que será proferida no IRDR.

Trata-se de um procedimento, portanto, que deve ser analisado sob a ótica do dever geral de cooperação, inserido no art. 6º, CPC (CARNEIRO, 2016). Existe, em realidade, uma abertura dos debates, e é essa pluralidade argumentativa que vai conferir legitimidade à decisão vinculante proferida ao final. O IRDR torna-se, assim, multipolar (TEMER, 2020), participativo, policêntrico e, por isso mesmo, justo (PINHO, 2017). Dito de outro modo: a legitimidade da formação do precedente vinculante no IRDR depende fundamentalmente da observância da precitada participação qualificada (CÂMARA, 2018).

Nessa toada, os *amici curiae* também assumem participação relevante na condução do instrumento jurídico: podem, respeitada a pertinência temática, participar dos debates que antecedem o julgamento das decisões no incidente (art. 984, II, CPC), e ainda foram premiados com a legitimidade recursal (art. 138, §3º, CPC). A legitimação e o empoderamento dos “amigos da corte” confere ao IRDR um caráter democrático, permitindo, de certo modo, que a comunidade – e não apenas o magistrado e as partes formais do procedimento – participe da formação do precedente.

Findos os debates, passa-se ao julgamento. Nos termos do art. 984, §2º, CPC, a decisão deverá abranger todos os fundamentos discutidos no IRDR, o que reforça o caráter participativo do instrumento. A tese jurídica firmada terá efeito vinculativo horizontal e vertical, ou seja, ela vincula o tribunal que apreciou o incidente, bem como os juízos hierarquicamente inferiores a ele.

É importante pontuar que o efeito vinculativo atinge os processos individuais e coletivos do estado ou região que versem sobre a questão debatida no incidente. A tese vinculante se espalha até mesmo aos feitos deflagrados perante os juizados especiais do respectivo estado ou região (art. 985, I, CPC).

Objetivamente falando, o que vincula nos precedentes obrigatórios são os fundamentos determinantes da decisão, isto é, a *ratio decidendi*; argumentos não determinantes, ou seja, firmados *by the way*, de passagem (*obiter dictum*), não são vinculantes. Torna-se necessário, portanto, analisar a decisão proferida no IRDR para verificar quais são os fundamentos que efetivamente funcionaram como razão de decidir. Não por outra razão, determinou o legislador que o *decisum* contenha a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, quer favoráveis ou não (art. 984, §2º, CPC).

Por conseguinte, faz-se mister separar as figuras da coisa julgada e da eficácia vinculante: essa abraça os fundamentos determinantes da decisão, ou seja, é na *ratio decidendi* que reside a vinculação. A coisa julgada, diversamente, recai sobre o dispositivo da sentença ou do acórdão (arts. 489, III e 504, I e II, CPC).

Aluísio Mendes (2017) e Sofia Temer (2020) concordam que a formação de um precedente com eficácia vinculante (ou vinculativa, como prefere a última) não afronta a Carta Magna de 1988, apesar de ter sido estabelecido por lei ordinária (art. 985, I e II, CPC). No entanto, vozes se insurgem contra o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) decorrente da decisão proferida em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015). Afirmam que tal efeito vinculante ofende a independência funcional dos magistrados; que não poderia ter sido estabelecido por lei ordinária; que vulnera a separação dos poderes, dado o caráter quase legislativo da decisão no incidente.

Leonardo Greco (2019) não chega a defender a inconstitucionalidade da eficácia vinculante da decisão prolatada no IRDR. No entanto, salienta que o precedente é meramente persuasivo em relação àqueles que não participaram do incidente, sob pena de ofensa ao contraditório, que é uma garantia constitucional, na forma do art. 5º, LIV e LV, CRFB/88.

Luiz Marinoni (2015) encara a decisão prolatada no incidente de modo singular, ao afirmar que o IRDR de modo algum gera um precedente. O art. 985, I e II, CPC implicaria um avanço da coisa julgada à questão prejudicial repetitiva, o que já fora genericamente previsto no art. 503, §1º, CPC; outrossim, o procedimento incidental permitiria uma extensão da coisa julgada a terceiros. Em suma: o IRDR se presta a uma ampliação objetiva e subjetiva da coisa julgada, mas não à formação de um precedente.

A prolação de decisões com eficácia vinculante (*binding precedents*) nos aproxima de institutos da *common law*. No entanto, observe-se bem: cuida-se de aproximação, não de filiação ao sistema da *common law*. Continuamos ligados à tradição romano-germânica, ou seja ao *civil law* (BARBOSA MOREIRA, 2001). Basta observar, por exemplo, que a eficácia vinculante das decisões proferidas no IRDR decorre de previsão legal (art. 985, I e II, CPC). Não é o juiz do caso seguinte que, por indução sistemática, resolve vincular-se a anteriores pronunciamentos (CÂMARA, 2016).

Por conta da globalização, ocorreu um intenso intercâmbio entre os países da *common law* e os da *civil law*, o que propicia a importação recíproca de institutos típicos da outra tradição jurídica: se, por um lado, o modelo de precedente vinculantes (*stare decisis*) tem apresentado cada vez mais espaço na nossa legislação, por outro, os ingleses agora contam com um código de processo civil, que é um elemento tônico da família romano-germânica (BARBOSA MOREIRA, 2001).

Há em doutrina quem faça uma distinção da eficácia meramente vinculante da decisão para os casos em andamento (art. 985, I, CPC), que seria diferente do precedente propriamente dito, esse sim, reservado apenas aos casos futuros (ZANETI

JR., 2015). Sofia Temer (2020), no entanto, não vê, por ora, necessidade de distinguir a eficácia em termos de casos pendentes ou futuros.

Entretanto, parece haver consenso de que o *stare decisis* atinge apenas os órgãos do poder judiciário abrangidos pela área do respectivo tribunal, não havendo que se falar em efeito vinculante para os órgãos administrativos (diversamente do que ocorre nas situações de fiscalização abstrata da constitucionalidade e de súmulas vinculantes, por força do art. 101, §2º e 103-A, CRFB/88).

O art. 985, §2º, CPC trata da mera comunicação aos órgãos prestadores de serviços públicos; para a Administração Pública, portanto, o precedente tem eficácia meramente persuasiva (TEMER, 2020). A despeito da inexistência do caráter vinculante, é importante salientar que o expediente do art. 985, §2º, CPC, pode fomentar uma melhoria considerável na prestação dos serviços por parte da Administração Pública e seus delegatários, contribuindo, assim, para a efetivação dos princípios da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/88), adequação, segurança e continuidade da prestação dos serviços públicos (art. 175, parágrafo único, IV, CRFB/88; art. 22, *caput*, Lei nº 8.078/90; art. 6º da Lei nº 8987/95).

A prévia comunicação ao órgão, ente ou agência reguladora competente para a fiscalização da tese adotada no precedente vinculante também pode fomentar, por parte da Administração Pública, a adoção de meios preventivos de solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º, CPC), impedindo-se, assim, a deflagração de um sem-número de demandas judiciais.

A decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas desafia os recursos especial e extraordinário, dotados de eficácia suspensiva, e com presunção da repercussão geral da questão constitucional (art. 986, *caput* e §1º, CPC).

Alguns autores entendem que tais recursos somente cabem nas hipóteses em que houver julgamento da causa propriamente dita. Nas situações restritas ao exame da tese jurídica – o que se dá, sem discussões doutrinárias, nos casos de desistência ou abandono do processo (art. 976, §1º, CPC) –, não seria possível interpor recurso especial ou extraordinário, por faltar o requisito da “causa decidida”, previsto nos arts. 102, III e 105, III, ambos da Constituição de 1988 (CABRAL, 2015). Aluísio Mendes (2017) e Sofia Temer (2020), ao reverso, não fazem tal ressalva. Nada obstante, Temer defende que o próprio vencedor tem legitimidade para recorrer da decisão proferida no IRDR, com o fito de estender nacionalmente o precedente vinculante (TEMER, 2020).

São também cabíveis os embargos declaratórios e a reclamação para garantir a observância do acórdão proferido no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 988, IV, CPC; 1022, parágrafo único, I, CPC).

Não se deve relegar ao oblívio que o próprio CPC/15 foi bastante feliz ao tratar de técnicas para distinção de casos (*distinguishing*) e superação de teses (*overruling*), nos termos do art. 489, §1º, VI, CPC. Assim, evita-se o engessamento da função jurisdicional. Situações de mutação legal ou constitucional, reconhecimentos supervenientes de erros e até mesmo mudanças de valores sociais constituem-se em fatores que permitem

a superação do precedente vinculante. Aliás, todos os precedentes, vinculantes ou meramente persuasivos, são essenciais para a segurança jurídica, o que não os torna, contudo, imutáveis. (MENDES, 2017). Lateralmente ao *distinguishing* e ao *overruling*, o CPC/15 também disciplinou o mecanismo de revisão de teses (art. 986, CPC).

6. Conclusão

Como é possível perceber, enormes são as utilidades do instituto ora descrito. Trata-se de uma técnica de gestão processual que permite a formação do precedente a partir de um único incidente, não sendo necessário aguardar o julgamento de diversas e infundáveis causas e recursos. Ademais, inexistem no IRDR as limitações temáticas presentes nas ações civis públicas, que não podem veicular questões tributárias, bem como outras indicadas no art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85 (MENDES, 2017).

Verifica-se a sua aplicabilidade nas arenas consumeristas, tributárias, concursais (recuperacionais e falimentares). Há, igualmente, diversos incidentes estabelecidos para análise de teses jurídicas referentes a gratificações e outras parcelas estipendiais de servidores públicos. Questões comuns de direito são igualmente replicadas na tutela coletiva, nas varas de família, bem como nas estruturas da infância e da juventude.

O IRDR tem um grande potencial: foi criado em princípio para os tribunais de justiça e para os tribunais regionais federais. Nada obsta, antes, tudo aconselha, que seja aplicado aos tribunais regionais do trabalho e aos tribunais regionais eleitorais, por força do art. 15, CPC. O remédio processual compatibiliza-se, inclusive, com o sistema dos juizados especiais cíveis e fazendários (MENDES, 2017).

Os horizontes do IRDR alcançam proporções nacionais: Sofia Temer (2020) menciona o caso de sua admissão no próprio STJ, nas hipóteses de competência originária ou mesmo no contexto dos recursos ordinários constitucionais.

Em remate, o estudo do IRDR revela-se bastante profícuo para a solução de demandas forenses. O instituto abraça uma nova concepção da função jurisdicional, bastante preocupada em fixar teses jurídicas para a solução dos problemas atinentes à litigiosidade de massa; as decisões judiciais nele proferidas, por isso mesmo, funcionam como guias para provimentos jurisdicionais posteriores (MENDES, 2017). O *Parquet*, a seu turno, recebe a função de *promoção e fiscalização da unidade do ordenamento jurídico*, a par das atribuições existentes até então.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, v. 240, p. 221-242, fev. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da Emerj*, v. 4, n. 16, p. 11-22, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1415-1454.

_____. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-223, maio 2014.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, ano 105, v. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos arts. 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT 2016. p. 73-115.

_____. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodium, 2019. v. 3.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e da uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito. *Revista de Processo*, v. 269, p. 421-432, jun. 2017.

GRECO, Leonardo. Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 657-699.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 249, nov. 2015.

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

_____; SILVA, Jorge Luís da Costa. Acesso à justiça e necessidade de prévio requerimento administrativo: o interesse como condição da ação – comentários ao recurso extraordinário nº 631.240, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, n. 3, p. 1-25, set./dez. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, p. 791-830, 2019.

_____. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos interesses transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodium, 2020.

ZANNETTI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1302-1338.

O Ministério Público na defesa do regime democrático: o combate à desinformação política (*fake news*) – um desafio que ainda se descortina

Kleber Couto Pinto*

Sumário

Introdução. 1. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. 2. A Democracia. 3. A Democracia na era digital. 4. *Fake news* – como antigamente. 5. Origem do termo *fake news* – um fenômeno comunicacional. 6. Donald Trump e Brexit – dois marcos teóricos. 7. A lesividade da desinformação política ou *fake news*. 8. Da caracterização das *fake news*, ou desinformação política. 9. Em busca de uma nomenclatura lusófona. 10. Desinformação política, pós-verdade e outros “pós”. 11. A liberdade de expressão na grande ágora. 12. *De lege lata* e *de lege ferenda*. 13. A doutrina e a jurisprudência no Brasil. 14. O Direito Comparado.

Introdução

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público conquistou a nobre função de velar pela ordem jurídica e pelo regime democrático. A democracia, entretanto, não possui um conceito estático, fechado, determinado. Como instituição social, ela sofre diretamente as condições sociais existentes em cada Estado que a adota. Com a revolução dos meios de comunicação, principalmente em relação à Internet, a democracia sofreu grandes impactos, alterando substancialmente seu fator existencial, e novas formas de democracia surgiram além da tradicional democracia representativa. Fala-se em democracia participativa, deliberativa, consensual, entre outras tantas. Tal substrato revela, assim, a democracia da era digital. Um dos fenômenos dessa espécie de democracia que tem abalado os Estados nos dias atuais é a desinformação política; ou seja, a prática de *fake news* no campo do poder político.

Por ser um fenômeno novo, extremamente sofisticado e sobremaneira tecnológico, as dificuldades do Ministério Público no cumprimento de sua função precípua de defesa do regime democrático têm sido imensas, assim como nas demais instituições. O Brasil, como a grande maioria dos Estados ocidentais, ainda não conseguiu compreender claramente o fenômeno e, por conseguinte, criar ferramentas de defesa para esse tipo de prática que fraudava o elemento volitivo das decisões políticas a serem tomadas pelo cidadão através de notícias falsas. Por outro vértice,

* Doutor na área de Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

a importação do termo *fake news* e a sua utilização de forma indistinta para qualquer notícia falsa propagada pela Internet trazem também obstáculos à formulação de um conceito jurídico e seu respectivo tratamento.

Trazer à discussão este tema é o objetivo destas breves reflexões. Espera-se possibilitar aos integrantes do Ministério Público que militam na área eleitoral – e outras afins – o enfrentamento das dificuldades típicas deste século XXI, as quais cada dia apresentam-se mais complexas. Para tanto, iniciamos nosso caminho discorrendo sobre o regime multiforme chamado democracia e a atuação do Ministério Público em sua defesa. Aquilatamos a lesividade drástica da prática de desinformação política em tempos de redes sociais de largo espectro. De semelhante modo, buscamos a origem moderna do termo *fake news* com a abordagem de dois grandes marcos históricos recentes: a eleição de Trump e o Brexit inglês. Apresentamos também a caracterização da desinformação política e a opção por esse termo lusófono, assim como tecemos alguns comentários acerca da chamada pós-verdade – por vezes confundida com a prática da desinformação. Não foi esquecido o eterno embate entre a liberdade de expressão como direito fundamental e a sua regulamentação legal na grande ágora digital. A questão legislativa ganhou destaque, bem como a visão doutrinária do direito comparado.

1. O Ministério Público e a defesa do regime democrático

Quando Cláudio Brocchetto Filho e Liliana Buff de Souza e Silva decidiram percorrer, em uma tarde de 1982, os longos corredores do Fórum Criminal da capital paulista para colher assinaturas de colegas de *Parquet* em um certo documento, eles tiveram algumas surpresas. Alguns negavam-se a assinar, afirmando que o conteúdo era tão ameaçador quanto o Manifesto Comunista. Outros tantos aquiesceram de forma displicente e acabaram assinando sem muito ânimo e credulidade nos resultados pretendidos, talvez já calejados pelos embates institucionais do dia a dia. Outro grupo, entretanto, assinou com grande entusiasmo e, vislumbrando o início de uma longa e gratificante jornada, engrossou as fileiras da busca propagada pelos subscritores. Tratava-se de uma proposta que mudaria o perfil institucional do Ministério Público no Brasil; endereçada à Associação Paulista do Ministério Público, ela foi posta em votação, causando polêmica e somente sendo aprovada pelo voto minerva do presidente da Associação. É o que consta no emocionante relato de Hugo N. Mazzilli.¹

Naquele mesmo ano, eu ainda estudava acanhadamente para enfrentar as provas de banca para o concurso do MP do Estado do Rio de Janeiro. Diversos outros fatos ocorreram ao longo dessa gloriosa caminhada. Entretanto, eles não serão propositadamente lembrados com um duplo objetivo. Em primeiro lugar, para que não sejam extrapolados os limites do presente. Em segundo, para que eu seja poupado do risco de fazer grandes injustiças, já que a luta prosseguiu e dela participei

¹ MAZZILLI, Hugo Negri. *O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocraciasen.pdf>>.

com valorosos amigos do Ministério Público do Rio de Janeiro e de outros estados. O resultado de tantos embates chegou com a promulgação da Constituição de 1988, quando os constituintes fizeram constar no artigo 127, que inaugurava o tratamento constitucional do *Parquet*: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (gn).

Cumpre, portanto, a instituição do Ministério Público o grave mister de defender o regime democrático; vale dizer, a própria democracia nos mais diversos prismas em que ela se apresenta.

2. A Democracia

Quando pensamos em algum objeto, naturalmente pensamos em um conceito fechado e determinado no tempo e no espaço. Entretanto, há determinados objetos – ou mesmo realidades – que são dinâmicos e não suscetíveis à conceituação fechada e acabada. As sociedades, por exemplo, vivenciam uma eterna dinâmica, uma eterna evolução, ou mesmo involução. As condições sociais não são estanques e imutáveis de tal forma a permitir a formulação de um conceito. Com as instituições sociais ocorre fenômeno semelhante, haja visto que são sociais. Quando pensamos em democracia, temos uma tendência natural à mesma prática; ou seja, tê-la como um objeto já determinado e existente no tempo e no espaço. As dificuldades de sua compreensão começam nesse ponto.

Há quem defenda que vivenciamos um momento de suicídio das democracias modernas com fundamento no crescente déficit democrático, como Claude Julien.² Há quem discursse sobre a morte da democracia como regime, como John Keane.³ Também existe quem, de modo diverso, sustente que a democracia está em um caminho perverso e que o sentimento de ódio à ela é cada vez mais constante, como Jacques Rancière.⁴ Há quem afirme estar ela sendo de alguma forma superada, caracterizando assim um Estado pós-democrático, como é o caso de Rubens Casara.⁵ Há também quem, por outro lado, vislumbre o seu aprimoramento sob a forma de poliarquia, como Robert Dahl.⁶ Independentemente da roupagem ou da leitura que damos, a democracia é uma instituição social praticada como regime político na grande maioria dos Estados do ocidente e, segundo W. Churchill, é o pior regime político à exceção de todos os outros já experimentados pela humanidade.⁷

² JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

³ KEANE, John. *Vida e morte da democracia*. São Paulo: Editora Almedina, 2010 e ainda LEVITSKY Steven; ZIBLAT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2018.

⁴ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Editora Boitempo, 2014.

⁵ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

⁶ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

⁷ Disponível em: <<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-razao-3823254.html>>.

Como instituição social, a formação – ou mesmo deformação – da democracia está naturalmente delimitada pelas condições sociais de cada Estado que a adota. Tais condições se constituem em sem número de variantes que influenciam o regime democrático praticado.

Conclui-se, com facilidade, que a democracia é atemporal. Não pode ser considerada jovial; entretanto, não podemos confirmar que enfrenta velhice precoce ou mesmo que esteja em seu leito de morte. A cada dia a evolução social trará uma nova vestimenta ao regime democrático, como se ele fosse – na sua condição ideal – um eterno por vir, como afirma o filósofo argelino Jacques Derrida, retratado na obra de Gustavo de Lima Pereira.⁸ A identidade da democracia é uma mistura entre a realidade posta como regime político de governo existente e praticado e a realidade que pede espaço para ser implementada. A democracia não é um lugar a ser alcançado pela eficiência da máquina administrativa, mas uma eterna promessa de um Estado melhor, com a pretensão de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade.

3. A Democracia na era digital

Em razão dos estreitos limites do presente artigo, não temos como nos aprofundar como a democracia merece neste momento de revolução dos meios de comunicação. Sequer nos é permitida uma maior reflexão sobre a modernidade líquida de Zygmunt Bauman⁹ ou mesmo sobre as sociedades em rede de Manuel Castells.¹⁰ O nosso objetivo limita-se a um fenômeno atual da democracia da era digital ainda pouco explorado pela doutrina. Sua existência tem sido constante na academia, mas, principalmente, na imprensa. Falamos agora das *fake news*, ou desinformação política. Por esse prisma, é possível a constatação de que a revolução da Internet trouxe profundas consequências na democracia hoje praticada e, portanto, nas atividades institucionais do *Parquet* como a instituição responsável pela defesa do regime democrático.

4. Fake news – como antigamente

Na Grécia Clássica da democracia direta, o orador que levasse argumentos políticos falsos para a assembleia dos cidadãos era punido com até dez anos de proibição de atuar nas assembleias populares – a chamada pena de ostracismo. As decisões sobre as quais pairavam dúvidas quanto a fraudes e corrupções no processo de decisão poderiam sofrer o *graphé paranomon* (uma espécie de *recall*), entrando novamente em pauta para ser discutidas e decididas na *Pnyx*.¹¹

⁸ PEREIRA, Gustavo de Lima. *Democracia em desconstrução: da tolerância a hospitalidade no pensamento de Jacques Derrida*. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em Rede*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2016.

¹¹ FINLEY, M. I. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1988. p. 28.

Por outro vértice, o poder da oratória e da retórica foi se tornando cada vez mais valioso para a defesa das teses a serem decididas nas plenárias. Os sofistas pré-socráticos – com destaque especial para Protágoras e Górgias¹² – acabaram por desenvolver sofisticadas técnicas de retórica e convencimento. Esse é um ponto importante na compreensão das *fake news* e da chamada pós-verdade, que, diga-se de passagem, são conceitos distintos. É nesse momento que o relativismo filosófico traz importantes influências no trato com a verdade, fazendo o homem se distanciar da teoria da correspondência ou adequação.

Dos tempos aristotélicos ao poder invisível de Norberto Bobbio,¹³ passando por “Crises na República” ou mesmo “Entre o Passado e o Futuro”, ambos de Arendt,¹⁴ ou ainda pela “Moralidade da Democracia” de Leonardo Avritzer,¹⁵ a verdade e a mentira sempre coexistiram no mundo da política. Não obstante, o fenômeno das *fake news* (desinformação política) hoje ganha os principais holofotes da mídia, da política e da própria academia das ciências sociais. Mas será que todas as afirmações falsas, mentiras e notícias fraudulentas podem ser consideradas *fake news*? Ou esse termo traduz distintamente uma forma de produzir notícias falsas com objetivos específicos?

5. Origem do termo *fake news* – um fenômeno comunicacional

O termo *fake news*, segundo Merriam-Webster Dictionary,¹⁶ tem vida longa. Já foi utilizado em séculos anteriores para traduzir sem qualquer distinção o conceito de notícia falsa. Com o passar do tempo, o termo caiu em total desuso e os falantes de língua inglesa passaram a utilizar o termo *false news* para conceituar uma notícia inverídica.

Por outro prisma, o termo *fake* começou a ganhar notoriedade avassaladora no mundo digital após a década de 80, principalmente com a possibilidade de os usuários das redes virtuais criarem perfis sem qualquer garantia de real identidade. Assim, surgiram os perfis falsos. Com eles, o termo *fake* ganhou espaço no vernáculo digital do mundo globalizado, referindo-se a todo objeto existente que não correspondesse à realidade. Do mundo digital para o real, o termo *fake* passou a igualar-se à qualidade de falso. Simultaneamente, ocorriam as eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos da América; momento em que a prática de viralizar notícias falsas pela internet era uma constante. Daí o surgimento do termo *fake news* para caracterizar as notícias que não correspondiam à verdade dos fatos. O próprio candidato Donald Trump¹⁷

¹² Cf. WOODRUFF, Paul. Retórica e relativismo: Protágoras e Górgias. Obra coletiva de LONG, A. A. Primórdios da filosofia grega. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2017. p. 365.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 75.

¹⁴ Em *Crises da república*, Hannah Arendt tece comentários sobre o tema: documentos do Pentágono que demonstram como a mentira nos meios políticos pode sobreviver às sociedades mais cultas. Na segunda obra, *Entre o passado e futuro*, Arendt dedica um capítulo exclusivo à mentira e política. As duas obras foram editadas pela Editora Perspectiva, de São Paulo na Coleção Debates (nº 85 e 64).

¹⁵ Cf. AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. Coleção Debates nº 272. São Paulo: Editora Perspectiva, 2012.

¹⁶ Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/fake%20news>>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁷ Há notícias jornalísticas no sentido de que foi Trump o primeiro a utilizar esse termo para desqualificar toda e qualquer notícia da grande imprensa ou mesmo da Internet que de alguma forma contrariasse seus interesses.

se utilizava do termo para desqualificar as notícias que não atendiam a seus interesses, adjetivando-as de *fake news*.

Assim, a origem contemporânea do termo está diretamente ligada a questões políticas e, como veremos abaixo, mais precisamente às eleições presidenciais dos EUA e ao plebiscito relativo à saída da Inglaterra da União Europeia, o Brexit. Não obstante, o termo se difundiu e toda notícia aparentemente falsa passou a ser rotulada como *fake news*, independentemente do meio em que ganham publicidade ou mesmo dos objetivos daqueles que as propagam.

Os obstáculos para a compreensão dessa prática e seus danos sociais são incontáveis. Além de traduzir um fenômeno recente, a complexidade da questão tecnológica é imensa, sobretudo em razão da utilização de robôs e agentes eletrônicos, além de uma parafernália de equipamentos de última geração. Além da complexidade técnica, a importação do termo anglófono revela mais uma dificuldade a ser enfrentada para o perfeito entendimento do fenômeno. O tratamento jurídico que deve ser dispensado passa necessariamente por essa compreensão, mormente pelo Ministério Público na qualidade de guardião do Estado Democrático de Direito.

6. Donald Trump e Brexit – dois marcos teóricos

Como afirmado acima, o termo *fake news* ganhou extrema notoriedade com as eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos da América. Há, nesse acontecimento, águas turvas e impenetráveis no que se refere às narrativas sobre os fatos ocorridos. Há versões que indicam atividades de *hackers* russos com a missão específica de invadir os computadores pessoais e de campanha da até então candidata Hillary Clinton, com o intuito de obter e fornecer à campanha de Trump informações estratégicas e sigilosas, assim como dados pessoais de seus integrantes.¹⁸ Apurou-se, de igual sorte, que um grupo de pessoas da Macedônia foi contratado para viralizar notícias falsas difamatórias em relação à candidata Hillary Clinton e enaltecidas ao candidato Donald Trump.¹⁹

Em outro frente, pelo que consta dos noticiários mundiais, a empresa inglesa *Cambridge Analytica* obteve junto à maior rede social do mundo, o *Facebook*,²⁰ uma lista de milhões de perfis de cidadãos americanos aptos a votar. Em posse desses perfis e com amplo acesso aos seus conteúdos, a *Cambridge Analytica* pôde traçar o perfil psicossocial dos usuários, separando-os por grupos como raça; sexo; níveis acadêmico, social e financeiro e preferências políticas, religiosas etc. Esses grupos, que possuíam traços em comum, passaram a receber milhares de mensagens bem redigidas com notícias falsas e comprometedoras, viralizadas por robôs e agentes

¹⁸ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/12/1841384-hackers-russos-invadiram-as-eleicoes-dos-eua-em-favor-de-trump.shtml>>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁹ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/estadao-verifica/macedonia-uma-usina-mundial-de-fake-news/>>. Acesso em: 15 set 2019.

²⁰ Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/03/facebook-e-cambridge-analytica-sete-fatos-que-voce-precisa-saber.ghhtml>>. Acesso em: 10 set. 2019.

eletrônicos, voltadas ao convencimento do eleitor de sufragar o nome de Donald Trump. Cada grupo recebia mensagens específicas e dirigidas com base na chamada teoria da confirmação, ou viés confirmatório.²¹ Tais notícias eram estruturadas e viralizadas – pelo menos em parte – com fundamento nas informações colhidas pelos *hackers* russos. A utilização de robôs e agentes eletrônicos é outro elemento digno de nota nas eleições presidenciais americanas, pois possibilitou o largo espectro garantido pelas redes sociais. Em pouco tempo, o quadro político alterou-se de forma substancial, acarretando na vitória do empresário sobre a concorrente. Essas forças incomensuráveis, portanto, teriam influenciado efetivamente no resultado do processo eleitoral da maior potência do mundo. Atualmente, procedimentos investigatórios sobre o caso estão sendo conduzidos pelas forças federais dos Estados Unidos e pelo próprio Congresso norte-americano.²²

Outro evento que causou grande alarde no mundo ocidental foi o movimento em direção à saída da Inglaterra da União Europeia, o que se convencionou chamar de Brexit. Novamente surge o *Facebook* em parceria com a *Cambridge Analytica* lançando dados e notícias falsas a milhares de ingleses que participariam de uma consulta popular sobre a permanência do país no bloco europeu.²⁸ O sistema utilizado, como amplamente noticiado, foi o mesmo das eleições nos EUA, com o agrupamento de pessoas e endereçamento de discursos específicos para cada grupo-alvo.

Há, de igual forma, rumores sobre eventos semelhantes em outras oportunidades em locais diversos, como nas eleições mexicanas e turcas e na consulta popular sobre o acórdão com as Farc. Há também notícias sobre a utilização de robôs e agentes eletrônicos para viralizar notícias falsas em meio às eleições brasileiras de 2018, por parte dos dois partidos antagônicos. O Ministério Público brasileiro tem enfrentado, principalmente no âmbito do TSE, uma série de representações relativas a impulsionamentos irregulares, assim como a propagação de notícias consideradas falsas e relacionadas com as eleições de 2018. Evidentemente, o mesmo ocorrerá nas eleições de 2020.

7. A lesividade da desinformação política ou *fake news*

Em novembro de 2018, o mundo se voltou para a demissão do procurador-geral dos Estados Unidos da América pelo presidente Donald Trump. As razões, como divulgado, estão ligadas diretamente à apuração do envolvimento da Rússia nas eleições presidenciais de 2016. Tem-se, então, uma ideia da gravidade vivenciada por aquele Estado. Não se fala em nulidade das eleições. Desde que as práticas questionáveis por parte da campanha de Trump foram descobertas, a imprensa e grande parte da população americana debate constantemente sobre a possibilidade de processo de *impeachment*

²¹ A teoria da confirmação, ou viés confirmatório, afirma que as pessoas possuem uma natural tendência a procurar dados e informações que confirmem entendimentos já preconcebidos, rejeitando todo o conhecimento que de uma forma ou de outra possam contradizer suas crenças.

²² Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/investigador-da-trama-russa-reitera-ao-congresso-que-nao-inocentou-trump-da-suspeita-de-obstruir-justica-23828738>>. Acesso em: 09 set. 2019.

do presidente.²³ Caso isso ocorra, sem dúvidas será algo impactante para a aldeia global. O mesmo tem ocorrido na Inglaterra, embora com menor intensidade, quando o tema é Brexit. Ora se fala em uma possível nulidade do Brexit²⁴ e a realização de um novo plebiscito, ora se empurra o “lixo para baixo do tapete” e os efeitos da maculada decisão popular são levados a cabo, ocasionando sucessivas quedas de primeiros-ministros e graves discordâncias políticas relacionadas ao acordo de saída.

A magnitude da lesividade relativa à prática da desinformação política, portanto, é imensa e atinge, como já mencionado, um dos mais importantes elementos da democracia: o elemento volitivo da decisão do cidadão, seja no processo eleitoral ou nas consultas populares. Ela fraudava o elemento volitivo, levando o cidadão a uma escolha fraudada, tornando essa decisão soberana plenamente nula. Não se pode refutar, portanto, que a prática desse tipo de *fake news* (desinformação política) atinge de maneira letal o regime democrático. O tema se tornou uma questão de Estado e, portanto, clama por uma atuação mais atenta do Legislativo e do Judiciário, mas principalmente do Ministério Público, como previsto no texto constitucional.

8. Da caracterização das *fake news*, ou desinformação política

Como afirmado acima, o termo *fake news* tem sido utilizado mundialmente de forma indistinta para toda e qualquer notícia falsa, até mesmo notícias verdadeiras cujo protagonista deseja desqualificá-las, como no caso de Trump. Não dispomos no Brasil, assim como em grande parte dos demais Estados, um conceito jurídico de *fake news* que venha a facilitar a caracterização e o combate da prática. Esse é o atual desafio; tentar caracterizar o fenômeno, possibilitando a formulação de um conceito, mesmo que volátil, de modo a possibilitar uma compreensão mais clara de tal realidade. Faz-se oportuno lembrança, como ponto de partida, que as presentes reflexões estão limitadas a um tipo específico de *fake news*: aquelas de natureza política, que lesem a democracia como regime político. Estão fora, portanto, desta abordagem qualquer outra notícia falsa que busque qualquer outro objetivo. Excluem-se, por exemplo, as *fake news* com objetivos econômicos, em que sites ou blogs noticiam escândalos na busca de cliques ou visitas, que aumentarão o valor de sua publicidade.²⁵ As notícias falsas relacionadas às questões da saúde pública, campanhas de vacinação

²³ “Especulações de que o presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, poderia ser alvo de um processo de impeachment voltaram à tona.” Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45281585>>. Acesso em: 14 set. 2019.

“Eleitores democratas querem impeachment de Trump, aponta pesquisa. Líderes do partido disseram que um impeachment exigiria provas contundentes o bastante para abalar até os apoiadores do presidente.” Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/eleitores-democratas-querem-impeachment-de-trump-aponta>>. Acesso em: 14 set. 2019.

²⁴ Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/09/boris-johnson-envolve-rainha-elizabeth-ii-no-pesadelo-do-brexit.htm>>. Acesso em: 14 set. 2019.

²⁵ Essa atividade se enquadra mais na figura típica do estelionato, em que o meio fraudulento é a publicação de escândalos e outras notícias chamativas que possam interessar ao público, independentemente de sua veracidade.

ou quaisquer outras, do mesmo modo, não se enquadram na perspectiva adotada no presente artigo.

Em primeiro lugar, essa desinformação conhecida como *fake news* deve ter como meio a propagação de uma notícia falsa e como finalidade a produção de uma visão equivocada em seu destinatário. Assim, notícias verdadeiras, ou meras opiniões pessoais reais, não se prestam ao papel de caracterização de uma *fake news* nos termos aqui tratados. Na dúvida sobre a veracidade da notícia, pode o integrante do *Parquet* se socorrer de sua assessoria em tecnologia ou mesmo a empresas de *fact-checking*. Nesse particular, há de ser lembrado que os fenômenos conhecidos como *deep fake* ou *real fake* podem trazer alguma dificuldade, mas que podem ser solucionados pelo trabalho especializado de uma perícia de TI (tecnologia de informação).

Em segundo lugar, deve a propagação da notícia falsa estar – em tese – relacionada às questões políticas em sentido amplo; ou seja, questões que envolvam toda e qualquer atividade política, seja ela partidária ou não, de cunho negativo ou mesmo positivo. Essa relação, necessariamente como critério diferenciador, deve-se ao fato de que o emprego da prática possui muitos objetivos e são exatamente esses objetivos que servirão de critérios diferenciadores. Algo similar à caracterização do *animus necandi* para diferenciar o homicídio dos demais crimes. Por exemplo, os crimes patrimoniais onde presente está o *animus furandi*. Esse é um critério que não traz grandes dificuldades aos promotores de Justiça fixados nas comarcas do interior ou mesmo em grandes metrópoles.

Em terceiro lugar, a intenção de influenciar a opinião pública é, sem dúvida, um dos requisitos caracterizadores da desinformação política. Seguindo os ensinamentos de Page e Shapiro, Emerson U. Cervi²⁶ lembra que há dois tipos de opinião pública. A primária, sedimentada, que se altera lentamente; e uma secundária, mais veloz, que é capaz de ser alterada profundamente pelo impacto dos fatos ou mesmo das notícias sobre esses fatos.²⁷ É nesse campo que atua a desinformação política, ou *fake news*. Do mesmo modo, não se vislumbra dificuldades para o membro do *Parquet* na apuração dessa característica, até mesmo porque ela se insere no mesmo contexto da primeira. Essa característica está diretamente relacionada com a próxima.

Em quarto lugar, a desinformação política, ou *fake news*, como ferramenta de campanha ou contracampanha política somente terá eficácia se atingir um espectro considerável de usuários das redes sociais.²⁸ Assim, não pode ser considerada para os

²⁶ CERVI, Emerson U. *Opinião pública e política no Brasil: o que o brasileiro pensa sobre política e por que isso interessa à democracia*. Coordenado por Felipe Borba e Alessandra Aldé. Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017. p. 275.

²⁷ Há cientistas políticos que avaliam o impacto da tentativa de homicídio sofrida pelo presidente Bolsonaro como um elemento influente no resultado do processo eleitoral. Disponível em: <<https://especiais.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/facada-que-mudou-eleicao-e-fez-os-eleitores-perderem-vergonha-de-bolsonaro>>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁸ A *Cambridge Analytica*, por exemplo, já declarou que tem em arquivo dados capazes de traçar o perfil psicológico de 100 milhões de americanos. Nem por isso há de se condicionar a caracterização dessa prática a cifras tão assustadoras. Entretanto, os mecanismos utilizados devem estar aptos a produzir efeitos de larga escala, de grande espectro social.

fins aqui fixados uma notícia falsa propagada exclusivamente em um pequeno grupo fechado de uma rede social. Nesse caso, pode ser que haja a caracterização de algum crime conta a honra ou, dependendo de suas consequências e ocasião de ocorrência, um crime eleitoral. Aqui, do semelhante modo, deve ser lembrado que esse espectro é variável. Portanto, em um processo eleitoral para prefeito de uma pequena cidade do interior, uma notícia falsa sobre um comportamento imoral do candidato pode produzir um efeito devastador, ainda que o espectro seja naturalmente menor do que em um processo eleitoral para escolha presidencial. Caberá, dessa forma, a cada operador do Direito – leia-se, a cada Promotor de Justiça da comarca com atribuições eleitorais – avaliar o caso concreto. Essa talvez seja a maior dificuldade técnica que os Estados Unidos da América estejam enfrentando; ou seja, como mensurar o espectro atingido, e o que é mais desafiador: como mesurar a real influência nas decisões políticas do cidadão.²⁹

Em quinto lugar, para produzir efetivamente o resultado desejado, geralmente é utilizado um arcabouço operacional com computadores de última geração, analistas, operadores, redatores e pesquisadores; ou seja, um pequeno exército com grande qualificação técnica. São criados perfis falsos e agentes eletrônicos programados para reagir a determinados impulsos por meio de *hashtags*. Esses operadores eletrônicos são capazes de emitir um *post* a cada dois segundos, ou 2.400 reações por hora. Esses agentes eletrônicos são tão bem desenvolvidos que podem reagir até com a emissão de palavras, levando o interlocutor a pensar que realmente conversa com uma pessoa física e natural.³⁰ Novamente aqui, o membro do *Parquet* deve estar atento à proporcionalidade dos efeitos pretendidos e alcançados, tendo em vista o espectro ou mesmo o nível intelectual do grupo destinatário. Oportuna, de igual modo, é a lembrança no sentido de que cada vez mais a inteligência artificial produz bons resultados sem a demanda de uma grande infraestrutura.

Em sexto lugar, a desinformação política, ou *fake news*, seria totalmente inútil se não tivesse um colorido de veracidade. Informes estapafúrdios não produzem qualquer resultado mensurável, pois não possuem credibilidade diante do homem comum. A desinformação política, para ser caracterizada, deve ser produzida com refinada técnica que a traveste de verdadeira. Quanto maior for o conteúdo verdadeiro de uma notícia falsa, é evidente que ela terá maior credibilidade no mercado do convencimento da opinião pública e, portanto, os objetivos do narrador terão mais chances de ser atingidos. Essa técnica indubitavelmente trará algumas dificuldades ao membro do Ministério Público, principalmente no campo da culpabilidade. Há notícias falsas tão bem elaboradas (como ocorre com o *deep fake* ou *real fake*) que

²⁹ Neste particular, *de lege ferenda* pode ser pensado em uma tipificação como crime de natureza formal, independentemente do resultado pretendido.

³⁰ O sistema – ou aplicativo – conhecido como Siri e instalável em qualquer *smartphone* pode ser considerada um agente eletrônico; ou seja, um sistema dotado de voz que consegue, como nos filmes de ficção de Hollywood, manter um diálogo lógico com seres humanos. Transforma os sons que recebe em algoritmos e formula respostas às perguntas ou solicitações recebidas, conta piadas, sustenta um diálogo, fornece informações, dá sugestões de como proceder em determinadas situações etc.

o usuário comum não tem qualquer possibilidade de aferir sua veracidade. Nesse aspecto, a possibilidade de haver zonas cinzas sem nítidas identificações é grande.

Em sétimo lugar, na prática da desinformação política, o direcionamento dos discursos e a técnica da narrativa estão geralmente presentes, revelando a sofisticação e o poder das estruturas que a praticam. Tanto na questão da eleição de Trump quanto no Brexit, essas técnicas estavam presentes, segundo Matthew D’Ancona.³¹ Na questão inglesa, por exemplo, foram disparadas milhares de mensagens para alguns grupos específicos que suscitavam medo nos ingleses em relação ao processo de imigração e seus impactos nos sistemas de saúde e educação, e ainda o medo do domínio da religião Islã, a chamada islamização da Inglaterra.³² Para o *Parquet*, esse é somente mais um elemento a consolidar um entendimento relativo à prática nefasta da desinformação política.

Por fim, há de ser lembrado que essa caracterização não depende da presença conjunta de todos os atributos aqui levantados. Haverá hipótese em que uma ou duas características não estarão presentes no contexto probatório geral. Outras poderão, em razão da sofisticação progressiva, estar mascaradas, turvas, sem grande nitidez. Destarte, não nos parece impossível que outros aspectos tão marcantes quanto os que foram aqui abordadas se descortinem ao longo da veloz evolução tecnológica que vivenciamos.

Tal qual em outros contextos processuais ou investigatórios, caberá ao membro do Ministério Público criar condições humanas e técnicas para desvelar as verdades ocultas, como tem sido feito com tanta eficiência e brilho. Um corpo especializado em tecnologia da informação, analistas de sistemas, programadores, digitadores e outros profissionais serão cada vez mais imprescindíveis ao bom andamento dos trabalhos ministeriais.

9. Em busca de uma nomenclatura lusófona

No Brasil, assim como em outros países, a assimilação desse estrangeirismo – *fake news* – traz, ou potencializa, sérias dificuldades à compreensão da prática e de sua nocividade social, até por se tratar de um fenômeno que ocorre no campo comunicacional. O mesmo se aplica ao tratamento jurídico a ser dispensado. Desse modo, encontradas algumas características específicas sobre as *fake news*, torna-se fundamental o encontro de um termo que produza um conceito mais regular e preciso. Como lembraria Nietzsche, os conceitos, apesar de nos aprisionarem, nos tornam mais seguros.³³

³¹ D’ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. São Paulo: Faro Editorial, 2018. p. 41.

³² Caroline Santos, candidata ao parlamento britânico pelo Partido da Independência do Reino Unido, chamou a religião islâmica de “doença cancerosa”, mas depois teve que explicar a sua posição, informa o periódico *The Independent*. Disponível em: <<https://br.sputniknews.com/europa/201705048311261-candidata-chama-islã-cancer/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³³ NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdades e mentiras no sentido extra-moral* (Obras incompletas). Tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 48.

No âmbito da atividade de inteligência, como afirma Joanisval Brito Gonçalves,³⁴ existe como objeto de estudo científico a informação, a contrainformação, a deformação e a desinformação. O conceito que mais se aproxima do termo *fake news* é o da desinformação; isto é, a propagação voluntária de uma informação falsa ou incorreta com objetivo de levar alguém a erro e tomar uma decisão equivocada e desejada por aquele que desinforma. Adota-se, portanto, daqui em diante, exclusivamente o termo desinformação política, que até aqui vinha sendo utilizado indistintamente em relação ao termo *fake news*.

10. Desinformação política, pós-verdade e outros “pós”

O pós-modernismo, segundo Steven Connor³⁵, começa com as obras de três autores: Jean-François Lyotard, Fredric Jameson e Jean Baudrillard. Em palavras rápidas, Lyotard³⁶ já afirmava, em 1979, que a incidência da tecnologia sobre o saber científico seria revolucionária em duas áreas principais: na pesquisa e na transmissão de conhecimentos. O saber se transformaria em algo traduzível para a linguagem das máquinas e aquele que não tivesse essa característica acabaria se perdendo. O Estado-Nação perderia, em pouco tempo, a condição de gestor maior do conhecimento.

De fato, há uma crise de representatividade dos valores tradicionais, abrindo uma porta para o relativismo filosófico. Nesse ambiente social, o bem e o mal perdem o colorido de absolutos e passam a ser sentidos de forma relativa e individualizada. Isso ocorre no campo da sexualidade (com a política de gêneros, na qual o critério biológico perde espaço para o critério psicossocial) até no campo da ética e do próprio humanismo, como a morte com dignidade, direito de esquecimento etc. A própria verdade perde seu valor absoluto de correspondência necessária com os fatos relatados. Surge, assim, a pós-verdade. Neste aspecto, a dualidade absoluta, verdade vs. mentira, transformou-se. A pós-verdade não é uma mentira ou uma falsificação da versão correspondente aos fatos, embora não sejam poucos os que assim entendem. A pós-verdade retrata uma situação cultural, coerente com a pós-modernidade, em que o conceito hermético, fechado e absoluto da verdade foi relativizado. O compromisso daquele que narraria uma versão com a coerência ou ainda a correspondência com os fatos ocorridos torna-se fragilizado, embora não inexistente. O narrador já não possui mais as mesmas amarras ao retratar determinada realidade. Dessa forma, utiliza-se a liberdade da narrativa para dar ou criar versões dirigidas a determinados interesses, formatando, assim, a consciência daquele que ouve ou lê a versão dada. Como conceitua o *Oxford Dictionary*,³⁷ as emoções e as crenças pessoais ganham mais importância que os próprios fatos a serem narrados. Essa técnica pode até lançar

³⁴ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 15.

³⁵ CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna: introdução às teorias do contemporâneo*. São Paulo: Editora Loyola, 1992. p. 29.

³⁶ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2000.

³⁷ Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com>>.

mão da desinformação ou de uma versão ilusória ou ainda de narrativas que, apesar de não corresponderem à realidade dos fatos, ao serem repetidas incessantemente, tornam-se “verdadeiras”³⁸ aos olhos do público ou a de uma parcela dele.

A pós-verdade, portanto, não se confunde com a desinformação política (*fake news*) ou qualquer outra notícia falsa. Pós-verdade é uma situação cultural vivenciada em sociedade na qual encontramos uma forma mais benevolente e mais relativizada de se elaborar uma narrativa, distanciando-se dos fatos e dando mais relevo a determinadas circunstâncias ou leituras com maior apelo emocional e/ou ideológico.

11. A liberdade de expressão na grande ágora

Hoje a discussão sobre a liberdade de expressão vem diuturnamente bater à porta dos usuários das redes sociais, da academia e dos operadores do Direito. A princípio, a Internet é – ou deveria ser – um espaço de inteira liberdade de pensamento, de conduta, de posicionamento filosófico, político, jurídico, social etc. Em suma, uma grande ágora onde a tribuna fosse absolutamente livre. Há defensores radicais dessa ideia que argumentam que essa é a única tribuna livre que o homem possui. Entretanto, como meio social – ou seja, como ambiente em que são travadas e mantidas relações sociais – nada mais natural do que a existência de uma regulamentação, até mesmo porque *ubi societas, ibi jus*. A discussão se torna mais acalorada quando é levada para um eventual embate entre a liberdade de expressão e a tipificação e/ou normatização de condutas dos usuários.³⁹

A experiência da Malásia foi enriquecedora. Foi um dos primeiros países que instituíram uma legislação em que a prática da desinformação política foi considerada crime passível de prisão de até seis anos. Entretanto, chegou-se à clara conclusão de que a legislação criada foi extremamente nociva. Para que se tenha uma ideia do desacerto, a primeira condenação veio para um australiano que teria usado a Internet para fazer uma crítica às forças policiais que demoraram a chegar no local de uma emergência.⁴⁰ Ele foi preso em razão de uma simples crítica à administração da segurança. O fato evidenciou aos olhos da comunidade internacional que a tipificação da desinformação política, na verdade, serviu à criação de um instrumento de censura, com profunda lesão às garantias da liberdade, principalmente a liberdade de expressão. Em agosto

³⁸ Ver a verdade de Joseph Goebbels.

³⁹ Em entrevista dada ao canal virtual denominado Expresso, da portuguesa Rede Sapo, David Kayne, integrante da ONU (Departamento de garantias da liberdade de expressão e informação), afirma ser a criminalização dessa prática desnecessária e lesiva ao direito fundamental de liberdade de expressão e informação. Ele cita casos ocorridos na Turquia e no Egito, onde o Estado puniu severamente autores de reportagens que manifestavam alguma oposição ao governo. Disponível em: <<https://expresso.pt/internacional/2018-04-11-Ha-muitos-paises-onde-a-a-desinformacao-e-crime-nao-lhes-chamam-fake-news-mas-a-ideia-e-exatamente-a-mesma>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁰ “Lei contra *fake news* na Malásia condena primeira pessoa. Detido no dia 23, dinamarquês fez críticas imprecisas à polícia no *YouTube*.” Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/lei-contra-fake-news-na-malasia-condena-primeira-pessoa-22640073>>. Acesso em: 10 set. 2019.

de 2018, o periódico inglês *The Guardian* noticiou que a Malásia teria retrocedido e revogado a lei que tipificava a desinformação política.⁴¹

12. De lege lata e de lege ferenda

O Brasil ainda não tem uma legislação específica sobre a desinformação, principalmente a desinformação política. Assim, as dificuldades que encontram os operadores de Direito, inclusive os membros do Ministério Público, são múltiplas. Temos uma legislação esparsa que procura tutelar direitos diversos nas mais diversas áreas de atividade humana, inclusive no campo virtual.⁴² Há diversas normas de aplicação subsidiária. No Código Penal, por exemplo, encontramos os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação), que podem ser perpetrados pela Internet, e nem por isso – pelo meio utilizado – a conduta se torna atípica. A chamada Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012) merece algum destaque pela originalidade. Foi motivada pela invasão dos computadores pessoais da artista e viralização de seus *nudes* nas redes sociais. Tratou-se da primeira lei que procurou tipificar condutas relacionadas às atividades de *hackers* nas redes sociais. Do semelhante modo, merece destaque a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que procura estabelecer princípios a serem observados na aplicabilidade normativa e, ainda, proclamar determinados objetivos que devem ser considerados como norteadores da atividade digital.

No que se refere mais precisamente à desinformação política, o destaque vai mesmo para a Resolução nº 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral. Ali encontraremos uma grande gama de normas voltadas para a desinformação política. Na realidade, o legislador do TSE fez uma verdadeira compilação de normas já existentes no campo da propaganda eleitoral e em outros campos relacionados à atividade relativa ao processo de escolha de nossos representantes. A Resolução, dessa forma, abrange o Código Eleitoral – ou seja, a Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965 – com as alterações posteriores ocorridas pela Lei nº 9.504/97; vale dizer, pela Lei nº 11.300/2006, pela Lei nº 12.891/2013, pela Lei nº 13.165/2015, pela Lei nº 13.487/2017 e pela Lei nº 13.488/2017.

O ponto extremamente falho está no fato de que a aplicabilidade dos dispositivos se refere à propaganda ou contrapropaganda eleitoral em período certo. Haveria, portanto, a possibilidade de a desinformação política ser praticada fora do período eleitoral ou, mais precisamente, fora do período de propaganda eleitoral, e a prática permanecer impune. Tanto assim é que, cessado o período de propaganda eleitoral, as medidas judiciais relacionadas aos conteúdos de postagens

⁴¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/malasia-primeiro-pais-revogar-lei-combate-fake-news>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴² A Lei nº 5.250 (Lei de Imprensa), de 1967, por entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça tinha aplicação subsidiária relacionada à publicação ou propagação de notícias falsas. Entretanto, já não possui vigência por ter sido considerada inconstitucional pelo STF.

perdem os efeitos, cabendo cada parte interessada em sua supressão a demanda judicial em separado⁴³.

Outro ponto digno de nota é a atualíssima Lei nº 13.834 de 04 de junho de 2019⁴⁴. O Projeto de Lei teve veto parcial no § 3º do artigo 2º, por parte do presidente da República. Em 28 de agosto de 2019, o Congresso Nacional decidiu pela rejeição do veto presidencial, seguindo o projeto para a promulgação. Embora a mídia e grande parte dos integrantes do Congresso Nacional tenham sustentado que se trata de uma norma que objetiva coibir com penas mais severas a prática de desinformação política (*fake news*), na realidade trata-se de um dispositivo que altera o Código Eleitoral, fazendo inserir no artigo 326 uma nova norma identificada com o nº 326-A. Por tal norma fica inserido como crime eleitoral a denúncia caluniosa, já conhecida no próprio Código Penal. A norma estabelece regra de caráter especial pela natureza eleitoral, mas sem adicionar as características ou mesmo sequer mencionar a prática de desinformação política. Conclui-se que o meio utilizado pelo agente pode ser qualquer um, até mesmo uma carta apócrifa endereçada à autoridade investigante, incluindo, é lógico, o meio digital. O tipo penal fala em “*dar causa*” à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. Não basta somente a conduta. Trata-se de crime material que tenha que trazer como resultado necessário a instauração de inquérito policial ou civil, ou ainda ações judiciais.

No que tange à questão relativa a *lege ferenda*, há na Câmara dos Deputados diversos projetos de leis em andamento, inclusive tipificando a conduta de desinformação política. São cerca de 20 projetos de lei dos quais ganha destaque o PL 9.931/2018, de autoria da deputada federal Érika Kokay, do Partido dos Trabalhadores. Apesar de alguns equívocos, é, sem dúvida, o que mais se aproxima da identificação e de um tratamento jurídico adequado para a desinformação política. No Senado, é notada a existência de somente um projeto, de autoria do senador Ciro Nogueira. Trata-se do PL 473/2017, que altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940,

⁴³ Artigo 33, § 6º da Resolução nº 23.551/2017 do TSE.

⁴⁴ Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faça saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei acrescenta artigo à Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral.

Art. 2º A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 326-A: “Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incurrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído (VETADO)”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de junho de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Cria-se o artigo 287-A e causas de aumento de pena.

13. A doutrina e a jurisprudência no Brasil

No que se refere à doutrina brasileira, o tema tem sido tratado academicamente. Encontramos diversas obras que versam sobre a desinformação política, mas na sua grande maioria com um foco mais jornalístico do que propriamente jurídico. São obras estrangeiras que foram traduzidas no Brasil, principalmente cometendo a natural confusão entre *fake news* e pós-verdade.⁴⁵ Em termos de obras jurídicas, são conhecidas duas da Editora Revista dos Tribunais, com o mesmo estilo (obras coletivas) e de conteúdo semelhante, até com identidade de autores.

No que diz respeito ao posicionamento dos nossos tribunais, vamos encontrar a grande maioria das decisões relacionadas à desinformação política no âmbito do Direito Eleitoral, como era de se esperar. Entretanto, vamos nos deparar com decisões com uma disparidade assustadora, principalmente as ligadas ao já mencionado embate entre o princípio da liberdade de expressão e a regulamentação das postagens no período da propaganda eleitoral, não só no que se refere ao conteúdo⁴⁶ como também a prática do chamado impulsionamento digital.⁴⁷

14. O Direito Comparado

Embora os estreitos limites do presente não permitam grandes divagações, uma rápida pincelada sobre a visão internacional parece pertinente.

Como se conclui, o fenômeno da desinformação política é extremamente recente e ocorre em uma realidade digital cuja marca maior é a velocidade dos acontecimentos. A doutrina ainda se ressentir dessa jovialidade, apresentando esparsos artigos acadêmicos. Os Estados ainda procuram uma melhor compreensão do fenômeno que possibilite um tratamento jurídico mais adequado. Desse modo, seria mais claro indicarmos, a princípio, algumas tendências ou escolas que se tem revelado e se revelarão ao longo de alguns anos.

A tendência europeia, mais interventiva, revela-se em um entendimento esposado por grandes juristas e cientistas políticos europeus no sentido de que os grandes provedores e plataformas não podem lucrar milhões de euros por mês sem que lhes sejam exigidas responsabilidades na propagação da desinformação política

⁴⁵ Nesse sentido, consultar as obras: *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake News*, de Matthew D'Ancona (Faro Editorial); *A morte da verdade*, de Michiko Kakutani (Editora Intrínseca); *A era da pós-verdade: desonestidade e enganação*, de Ralph Keyes (Editora Vozes); *A guerra das narrativas*, de Luciano Trigo (Globo Livros); *Ética e pós-verdade*, de Christian Dunker, Cristóvão Tezza, Julián Fuks, Marcia Tiburi e Vladimir Safatle (Liter Cultura); entre outras.

⁴⁶ Consultar os seguintes julgados: REP (11.541) 06009986-66.2018.6.00.0000 e REP.060054670.2018.6.00.0000.
⁴⁷ "TSE multa coligação de Haddad por impulsionar conteúdo contra Bolsonaro." Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/tse-multa-coligacao-de-haddad-por-impulsionar-conteudo-contrabolsonaro/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

e das demais notícias falsas, sejam elas propagadas em qualquer campo de cognição humana. Essa é a tendência que explica a legislação alemã,⁴⁸ por exemplo, que prevê multas de até cinquenta milhões de euros a provedores e plataformas caso não retirem da Internet postagens irregulares em um curto espaço de tempo. A Espanha segue a mesma trilha. A Inglaterra ainda discute a elaboração de uma legislação mais severa em relação aos provedores, não deixando de lado a perspectiva educacional dos usuários.

A tendência dos Estados Unidos da América já se revela bem mais liberal em relação aos provedores e plataformas que viabilizam o funcionamento das redes sociais. Há maior investimento nas empresas de *fact-checking* e em campanhas educacionais dos usuários.

Em um seminário internacional sobre desinformação política promovido pela Fundação Getúlio Vargas, do Rio de Janeiro, o jurista argentino em sua conferência lembrou com grande propriedade Steven Pinker,⁴⁹ para quem o homem vivencia um momento singular da humanidade: a quarta revolução industrial, nos dizeres de Klaus Schwab,⁵⁰ na qual o homem experimenta a certeza das incertezas, convive com a mudança das mudanças e depara-se com a inexistência da impossibilidade. Esse é o desafio do Ministério Público que se descortina a cada dia com uma nova face.

⁴⁸ Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/118616-multa-pesada-redes-sociais-terao-24h-excluir-post-odio-alemanha.htm>>. Acesso em: 21 set. 2019.

⁴⁹ Catedrático de Harvard, autor de *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo* (Editora Companhia das Letras).

⁵⁰ Klaus Martin Schwab, engenheiro e economista alemão, fundador do *European Symposium of Management*, que se transformou, em Davos, no ano de 1987, no Fórum Mundial de Economia. Autor da obra *A quarta revolução industrial* (Editora Edipro).

A trajetória das Políticas Públicas de moradia para pessoas com deficiência e para pessoas com transtorno mental no Estado do Rio de Janeiro

Renata Scharfstein*

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico do tratamento conferido às pessoas com deficiência. 3. Desinstitucionalização. 4. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com deficiência e de moradia para pessoas com transtorno mental. 4.1. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com deficiência. 4.2. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com transtorno mental. 5. Objetivos e estratégias da política de moradia para pessoas com deficiência e pessoas com transtorno mental. 6. Residência Inclusiva (RI). 7. Serviço Residencial Terapêutico (SRT). 8. Mapeamento da Implantação da Política da Residência Inclusiva no Estado do Rio de Janeiro. 9. Mapeamento da Implantação da Política do Serviço Residencial Terapêutico no Estado do Rio de Janeiro. 10. Possíveis razões para resultados diferentes e desafios. 11. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo aborda o direito fundamental à moradia e convivência social assegurado às pessoas com deficiência, nelas incluídas as pessoas com transtorno mental egressas de internações de longa duração. Trata-se de análise comparativa da trajetória e resultados alcançados desde a implementação da Política Pública da Residência Inclusiva, vinculada à Assistência Social (SUAS), e do Serviço Residencial Terapêutico, ponto da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS, integrante da Saúde (SUS).

Abstract

This article addresses the issue of the fundamental right to housing and social coexistence guaranteed to people with disabilities, including people with mental disorders who have been discharged from long-term hospitalization. It is a comparative analysis of the path and results achieved since the implementation of the Public Policy of Inclusive Residence, linked to Social Assistance System (SUAS), and the Residential Therapeutic

* Pós-Graduada em Tutela Coletiva e Políticas Públicas pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IERBB/MPRJ. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Subcoordenadora do CAO Idoso/Pdef.

Service, which is a point of the Psychosocial Care Network -RAPS, part of the Brazilian Health System (SUS).

Palavras-chave: Pessoa com deficiência e transtorno mental. Inclusão Social. Política de Moradia. Residências Inclusivas e Serviços Residenciais Terapêuticos. Trajetória e resultados alcançados. Desafios.

Keywords: *Person with disability and mental disorder. Social Inclusion. Housing Policy. Inclusive Residences and Residential Therapeutic Service. Trajectory and results achieved. Challenges.*

1. Introdução

O presente trabalho visa explorar a trajetória da Política Pública de Moradia para determinados segmentos populacionais em situação de vulnerabilidade e rompimento de vínculos, quais sejam, as pessoas com deficiência e elevado grau de dependência e as pessoas com transtorno mental egressas de Instituições Psiquiátricas.

O primeiro grupo é destinatário da Política Pública de Residências Inclusivas, sendo vinculada ao Sistema Único de Assistência Social (SUAS)¹, e o segundo ao Serviço de Residências Terapêuticas, vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS)².

As referidas políticas têm importância inconteste e visam solucionar problemas sociais de alta complexidade. Apesar da semelhança entre elas, a trajetória de

¹ A Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), institui a Assistência Social como dever do Estado e estabelece que esta política será operacionalizada por meio de um sistema denominado Sistema Único de Assistência Social – SUAS (art.6º da Lei nº 8.742/93). O SUAS é gerido e financiado de forma partilhada entre as três esferas de governo (artigo 6º, I e artigo 13), conforme regras nacionalmente estabelecidas. Tais regras de organização, gestão, financiamento e execução do SUAS são definidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, órgão criado pela Lei nº 8.742/93 como instância superior de deliberação do SUAS, de caráter fiscalizatório e normativo (artigo 18). Tais parâmetros foram estabelecidos pelo Conselho na Norma Operacional Básica do SUAS, aprovada pela Resolução CNAS 33/12. Para operacionalizar o SUAS em seu âmbito, cada ente deve fixar suas respectivas políticas de assistência social. O ERJ publicou a Política Estadual de Assistência Social por meio da Lei nº 7.966/18. A Lei Estadual determina que a Política de Assistência Social no estado deve ser executada em observância às responsabilidades, normas e competências previstas no NOB/SUAS. Isto implica a adesão a um modelo participativo de organização da política, cujos parâmetros de gestão e de financiamento serão pautados por regras nacionalmente estabelecidas e aprovadas por instâncias participação e de controle social.

² A Lei nº 8.080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde. Conforme definição constante do site do Ministério da Saúde (www.saude.gov.br), o Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde. A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios. A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica.

implementação de cada uma delas no Brasil e, em especial, no Estado do Rio de Janeiro, produziu resultados bem diferentes, o que pode ser explicado por alguns fatores, a serem explorados no presente artigo.

A análise comparativa da trajetória de implementação dessas políticas, dos resultados obtidos e eventuais questões que ainda não foram solucionadas permite reflexão sobre a necessidade de adaptação e aprimoramento, uma vez que o problema social que as originou persiste e deve ser enfrentado por todos, inclusive pelo Sistema de Justiça.

2. Histórico do tratamento conferido às pessoas com deficiência

Ao longo da História da Humanidade, apesar de ser possível identificar certas diferenças no tratamento conferido às pessoas com deficiência, sobretudo em razão de características culturais distintas, verifica-se, em geral, a existência de algumas posturas sociais bem delineadas, classificadas como “marginalização”, “assistencialismo”, “integração” e, finalmente, a “inclusão social” (PACHECO, 2007). A postura da “Marginalização” se caracterizava pelo fato de as pessoas acreditarem que as deficiências físicas ou mentais eram causadas por espíritos maus ou demônios e cultivavam a ideia de que a deficiência era um castigo ou uma forma de se redimir de pecados cometidos em outras vidas. Após a “Marginalização” surgiu a postura do “Assistencialismo”, que se consolidou com o crescimento do Cristianismo. Tal postura pregava que as pessoas com deficiência deveriam ser vistas como merecedoras de cuidados, o que se daria através da caridade pelas famílias e pela Igreja, mas ainda sem qualquer tipo de integração social. Nessa época, verificou-se um aumento vertiginoso dos “abrigos” e “hospitais” para pessoas com deficiência e doentes. No final do século XVIII e início do século XIX, com o avanço da medicina, a questão da deficiência deixa de ser teológica/moral e passa a ser compreendida como uma questão médica/científica. Nesse período, grandes personalidades, como o Psiquiatra Phillippe Pinel, passaram a estudar com profundidade a questão das deficiências, partindo da visão de deficiência como doença para a deficiência enquanto condição do sujeito. É fundamental destacar que as tendências humanistas do final do século XIX, em especial após o término da Primeira Guerra Mundial, foram muito importantes para o desenvolvimento do conceito de reabilitação, que foi um marco no processo de inclusão. Já no decorrer do século XX, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, surge a necessidade de investimentos maiores na área da reabilitação e educação de pessoas com deficiência, possibilitando sua inserção no mercado de trabalho, devido à escassez de mão de obra da época. Ao final da Segunda Guerra Mundial, surge um olhar diferenciado para as pessoas com deficiência. Muitos combatentes retornaram aos seus lares com deficiências decorrentes da Guerra e naturalmente tiveram dificuldades para se adaptar e integrar essa nova condição. Nesse momento surge o conceito de responsabilidade social e de equipes multidisciplinares. Passa, então, a predominar a postura denominada “Integração”, que preconizava a inserção da pessoa com deficiência na sociedade. Contudo, o esforço para que essa integração

de fato ocorresse era unilateral, apenas advindo da própria pessoa com deficiência. A sociedade não se mobilizava para viabilizar a inclusão social. Neste período vigorava o MODELO MÉDICO DA DEFICIÊNCIA, segundo o qual uma deficiência – resumida por uma CID - a tornaria incapaz de se integrar a sociedade, o que poderia ser contornado com a reabilitação e esforço pessoal desta pessoa. Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), surge a postura da “Inclusão Social”, que se caracteriza por um movimento bilateral: o esforço da sociedade na eliminação de barreiras, e da pessoa com deficiência na sua reabilitação. A Convenção sedimentou o MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA, preconizando que ela não é de cada um, e sim da sociedade (MAIOR, 2015). A inclusão passa a ser considerada uma responsabilidade de todos.

Segundo lição de Débora Diniz:

Se para o modelo médico o problema estava na lesão, para o modelo social, a deficiência era o resultado do ordenamento político e econômico capitalista, que pressupunha um tipo ideal de sujeito produtivo. Houve, portanto, uma inversão na lógica da causalidade da deficiência entre o modelo médico e o social: para o primeiro, a deficiência era resultado da lesão, ao passo que, para o segundo, ela decorria dos arranjos sociais opressivos às pessoas com lesão. (DINIZ, 2017, p. 11)

Também é nesse período que se notam grandes conquistas na longa caminhada da inclusão, como a ação afirmativa implementada pela Lei de Cotas³, que abarca todos os tipos de deficiência, inclusive a mental. Nesse ponto, faz-se necessário um adendo. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, em seguida, a Lei Brasileira de Inclusão, incluíram no conceito de Pessoa com Deficiência a Pessoa com transtorno mental, também denominada “deficiência psicossocial” ou “deficiência mental”, o que foi um marco importante. O art. 1º da CDPD preceitua que “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nota-se da análise da redação acima – tradução oficial para língua portuguesa – bem como da redação original em inglês, que houve a inclusão expressa do termo “mental”, de forma destacada do termo “intelectual”, sendo o primeiro tipo de deficiência referente aos impedimentos de natureza mental (saúde mental) e o segundo de natureza intelectual.

Destaca-se que em diversas traduções de tal artigo para a língua portuguesa houve grave falha, uma vez que se excluiu deliberadamente a palavra “mental” do texto

³ Lei Federal nº 8.213/91.

original por entender estar contido na expressão “intelectual”, sendo imprescindível a utilização da tradução oficial da CDPD, sob pena de ver reduzida a sua abrangência. Nesse sentido, destaca-se doutrina de Romeu Kazumi Sassaki:

A inserção do tema “deficiência psicossocial” no texto da CDPD representa uma histórica vitória da luta mundial preconizada por milhões de pessoas com transtorno mental ou com deficiência psicossocial(...). Deste modo, pela primeira vez na história dos direitos humanos, pessoas do campo da saúde mental e pessoas do campo das deficiências compuseram o Comitê Especial *ad hoc* instituído pela ONU e trabalharam juntas durante quase cinco anos (2002-2006) em torno do mesmo objetivo, qual seja, a elaboração do texto da CDPD. (2019, p. 57-58)

Ou seja, após décadas de evolução do campo da deficiência sem abarcar a “deficiência mental” ou “deficiência psicossocial”, que teve sua própria trajetória, esses universos passam a se cruzar e se integrar, o que viabilizou grandes avanços no campo da garantia de direitos. Independentemente das trajetórias distintas, em comum, pode-se afirmar que esses dois segmentos populacionais compartilham o histórico de institucionalização, que pode ser definido como a vivência em locais vigiados e com padrões rígidos e inflexíveis, sem respeito à individualidade e singularidade de cada um. A totalidade da vida das pessoas passa a ser a realidade da instituição, com suspensão do tempo e do espaço, além de completa ausência de liberdade. Ao contrário do cárcere, sequer há perspectiva ou esperança de retorno ao convívio social. No caso das pessoas com transtornos mentais, sabe-se que antes da Reforma Psiquiátrica o resultado da marginalização pela sociedade era o confinamento em hospitais psiquiátricos. À semelhança das pessoas com transtorno mental, as pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade também tiveram uma trajetória de invisibilidade social. Isso porque, em situações de vínculos familiares e afetivos fragilizados, elas eram encaminhadas e acolhidas em “abrigões de pessoas com deficiência”, onde passavam suas vidas inteiras sem qualquer contato com a sociedade. Independentemente da evolução das posturas relativas ao tratamento da pessoa com deficiência para o modelo da inclusão social, pode-se afirmar que, no Brasil, e, mais especificamente, no Estado do Rio de Janeiro, ora objeto de estudo, ainda é comum e naturalizada a manutenção da segregação da pessoa com deficiência e das pessoas com transtorno mental grave, seja pela institucionalização em “abrigões” ou “hospitais psiquiátricos”, que em nada se assemelham ao conceito de casa.

A corroborar com as considerações acima, registra-se a publicação, em maio de 2018, do relatório “Eles ficam até morrer”, elaborado pela Organização *Humans Rights Watch* (2018). O documento denuncia a situação de negligência e isolamento identificada nas instituições para pessoas com deficiência no Brasil, em flagrante descumprimento à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência,

internalizada com status de norma constitucional e monitorada pela ONU. Note-se que em relação às pessoas com transtorno mental ainda institucionalizadas em Hospitais Psiquiátricos, pode-se afirmar, segundo dados extraídos do CNES em 15.07.2020, que atualmente existem 13 hospitais psiquiátricos ainda ativos no Estado do Rio de Janeiro, sendo eles HP João Vianna, HP Jurujuba, HP Santa Lúcia, HP Santa Mônica, HP Três Rios, HP Cananeia, HP Ego, IPUB, Pinel, Nise da Silveira, Juliano Moreira, CPRJ e Nossa Senhora das Vitórias⁴. Considerando que o Estado do Rio de Janeiro continha um dos maiores parques manicomiais do País, o atual número revela um bem sucedido processo de desinstitucionalização, apesar de serem necessários cuidados constantes para evitar retrocessos nessa política. É necessário compreender o processo da desinstitucionalização para melhor avaliar a dimensão dessas políticas.

3. Desinstitucionalização

A Desinstitucionalização é um processo complexo, gradual e multifacetado, que se inicia pela retirada da pessoa dessas instituições classificadas como “totais”, conceito consagrado pelo cientista social Erving Goffman, seguindo para a reabilitação e reinserção social (GOFFMAN, 2001). Esse caminho implica, forçosamente, o descobrimento e reconstrução de uma pessoa, com sua singularidade, para que possa ser e estar no mundo, independentemente de suas limitações e com os apoios necessários. Laércio Melo Martins, em sua obra *Saúde Mental: Paradigmas e Reformas Legislativas*, assim diz:

A experiência da Psiquiatria Democrática Italiana traz em seu bojo uma ampliação do conceito de desinstitucionalização, até então concebido, dentro de outros movimentos da reforma, simplesmente como desospitalização. Tal concepção de desinstitucionalização implica, necessariamente, em uma mudança de objeto das intervenções em Saúde Mental. O objeto deixa de ser prioritariamente a doença (já colocada em parênteses) e seus signos, e passa a ser a existência-sofrimento do sujeito. (MARTINS, 2019, p. 170)

É importante que seja verificada a situação dos pacientes, culminando com um programa progressivo de altas e a conseqüente reinserção daqueles com vínculo familiar ou, quando não seja possível, a transferência para residências terapêuticas. Em outras palavras: o projeto terapêutico destes pacientes deve caminhar em apenas dois sentidos – a reinserção familiar ou o acolhimento em Residência Terapêutica, mas nunca a manutenção da internação de longa permanência, que infelizmente ainda ocorre, em contradição ao que preconizam as diretrizes da Política Nacional de

⁴ Consulta realizada no CNES em 14 jul. 2020, destacando-se que são contabilizadas apenas as unidades que recebem verbas SUS, não incluindo as clínicas privadas.

Saúde Mental. Nesse contexto, a criação da política pública da Residência Terapêutica, destinada às pessoas com transtorno mental egressas de internações psiquiátricas de longa duração, ou a política pública da Residência Inclusiva, destinada às pessoas com deficiência, se mostram alternativas estratégicas para viabilizar o processo de desinstitucionalização ou reordenamento almejado, quando inviável a reintegração familiar. Tais políticas públicas visam proporcionar moradia adequada, ainda que coletiva, se aproximando do conceito de casa.

E como se definir uma “casa”? A casa pode ser entendida como o espaço físico e psicossocial onde a pessoa vive, com influência determinante no seu desenvolvimento ao tempo em que prestigia e respeita suas singularidades.

O corpo humano, inegavelmente, representa o bem de maior importância para o indivíduo por lhe acompanhar durante toda a sua trajetória. A casa, na concepção de espaço onde vivemos, vem logo em seguida, justamente por se tratar do espaço onde a pessoa desfruta de sua privacidade e onde a parte mais significativa da sua vida pessoal se desenvolve. No caso das pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade social e das pessoas com transtorno mental egressas de instituições psiquiátricas, essa questão passa a ter especial relevância. Isso porque o grande desafio não se restringe a conferir efetividade às políticas públicas de moradia previstas em lei, de forma a viabilizar a desinstitucionalização dessas pessoas, garantindo-lhes o direito à moradia digna. A mera criação de Residências Terapêuticas ou Residências Inclusivas não assegura, como um passe de mágica, a inclusão social. É essencial aproximar essas Residências ao conceito de “casa”, suprimindo delas a característica indesejável de “pequenas instituições totais”.

Deve-se buscar a implementação de tais serviços com estratégias de inclusão social e comunitária, adaptando-se esses espaços para o efetivo desenvolvimento da vida pessoal e íntima. Esse trabalho, que definitivamente não exaure a questão, apresenta alguns eixos norteadores sobre o tema.

4. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com deficiência e de moradia para pessoas com transtorno mental

4.1. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com deficiência

O grande marco regulatório na questão do tratamento conferido às pessoas com deficiência foi a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD), consolidada na Resolução da ONU 61/106 de 13 de dezembro de 2006, que consiste no primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI específico para o tema.

Trata-se da convenção reconhecida mundialmente como a que reflete o maior grau de legitimidade, pois foi redigida por pessoas com deficiência. Não é por outra razão que o lema do movimento, conhecido mundialmente, é “*Nothing about us without us*”⁵.

No Brasil, o Tratado foi ratificado em 2009, por meio do Decreto nº6.949/2009, caracterizando-se como a primeira convenção internacional e única com equivalência de emenda à constituição, por força do artigo 5º, § 3º, do texto constitucional de 1988. Vale dizer, todos direitos constantes na referida Convenção – inclusive o direito à moradia digna – tem o status de norma constitucional.

E foi justamente a referida Convenção, em seu artigo 1º, que consagrou o modelo social ou de direitos humanos da pessoa com deficiência, superando o modelo médico. Hoje, o conceito de pessoa com deficiência está relacionado aos impedimentos vivenciados em razão de barreiras que obstruem a interação daquela pessoa com a sociedade e com as demais pessoas.

Já o direito de viver em comunidade com a mesma liberdade de escolha das demais pessoas e plena inclusão e participação foi expressamente previsto no artigo 19 da referida Convenção.

No âmbito infraconstitucional, o *turning point* do tratamento conferido à pessoa com deficiência é considerada a Lei nº 13.146/2015, apelidada como “Lei Brasileira de Inclusão”, que apesar de ter surgido de forma silenciosa, acabou por chamar a atenção do mundo jurídico ao revogar inúmeros artigos relevantes do Código Civil e do Código de Processo Civil brasileiros.

Foi a Lei Brasileira de Inclusão que, no âmbito interno nacional, trouxe cores para a outrora invisibilidade da pessoa com deficiência, passando a tratá-la efetivamente como sujeito de direitos e prevendo uma série de políticas públicas com tal finalidade.

O artigo 31 da referida Lei prevê expressamente que a pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência ou, ainda, em residência inclusiva. O parágrafo 1º do referido artigo dispõe que caberá ao Poder Público adotar programas e ações estratégicas para apoiar a criação e manutenção de moradia para vida independente da pessoa com deficiência, enquanto o parágrafo 2º prevê que a proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do SUAS.

Por sua vez, os incisos X e XI do artigo 3º da Lei Brasileira de Inclusão conceituam os serviços de residência inclusiva e de moradia para a vida independente, sendo o primeiro regulamentado em Resolução do SUAS (CNAS 109/2009) e o segundo ainda pendente de regulamentação.

É reconhecido que houve nas últimas décadas, no Brasil, a reestruturação dos serviços de acolhimento, abandonando-se o modelo de grandes instituições de longa permanência, popularmente chamados de orfanatos, internatos, educandários,

⁵ “Nada sobre nós, sem nós”.

asilos, hospitais psiquiátricos, para serviços que acolham um menor número de residentes. Com relação à pessoa com deficiência, tal mudança de paradigma se deu tardiamente, apenas após a Lei Brasileira de Inclusão, quando restou definitivamente desenhado o arcabouço normativo para a política de desinstitucionalização das pessoas com deficiência.

4.2. Marco regulatório da política pública de moradia para pessoas com transtorno mental

Em que pese a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD) ter importante influência para a luta do movimento antimanicomial no Brasil, verifica-se que a percepção sobre essa importância ainda é tímida, não tendo sido plenamente absorvida. Muitas representações do segmento, ainda hoje, apresentam resistência no enquadramento das pessoas com transtorno mental no conceito de “pessoa com deficiência”, o que aos poucos vem sendo superado, especialmente em razão da enorme gama de direitos e garantias que tal pertencimento se mostra apto a proporcionar.

No campo da Saúde Mental do Brasil, o verdadeiro marco regulatório foi a Lei nº 10.216/01, que propiciou o movimento da Reforma Psiquiátrica, mundialmente reconhecido.

A Reforma Psiquiátrica modificou radicalmente o modo de tratar pessoas com transtorno mental grave e persistente em todos os territórios, passando a ser repudiada a lógica hospitalocêntrica e iniciando um processo importante de mudança cultural sobre o tema. O objetivo da Lei nº 10.216/01 foi o de humanizar o tratamento aos acometidos de distúrbios mentais, além de evitar que instituições de longa permanência continuassem a funcionar como verdadeiros “depósitos de loucos”, que só serviam para segregar seus internos e negar qualquer possibilidade de tratamento.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a internação, em qualquer de suas modalidades previstas no art. 6º da Lei (voluntária, involuntária e compulsória), apenas deverá ser indicada quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes, devendo o tratamento sempre visar à reinserção social do paciente, conforme disposto no artigo 4º deste mesmo diploma legal.

O processo de desinstitucionalização tem sua previsão legal no artigo 5º da referida Lei, ao estabelecer que:

O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob a responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

O referido processo foi construído pelos profissionais de Saúde Mental de forma minuciosa e intersetorial, com a intervenção de diversos órgãos do Sistema de Saúde, Assistência Social e de Justiça, a fim de viabilizar a reinserção social dos pacientes psiquiátricos internados.

O suporte para esse processo é encontrado na Rede de Atenção Psicossocial – RAPS, instituída pela Portaria MS/GM 3088 de 2011. A referida rede é constituída por serviços de urgência, unidades de internação, Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Centros de Convivência, Serviços Residenciais Terapêuticos e dispositivos da Atenção Básica. Ou seja, o serviço residencial terapêutico é apenas um ponto da rede, que funciona de forma articulada e transversal com demais serviços, o que facilita muito o processo de reinserção.

Dessa forma, a Política Pública dos Serviços Residenciais Terapêuticos (“SRT”), cujo objetivo é ofertar moradia assistida com cuidados em Saúde Mental para pacientes egressos de internações psiquiátricas de longa duração, tem fundamento na Lei Federal nº 10.216/2001, Lei nº 10.708/2003, Portarias GM nº 52/2004 (vigente/parcialmente alterada pela Portaria nº 2.644/2009, esta última revogada pela Portaria de Consolidação nº 06/2017), Portarias de Consolidação nº 3/2017 e pelas Portarias nº 1.220/2000 e 3.588/2017, todas do Ministério da Saúde.

A definição, segundo o parágrafo único do art. 77 da Portaria de Consolidação nº 03/2017 do Ministério da Saúde, com a redação dada pela Portaria nº 3.588/2017, é a seguinte:

Art. 77. Ficam criados os Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, no âmbito do Sistema Único de Saúde, para o atendimento ao portador de transtornos mentais. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 1º)

Parágrafo Único. Entende-se como Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) moradias inseridas na comunidade, destinadas a cuidar dos portadores de transtornos mentais crônicos com necessidade de cuidados de longa permanência, prioritariamente egressos de internações psiquiátricas e de hospitais de custódia, que não possuam suporte financeiro, social e/ou laços familiares que permitam outra forma de reinserção.

Art. 79. Os SRT deverão acolher pessoas com internação de longa permanência, egressas de hospitais psiquiátricos e hospitais de custódia. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 2º-A)

Parágrafo Único. Para fins deste Título, será considerada internação de longa permanência a internação de 2 (dois) anos ou mais ininterruptos. (Origem: PRT MS/GM 106/2000, Art. 2º-A, Parágrafo Único)

Em 2015 essa base legal recebeu um enorme reforço, com o advento da Lei Brasileira de Inclusão. A combinação do artigo 2º com o artigo 31º do aludido diploma também serve de fundamento para a Política de Moradia para pessoas com deficiência mental, sendo, inclusive, mais abrangente que a Política do Serviço Residencial Terapêutico, já que não há nesses artigos vinculação aos pacientes egressos de Hospitais Psiquiátricos ou Hospitais de Custódia, bem como não há menção à internação de longa duração.

Vale destacar que em razão da internalização da Convenção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência, pode-se afirmar que o direito à moradia digna previsto no artigo 19º do aludido diploma passou a ter status de norma constitucional, com maior densidade normativa e quórum diferenciado para qualquer alteração, o que gera uma segurança jurídica para tais direitos duramente conquistados.

5. Objetivos e estratégias da política de moradia para pessoas com deficiência e pessoas com transtorno mental

O objetivo primordial dessas políticas públicas de moradia, seja para pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade social, seja para pessoas com transtorno mental egressas de internação psiquiátrica de longa duração⁷ é comum: romper com a prática do isolamento existente em decorrência das “instituições totais”, ainda existente no Brasil.

A ideia é viabilizar a desinstitucionalização dessas pessoas, propiciando moradia, com características de casa, para que se possa permitir a construção progressiva da autonomia e do protagonismo no desenvolvimento das atividades da vida diária, a participação social e comunitária e o fortalecimento dos vínculos familiares com vistas à reintegração e/ou convivência.

Esse processo de superação gradativa da lógica asilar de acolhimento, que substitui os abrigos totalizantes por unidades de atendimento inseridas na comunidade

⁶ “Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;

As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;

Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.”

⁷ Considera-se paciente longamente internado para fins de processo de desinstitucionalização aquele que tem um ano ou mais de internação psiquiátrica ininterrupta. Contudo, para inserção no programa de Serviços Residencial Terapêutico (SRT) e no Programa de Volta Para Casa (PVC), o critério temporal é de dois anos ou mais de internação psiquiátrica ininterrupta.

e articuladas com demais serviços, é chamado de processo de reordenamento, no âmbito da Política de Assistência Social.

No âmbito da Política de Saúde Mental esse processo é denominado de desinstitucionalização, cujo primeiro ato é o da desospitalização.

Independente da nomenclatura, que se altera conforme a Política, trata-se de ferramenta essencial para dar efetividade ao direito fundamental à moradia e a uma série de outros direitos fundamentais que infelizmente não são respeitados nas ditas instituições totais, que, em última análise, acabam responsáveis pela invisibilidade desse grupo de pessoas.

As instituições totais, ainda existentes na realidade brasileira, se equiparam aos presídios ou até pior. A partir da experiência nas fiscalizações recomendadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2018), foi possível verificar que na grande maioria das instituições não há individualização de vestimentas e itens de higiene; os espaços não respeitam a privacidade de cada um, não havendo cortinas ou portas nos banheiros; as rotinas são preestabelecidas e não se adequam às necessidades e potencialidades de cada um; não há trabalho de fortalecimento de vínculos; não há articulação com a rede, sendo todas as atividades e cuidados realizados no interior da instituição; não há convívio comunitário ou atividades de lazer; não há livre visitação e, em alguns casos, foi possível verificar, ainda, práticas de contenção física, ambiental e medicamentosa.

No relatório “Eles ficam até morrer”, produzido pela organização *Humans Rights Watch*, há descrição de instituições de acolhimento de pessoas com deficiência onde foram encontradas crianças e adultos com deficiência atrás de grades e pessoas sem mobilidade jogadas ao chão.

Já em recente relatório publicado pelo CNMP sobre inspeções realizadas em 40 Hospitais Psiquiátricos pelo Brasil (BRASIL, 2019), identificou-se inúmeras situações de violência e violação de direitos.

Outra situação preocupante é a retenção dos Benefícios de Prestação Continuada (BPC) dos acolhidos curatelados para custeio das despesas da instituição, mesmo sendo elas públicas ou filantrópicas. Ou seja, são incontáveis as violações que acontecem no interior dessas instituições totais, agravadas pelo fato desse público ter difícil acesso aos canais de denúncia externa.

Antes de analisarmos de forma pormenorizada nas estratégias da Residência Inclusiva e Residência Terapêutica, criadas para alcançar os objetivos do reordenamento e desinstitucionalização das pessoas com deficiência, nelas incluídas as pessoas com transtorno mental com histórico de institucionalização de longa duração, vale mencionar a existência de outra política de moradia para pessoas com deficiência, ainda não regulamentada no Brasil, denominada “moradia para a vida independente”.

Esta política, que não é objeto do presente estudo, se caracteriza pela existência de moradia com estruturas adequadas capazes de proporcionar serviços de apoio

coletivos e individualizados que respeitem e ampliem o grau de autonomia de jovens e adultos com deficiência.

A característica mais marcante da moradia para vida independente é a sua maior proximidade com o conceito de casa e o reforço à autonomia e independência dos usuários, o que garante a privacidade e liberdade quase total de escolhas, com apoio reduzido ao mínimo possível (POPPE, 2019).

Apesar dessa política pública, existente em diversos países, não ter sido regulamentada no Brasil, ela se mostra interessante pois abrange um perfil de pessoas com deficiência, inclusive transtorno mental, não abarcadas pelas Políticas de Residência Inclusiva e de Residência Terapêutica.

No âmbito da Saúde Mental, podemos afirmar que existem projetos de moradia para vida independente, ainda incipientes. Nesse sentido, interessante mencionar o “Projeto João de Barro”, implementado pela Rede de Saúde Mental da Prefeitura de São João de Meriti. O Projeto aposta na necessidade de transição, em determinados casos, da vida em serviços de residências terapêuticas para a vida em casas, alugadas com os benefícios dos próprios, contando com apoio e acompanhamento de profissionais dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Ao visitarmos as residências das pessoas já inseridas no Projeto, ainda em fase inicial, verificamos que com apoio da equipe na busca do imóvel, aquisição dos bens e pagamento das contas, as pessoas conseguem viver em moradias inseridas na Comunidade, como qualquer outro cidadão. No caso concreto, o fato do custo do aluguel no Município de São João de Meriti ser mais acessível acabou por viabilizar que seja custeado com o valor do Benefício de Prestação Continuada (BPC) e ainda sobrar o suficiente para as demais despesas básicas.

Independentemente da solução a ser adotada, o que está diretamente vinculado ao mapeamento da demanda do Município, ao perfil e grau de dependência das pessoas com deficiência em vulnerabilidade social, à disponibilidade de recursos pessoais, envolvimento da Rede de Saúde Mental e de Assistência, certo é que há necessidade de combater o modelo de institucionalização, segregação e discriminação, uma vez que o mesmo não encontra amparo legal e acarreta constantes violações de direitos.

6. Residência Inclusiva (RI)

A política pública das Residências Inclusivas tem como fundamento a Lei Brasileira de Inclusão, em seus artigos 3º, X e 31, e a Resolução CNAS 109/2009. A referida política é exigível apenas mediante comprovação da demanda.

Trata-se de unidade de oferta do Serviço de Acolhimento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), no âmbito da proteção social especial de alta complexidade, destinada a jovens e adultos⁸ com deficiência em situação de dependência, que não

⁸ Crianças, adolescentes e idosos, com ou sem deficiência, devem ser atendidos em unidades de acolhimento próprias para estes públicos.

dispõem de condições de autossustentabilidade e com vínculos familiares fragilizados ou rompidos, prioritariamente beneficiários do Benefício de Prestação Continuada – BPC e/ou aqueles que estejam institucionalizados em serviços de acolhimento em desacordo com os padrões tipificados e que necessitem ser reordenados (BRASIL, 2013).

A ideia é que uma mesma residência seja ocupada por pessoas com diferentes graus de dependência e tipos de deficiência, evitando especializações. Além disso, a residência inclusiva deve ser uma casa, em padrão semelhante ao de uma residência familiar, localizada em áreas residenciais da comunidade, possibilitando a construção de estratégias de articulação com a vizinhança e com os bens e serviços disponíveis na localidade.

As Residências Inclusivas devem funcionar 24 horas e se organizar em grupos de até 10 (dez) pessoas, cuja acolhida e convivência promovam o desenvolvimento de capacidades adaptativas à vida diária, autonomia e participação social, com apoio multidisciplinar para o atendimento das necessidades de cada um (id., 2014).

Em relação à composição da equipe multidisciplinar necessária nas Residências Inclusivas, há uma pequena contradição entre o disposto na Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, Norma Operacional Básica de Recursos Humanos- NOB-RH, Resolução CNAS N° 17 e o disposto no Caderno de Orientações Técnicas sobre Residências Inclusivas, editado pelo Ministério do Desenvolvimento Social em 2014. Este último, aparentemente, flexibilizou o quantitativo de coordenadores, psicólogos e assistentes sociais por residentes, tendo, por outro lado, previsto a necessidade de terapeuta ocupacional, motorista e o trabalhador doméstico.

A contradição se deve especialmente ao fato da norma técnica limitar o atendimento dos coordenadores do serviço, psicólogos e assistentes sociais ao quantitativo de até vinte usuários, enquanto o Caderno de Orientações indica a possibilidade de atenderem até três residências, o que pode chegar ao total de trinta residentes.

Além de tais profissionais, consta do caderno de orientações a existência de um terapeuta ocupacional e um motorista para até três residências inclusivas; um trabalhador doméstico para cada residência inclusiva; um cuidador e um auxiliar por turno para até oito usuários, quando houver um usuário com demandas específicas, ou para até seis usuários, quando houver dois ou mais usuários com demandas específicas. O cuidador e o auxiliar de cuidador também constam da NOB-RH, não havendo divergência nesse aspecto.

Entendemos que, diante da contradição quanto ao quantitativo de residentes a serem atendidos pelo coordenador, psicólogo e assistente social, deva prevalecer o disposto na Norma Operacional Básica de Recursos Humanos- NOB-RH/SUAS, que além de se tratar de norma técnica, com maior força normativa do que o Caderno de Orientações, contém previsão mais protetiva e benéfica aos interesses dos residentes.

Outro ponto relevante é o de que o serviço deve atuar em articulação com os demais serviços no território para garantir a inclusão social dos residentes, sob pena de se tornar uma miniatura de instituição total.

Nesse sentido, no que se refere aos cuidados de saúde, cumpre destacar que o acesso dos residentes a serviços e atenções próprias da política de saúde deve ocorrer pela rede local do SUS, não sendo nem obrigatório nem desejável que haja médico, fisioterapeuta ou profissionais de enfermagem na equipe da residência, como qualquer outro cidadão⁹.

Para resguardar a articulação entre a residência inclusiva e o SUS, foi publicada a Portaria interministerial MS/MDS nº 03/2012 que determina que a Residência Inclusiva contará com o apoio matricial das equipes de saúde da Atenção Básica, Núcleo de Apoio à Saúde da Família - NASF, Atenção Domiciliar e Centros Especializados em Reabilitação, bem como os demais pontos das redes de atenção à saúde presentes na Região de Saúde.

O fornecimento de insumos de saúde, tais como medicamentos e fraldas, também são de responsabilidade dos gestores estaduais e/ou municipais de saúde. Estes itens não devem ser custeados com recursos da Política de Assistência Social conforme prevê a Resolução CNAS 39/2010. Assim, torna-se imperiosa, para o sucesso de tal política, articulação prévia e permanente entre a Assistência e a Saúde (BRASIL, 2012a).

Com relação à gestão, as residências inclusivas podem ser gerenciadas diretamente pelo Poder Público Municipal (execução direta) ou em parceria com entidades privadas de assistência social (execução indireta). No que tange a sua manutenção, podem ser custeadas com recursos do próprio Município ou cofinanciadas pelo Estado ou pela União. Em qualquer hipótese o acolhimento deve ser gratuito, por se tratar de modalidade prevista na Política de Assistência Social.

Nesse ponto cabe ressaltar que se o Município oferecer esse serviço de forma desvinculada da Assistência Social como, por exemplo, no caso de Programa ligado diretamente à Casa Civil, Secretaria da Pessoa com Deficiência ou de Direitos Humanos, a mesma não será caracterizada como “Residência Inclusiva” nem estará vinculada às diretrizes previstas na Resolução CNAS 109/09, mesmo que se trate de serviço semelhante. Esse é o caso, a título de exemplificação, das cinco casas lares existentes no Município do Rio de Janeiro.

Note-se que as Residências Inclusivas em muito se assemelham ao modelo bem-sucedido das Residências Terapêuticas (SRT) (id., 2016g), que teve um grande crescimento nos últimos anos. No entanto, a escassez de financiamento para tal política, que é extremamente custosa para os Municípios, e inexistência de outra forma de incentivo, como, por exemplo, o “Programa de volta para casa”, no caso da Saúde Mental (BRASIL, 2016f), trouxeram como consequência a pouca adesão na sua implantação.

⁹ Caso haja necessidade específica do conjunto dos residentes, não há impeditivo à contratação de profissionais de saúde para a RI. Mas eles serão profissionais complementares e não obrigatórios.

7. Serviço Residencial Terapêutico (SRT)

A Política Pública do Serviço Residencial Terapêutico nasce do modelo trazido pela Lei Antimanicomial (Lei Federal nº 10.216/01), segundo o qual se busca deslocar a assistência à saúde aos portadores de transtornos mentais dos hospitais psiquiátricos especializados para a rede pública extra-hospitalar e para a família, sempre buscando a reinserção social do paciente em seu meio.

A referida política deve ser analisada de forma ampla, abrangendo toda a Rede de Saúde Mental, pois os pontos de atenção da Rede dialogam continuamente e são essenciais para atingir a finalidade da vida fora do hospital psiquiátrico.

Os Serviços Residenciais Terapêuticos são dispositivos previstos dentro da Política Nacional de Saúde Mental para a desinstitucionalização de pacientes internados por longos períodos em Hospitais Psiquiátricos ou Hospitais de Custódia. Tais dispositivos são de responsabilidade da Coordenação de Saúde Mental do Município e forçosamente devem estar vinculados a um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), que é o responsável pelo acompanhamento clínico e projeto terapêutico singular de cada um dos moradores.

Os SRT, apesar de ter na sua nomenclatura a palavra “serviço”, podem melhor ser definidos como locais de moradia, já que o tratamento será realizado pelo CAPS de referência. As residências terapêuticas são casas ou apartamentos, inseridos na comunidade, que não devem se diferenciar das moradias do restante da população. A implantação de uma residência terapêutica exige pacto entre gestor, comunidade, usuários, profissionais de saúde, vizinhança, rede social de apoio e cuidadoso trabalho clínico com os futuros moradores. A eventual resistência da vizinhança, em razão do estigma ainda existente, deverá ser objeto de trabalho por parte da Rede de Saúde Mental.

O objetivo das Residências Terapêuticas, idêntico ao das Residências Inclusivas, é o de viabilizar a reinserção social, com oportunidades de participação comunitária, saúde, lazer e trabalho, além de amplo investimento na reabilitação psicossocial e resgate da cidadania.

E quanto menos assistencialista for a casa, maior será a oportunidade de resgate gradual da autonomia (DELGADO, 2006, p. 19-33). Sendo assim, o cotidiano da casa deve levar em consideração as demandas de cuidado de cada morador, respeitando-se as preferências e singularidades de cada sujeito.

Assim como a RI, a RT também é exigível apenas mediante comprovação da demanda. Ou seja, os SRT devem ser implantados de acordo com o quantitativo de pacientes em processo de desinstitucionalização com indicação para esse tipo de equipamento no Município, o que se apura através da aplicação de CENSO Psicossocial.

Outro ponto em comum entre a RI e a RT é que não se deve buscar a homogeneidade do perfil dos moradores, devendo ser estimulada a diversidade como estratégia para a qualificação da assistência, possibilitando uma convivência mais rica nas trocas sociais.

Existem duas espécies de SRT, conforme inicialmente disposto na Portaria GM 3090/2011, caracterizadas em tipo I e II, de acordo com o grau de complexidade de cuidado com aquele Grupo de Moradores. Após o advento da Portaria nº 3588/2017, tanto o SRT tipo I quanto o tipo II passaram a ter como capacidade máxima 10 pessoas. Os recursos humanos variam de acordo com o tipo do equipamento, sendo sempre composto por, no mínimo, um cuidador para cada dois moradores. No caso da SRT tipo II, é prevista a necessidade de técnico de enfermagem.

Segundo a redação dada pela Portaria GM/MS nº 3588 de 21/12/2017, “para cada grupo de 10 moradores orienta-se que o SRT seja composto por 5 cuidadores em regime de escala e 1 técnico de enfermagem diário”.

O verdadeiro diferencial dessa política de moradia, entretanto, foi a forma de financiamento e custeio. De acordo com a política de redução progressiva de leitos psiquiátricos no país, a cada transferência de paciente de hospital psiquiátrico deve haver a redução do mesmo número de leitos no hospital de origem. Com isso, os recursos financeiros das AIHs (autorizações de internação hospitalar) que financiavam os leitos desativados do SUS, devem ser realocados para os tetos financeiros do município responsável pela assistência ao paciente, de maneira a possibilitar a expansão da Rede de Saúde Mental. Esse mecanismo viabiliza o incremento da rede de assistência em saúde mental dos municípios.

Além da questão da reversão das AIHs, existem outras previsões de financiamento e custeio igualmente ou ainda mais relevantes. A Portaria de Consolidação nº 3/2017¹⁰ prevê o repasse de incentivo financeiro¹¹ pelo Ministério da Saúde para implementação do Serviço Residencial Terapêutico – Tipo I ou Tipo II, condicionado ao cumprimento pelo Município de determinadas exigências do Ministério da Saúde e envio da documentação pertinente, entre a qual se insere termo de compromisso do gestor local assegurando o início do funcionamento do SRT em até três meses a partir da data do recebimento do recurso.

Nesse sentido, há previsão de financiamento para implantação de RT no valor de R\$ 20.000,00. Foi contemplada¹², ainda, a previsão de repasse de recurso financeiro para o custeio mensal do SRT Tipo I (moradores com maior autonomia e sem tanto comprometimento físico) de valores entre R\$ 5.000,00 e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada grupo de moradores. Para o SRT do Tipo II (moradores com alto grau de dependência, principalmente em função do comprometimento físico), o repasse mensal pode chegar a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada grupo de até 10 moradores.

Tais valores destinados à manutenção das Residências Terapêuticas são repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Municipais de Saúde, dentro do bloco de financiamento denominado teto financeiro da média e

¹⁰ Anexos 5 a 7 do Anexo V.

¹¹ O incentivo financeiro é de R\$10.000,00 (dez mil reais) para SRT – Tipo I e R\$20.000,00 (vinte mil reais) para SRT – Tipo II.

¹² Anexos 8 e 9 do Anexo V.

alta complexidade (conforme Portarias/GM nº 1.220/00 e 2.867/08, do Ministério da Saúde), sendo até a presente data viabilizadores de tal política.

Não bastassem os recursos federais já mencionados, em boa hora, o Estado do Rio de Janeiro também criou o COFI-RAPS, através da Resolução SES 1.911, DE 23/09/2019. O artigo 5º, da referida Resolução dispõe:

Os recursos financeiros do COFI-RAPS são destinados ao fomento e inovação dos seguintes pontos de atenção da RAPS: I - Centro de Atenção Psicossocial I (CAPS I); II - Centro de Atenção Psicossocial II (CAPS II); III - Centro de Atenção Psicossocial III (CAPS III); IV - Centro de Atenção Psicossocial Infanto-juvenil (CAPS i); V - Centro de Atenção Psicossocial II Álcool e Drogas (CAPS AD); VI - Centro de Atenção Psicossocial III Álcool e Drogas (CAPS AD III); VII - Serviço Hospitalar de Referência para atenção às pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades de saúde, decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas (SHR); VIII - Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT); IX - Unidades de Acolhimento (UAA); e X - Unidades de Acolhimento Infantil (UAI).

Os anexos da Resolução do COFI-RAPS dispõem sobre os valores por Residência Terapêutica, sendo certo que o valor total do COFI-RAPS, englobando todos os pontos da Rede e não apenas o SRT, é significativo: foi previsto no anexo VIII da Resolução o valor total de R\$ 29.794.245,45 (vinte e nove milhões, setecentos e noventa e quatro mil, duzentos e quarenta e cinco reais e quarenta e cinco centavos), suficiente para alavancar ainda mais essa política tão importante.

Além da destinação de tais verbas federais e estaduais, há ainda que se falar do Programa De Volta Para Casa, instituído pela Lei Federal nº 10.708/03, com a finalidade de proporcionar auxílio reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais, egressos de internações. O benefício prevê renda mínima a pessoas com transtornos mentais, podendo cobrir eventuais despesas pessoais destes. A inclusão de beneficiários deve ser providenciada pelos municípios, desde que estes estejam previamente habilitados no Programa.

Destaca-se, nos termos do art. 11, §3º¹³ do Anexo V da Portaria de Consolidação nº 03/2017, que o referido programa é tido como mais uma estratégia de desinstitucionalização, justamente por configurar política pública de inclusão social.

No Município do Rio de Janeiro foi prevista, ainda, a Bolsa Rio, através da Lei Municipal nº 3400/2002, criada para viabilizar assistência, acompanhamento e

¹³ § 3º O Programa de Volta para Casa, enquanto estratégia de desinstitucionalização, é uma política pública de inclusão social que visa contribuir e fortalecer o processo de desinstitucionalização, instituída pela Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003, que prevê auxílio reabilitação para pessoas com transtorno mental egressas de internação de longa permanência. (Origem: PRT MS/GM 3088/2011, Art. 11, § 3º).

integração, fora da unidade hospitalar, de paciente portador de transtorno mental com história de longa permanência institucional, considerado pela lei como três anos ou mais. Segundo o artigo 4º do aludido diploma legal, a bolsa incentivo teria valor inicial de dois salários mínimos para pacientes que retornassem ao convívio com seus familiares ou família acolhedora e de um salário mínimo para pacientes que ingressassem em serviços Residenciais Terapêuticos.

Além dos recursos já mencionados acima, os quais foram e são absolutamente essenciais para o sucesso da Política Pública dos Serviços Residenciais Terapêuticos, também é importante mencionar que os pacientes psiquiátricos de longa duração, por se enquadrarem no conceito de pessoa com deficiência, também fazem jus ao Benefício de Prestação Continuada (“BPC”)¹⁴, prestado pelo INSS.

Conclui-se, portanto, que os SRTs são praticamente autossustentáveis. Cabe aos Municípios providenciar os imóveis, gerir os recursos recebidos e disponibilizar os recursos humanos.

Por fim, impossível discorrer sobre a trajetória da Política Pública dos Serviços Terapêuticos no Estado do Rio de Janeiro sem citar a exitosa experiência vivenciada pelo município de Carmo, localizado na Região Serrana.

Localizado no Município de Carmo, o Hospital Estadual Teixeira Brandão (HETB), existente há mais de 70 anos, chegou a abrigar 280 pacientes psiquiátricos, todos do sexo masculino, com histórias de longo tempo de internação (80% com mais de 25 anos de internação)¹⁵.

Em 23 de dezembro de 2002, o Ministério Público, através da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Teresópolis, firmou um Termo de Ajustamento de Conduta 1/12/02 (“TAC”) com o Estado e o Município de Carmo, nos autos do Inquérito Civil 040/2006. O referido instrumento visava viabilizar a desinstitucionalização dos pacientes internados no HETB, a ampliação da rede extra-hospitalar e moradia para os usuários.

Em 13 de junho de 2003 o Hospital Psiquiátrico foi descredenciado da Rede SUS através da reprovação do HETB pelo PNASH, dando início ao processo de desinstitucionalização dos 176 pacientes internados. Logo após, em 2004, foram implantadas as primeiras sete Residências Terapêuticas na cidade, com a vinda de trinta e seis ex-internos.

Esse processo foi gradativamente evoluindo, culminando com a desinstitucionalização total dos pacientes ali internados e implantação de 17 Residências Terapêuticas, que em 23.07.2020 contava com 113 moradores¹⁶.

¹⁴ O BPC, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é a garantia constitucional de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que, comprovadamente, não possuem meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, nos termos e limites da Lei.

¹⁵ Apresentação “Do Hospício às Residências: O processo de desinstitucionalização da clientela do Hospital Estadual Teixeira Brandão no contexto da Reforma Psiquiátrica”, realizada no MPRJ pelo Coordenador de Saúde Mental do Município de Carmo, Rodrigo Japur, em 2018.

¹⁶ Informação prestada pelo Coordenador de Saúde Mental de Carmo, Rodrigo Japur.

Importante consignar que a resistência inicial da comunidade em receber tais pacientes foi sendo trabalhada de forma sensível e continuada pela Coordenação de Saúde Mental, tendo havido ações de natureza educativa, assistencial e comunitária que viabilizaram o ressignificado daquela realidade, sendo hoje um verdadeiro exemplo de inclusão.

8. Mapeamento da implantação da Política de residência inclusiva no Estado do Rio de Janeiro¹⁷

A Política Pública de Residência Inclusiva, vinculada ao SUAS, foi prevista no eixo “Inclusão Social”, no Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - “Plano Viver Sem Limite”, lançado pelo Governo Federal através do Decreto nº 7612, de 17 de novembro de 2011.

A cartilha “Viver sem Limite” (BRASIL, 2020), referente ao Plano, previu a implantação de duzentas Residências Inclusivas até o ano de 2014.

Neste cenário, nos anos de 2012 e 2013, o Ministério do Desenvolvimento Social Governo Federal (MDS) realizou a primeira e única partilha de recursos federais para financiar residências inclusivas. Os critérios de elegibilidade dos Municípios foram definidos pela Comissão Intergestores Tripartite- CIT e publicados na Resolução CIT nº 07/2012, sendo posteriormente validados pelo Conselho Nacional de Assistência Social, por meio da Resolução CNAS 06/2013.

Os Municípios elegíveis para o cofinanciamento federal, divulgados em listagem do Ministério do Desenvolvimento Social, foram aqueles que: (i) possuíam mais de 50 mil habitantes; (ii) tinham informado no CENSO SUAS que já ofertavam serviço de acolhimento para pessoas com deficiência; (iii) tinham CRAS e CREAS ativos; (iv) dispunham de pelo menos um dos seguintes serviços de saúde em funcionamento: Estratégia Saúde da Família (ESF); Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF) ou Atendimento Domiciliar/Programa Melhor em Casa.

Surge, aqui, a primeira crítica à forma de implementação dessa política. Ao estabelecer os critérios para elegibilidade dos Municípios, o Gestor ignorou Municípios de pequeno porte. Esse descuido se torna mais grave diante do fato histórico de que muitos dos “abrigões de pessoas com deficiência”, os quais mantêm modelo e estrutura contrárias a nova política vigente de inclusão, se localizam justamente em tais Municípios, distantes dos grandes centros urbanos.

Além do requisito da elegibilidade pelo Governo Federal, a viabilização do cofinanciamento federal depende, ainda, do aceite do respectivo Governo Estadual que, nesses casos, deverá necessariamente arcar também com um repasse de, no mínimo, 50% do valor repassado pelo Governo Federal (id., 2013).

¹⁷ Agradecimento especial à assistente social Renata Rios, técnica do GATE/RJ, que em muito contribuiu no levantamento de dados.

A segunda crítica reside, justamente, nessa exigência dos Estados participarem desse financiamento, sem possibilidade de financiamento direto. Nota-se que há diversos Municípios localizados em Estados que não estavam devidamente implicados com a Política, ou sem condições financeiras para assumir esse compromisso, o que inviabilizou o processo de obtenção de recursos.

A terceira crítica se refere ao valor diminuto do financiamento, estipulado em R\$ 10.000,00 reais pelo Governo Federal, e R\$ 5.000,00 reais, no mínimo, pelo Governo Estadual¹⁸, alcançando a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil) reais por unidade.

Em levantamento realizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi possível constatar que, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, o custo médio das residências inclusivas, com dez moradores, equivale a mais do que o dobro dessa quantia, o que significa dizer que os Municípios sozinhos acabam com a obrigação de arcar com valor bem superior ao que o Governo Federal e o Estadual repassam.

Ao que parece, os estudos que embasaram o cofinanciamento federal não se aprofundaram nas características socioeconômicas de cada Estado e, conseqüentemente, dos Municípios. Tampouco parece ter sido considerada a diferenciação para o caso de execução direta ou indireta do serviço por parte do Município, o que tem impacto relevante no valor.

É surpreendente que não haja referência nacional quanto ao custo mensal de manutenção de uma residência inclusiva, nem estudos oficiais publicados sobre o assunto. Esse *modus operandi* de elaborar políticas públicas no Brasil, sem que haja estudos sérios e responsáveis sobre os custos, não pode mais ser aceito.

Ainda sobre a questão dos custos para manutenção das residências inclusivas em cada Município e Estado, identificamos uma publicação do Governo do Estado de São Paulo, em Diário Oficial, Resolução (Res. SEDS 26/17) (SÃO PAULO, 2017), onde afirma que o valor de custeio da Residência Inclusiva não deve ser inferior a R\$ 30.000,00 reais.

Por sua vez, um levantamento dos custos formulado pela Prefeitura de São Paulo estimou, em 2014, o custo de manutenção de 01 residência inclusiva em R\$ 89.000,00 reais mensais. Este valor envolvia pessoal, encargos, despesas de alimentação e compõe o anexo do Edital de contratação de entidade para gerir a Residência Inclusiva, publicado pela PMSP de nº 057/SMADS/2015. Em notas para a imprensa no ano de 2015, a Prefeitura de Bauru informou que a manutenção de uma Residência Inclusiva custava, em média, R\$ 30.200,00 reais mensais. Aqui, já se verifica, a abissal discrepância sobre o tema em Municípios do mesmo Estado.

¹⁸ É possível verificar se o município recebe recursos federais para manutenção de residência inclusiva por meio do relatório financeiro de parcelas pagas, de acesso público, na página eletrônica da rede SUAS. O relatório pode ser acessado no seguinte link https://aplicacoes.mds.gov.br/suaswebcons/restrito/execute.js?f?b=*dpotvmubsQbsdfmbtQbhbtNC&event=*fyjcjs. Para consulta: Preencher UF e município e, no campo "pisos", escolher a opção PAC II – residência inclusiva.

No Estado do Rio de Janeiro, onde estão localizadas quatro residências inclusivas que recebem recursos federais, o levantamento realizado pelo Ministério Público Estadual junto às Prefeituras indicou que o custo varia de R\$ 274.680,00 reais anuais (Volta Redonda) à R\$ 846.864,08 reais anuais (Campos dos Goytacazes), o que significa um custo mensal de aproximadamente 23 mil reais no primeiro Município e 70 mil reais no segundo.

Vale destacar o levantamento realizado pelo Estado do Rio de Janeiro em 2018 denominado “Estimativa de Custo Unitário dos Serviços do SUAS”, encaminhado pela Secretaria Municipal de Assistência Social de Niterói, constante dos autos do Procedimento Administrativo de Acompanhamento de TAC MPRJ 2018.00565059¹⁹, onde há previsão de custos de todos os equipamentos e serviços da Política Socioassistencial, incluindo-se as Residências Inclusivas.

O referido estudo de custos levou em consideração os custos referentes a três categorias: (i) Estrutura Física (aluguel, IPTU, água, gás, luz, telefone, serviço de Internet), (ii) Pessoal (Salários, Encargos e Provisões) e (iii) Materiais (alimentação e administrativo), separando, ainda, por grupos de acordo com a realidade dos municípios. Segundo esse estudo, no caso de municípios enquadrados no Grupo mais custoso, o valor per capita nas residências inclusivas seria de R\$ 5.188,63 e, no menos custoso, R\$ 4.948,63, considerando-se a hipótese de mão de obra prestada por servidores estatutários e custo com aluguel. Não há cálculo estimado para o caso de a mão de obra ser prestada por celetistas e de ser implantada a residência inclusiva em imóvel próprio.

Esse estudo, contudo, já é um grande passo nessa perspectiva do levantamento prévio de custos. Entende-se que há urgente necessidade de definição e parametrização de custo dos serviços também em nível federal, sem desconsiderar as diferenças regionais, lançando luz sobre o problema da ausência de cofinanciamento para tal política, viabilizando o planejamento adequado por parte dos gestores municipais e, ainda, a fiscalização da correta aplicação dos recursos.

Os fatores mencionados, aliados à descontinuidade de novos financiamentos federais, explicam, em parte, a não expansão dessa política.

Em âmbito nacional, o levantamento realizado pelo Ministério Público²⁰ junto ao Cadastro Nacional do SUAS – CADSUAS, em junho de 2018, permitiu identificar que havia, à época, 111 (cento e onze) Residências Inclusivas com financiamento federal em funcionamento no Brasil, sendo 64 (sessenta e quatro) na região sudeste, 15 (quinze) na região sul, 23 (vinte e três) na região nordeste, 7 (sete) na região centro oeste e apenas 2 (duas) na região norte. Trata-se de quantitativo bem inferior ao de 200 (duzentas) Residências Inclusivas previstas inicialmente no Plano Viver Sem Limite, até o ano de 2014.

¹⁹ Elaborado por Certitudo Assessoria e Consultoria Multidisciplinar, Consultora Teresa Cristina Cosentino.

²⁰ Levantamento realizado pela assistente social Renata Rios, técnica do GATE/RJ que em muito colaborou com este trabalho.

O Estado com maior número de residências é o de São Paulo, que conta com 48 (quarenta e oito) Residências Inclusivas, sendo todas elas gerenciadas por entidades privadas. Em termos proporcionais com o número de Municípios de cada Estado, o que atingiu a maior meta foi o Mato Grosso do Sul, que possui 6 (seis) Residências Inclusivas em seus 79 (setenta e nove) Municípios.

É possível que atualmente este quantitativo já tenha se ampliado, com a implantação de novas residências. Cabe esclarecer, ainda, que o levantamento realizado só conseguiu identificar unidades que tenham sido cadastradas com a nomenclatura “Residência Inclusiva”, não sendo possível identificar aquelas cadastradas com nome fantasia ou outra terminologia. Das 111 (cento e onze) residências existentes no Brasil, 89 (oitenta e nove) unidades recebem recursos do Governo Federal e do Estado. Entre as que não recebem recursos federais, há algumas unidades mantidas com recursos municipais e estaduais, e outras mantidas exclusivamente pelo Município.

No Estado do Rio de Janeiro, verificou-se que 37 Municípios foram considerados elegíveis, sendo que apenas 10 firmaram o termo de aceite e, destes, somente 4 (quatro) concluíram a implantação das Residências Inclusivas, sendo eles São Gonçalo, Campos dos Goytacazes, Volta Redonda e Nova Iguaçu, conforme sistema Rede SUAS. O Município do Rio de Janeiro possui cinco casas lares, vinculadas à Subsecretaria da Pessoa com Deficiência e, portanto, estranhas à rede SUAS, mas com características semelhantes às residências inclusivas.

Em razão da relevância e urgência do tema, o Centro de Apoio Operacional da área da Tutela da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro escolheu como Plano Geral de Atuação no biênio 2018/2019 a Política das Residências Inclusivas, tendo realizado mapeamento preliminar sobre a demanda existente e consultado todos os noventa e dois Municípios sobre a existência de Residências Inclusivas ou de abrigos para pessoas com deficiência em seus territórios.

O resultado (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019), disponível através de georreferenciamento, foi de que existem 43 (quarenta e três) unidades de acolhimento para adultos com deficiência no Estado do Rio de Janeiro, sendo 39 (trinta e nove) “abrigos” e 4 (quatro) Residências Inclusivas. Nota-se que as 5 (cinco) casas lares do Município do Rio de Janeiro foram contabilizadas como “abrigos” por não terem a nomenclatura de Residência Inclusiva, mas se aproximam mais desta última modalidade. Chamou a atenção o fato de que os três maiores abrigos para pessoas com deficiência do Estado, todos em situação de grave violação de direitos, são mantidos exclusivamente pelo próprio Estado do Rio de Janeiro²¹.

Esse mapeamento permitiu observar também, a partir de dados extraídos do Módulo da Criança e do Adolescente (MCA), a existência de jovens com deficiências,

²¹ São eles: o Centro Integrado para Pessoa com Deficiência Rego Barros, com 83 acolhidos (Conceição de Macabu); Centro Integrado para Pessoa com Deficiência Oswaldo Aranha, com 65 acolhidos (Barra do Pirai) e o Centro Integrado para Pessoa com Deficiência Protógenes Guimarães, com 19 acolhidos (Araruama). Informações obtidas em 2019.

que já alcançaram a maioria, ainda acolhidos em instituições para crianças e adolescentes por ausência de equipamento adequado.

O levantamento é apenas um ponto de partida. Há necessidade de colher outras informações sobre a existência de adultos com deficiência em situação de vulnerabilidade social, que podem estar acolhidos em hospitais psiquiátricos, instituições de longa permanência para idosos, abrigos para população de rua, unidades hospitalares ou mesmo nas ruas.

9. Mapeamento da implantação da política de Serviço Residencial Terapêutico no Estado do Rio de Janeiro²²

Ao contrário da Política Pública das Residências Inclusivas, é possível observar grande avanço na implantação da Rede de Saúde Mental, na qual se insere o Serviço Residencial Terapêutico, nas últimas décadas, o que demonstra a modificação do paradigma da centralidade do hospital psiquiátrico para o cuidado em liberdade apoiado em pontos de atenção integrados.

Nota-se que o Estado do Rio de Janeiro foi um dos maiores internantes nacionais nas décadas anteriores, participando do grande asilamento em hospitais colônias, assim como também foi um dos estados que, diante na nova direção política da saúde mental, enfrentou intervenções em clínicas de grande porte e reorganizou redes municipais com composição de assistência extra-hospitalar, incluindo a implantação de SRTs, para receber a clientela longamente internada e evitar a produção de novos institucionalizados. Nesse ponto vale destacar, além do exemplo de Carmo já citado, os processos ocorridos em Paracambi, Rio Bonito e na Capital.

Deve-se destacar, inclusive, que a Política Pública da Saúde Mental implementada no Brasil é reconhecida mundialmente, sendo sensível os resultados alcançados.

Conforme atualização obtida diretamente pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Saúde do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (“CAO Saúde”) da Coordenadoria de Saúde Mental do Estado, existem hoje²³ já implantadas 126 residências terapêuticas no Estado do Rio de Janeiro e 169 habilitadas pelo Ministério da Saúde, conforme consolidado no quadro abaixo:

²² Agradecimento especial à Coordenadora do CAO Saúde/MPRJ, Márcia Lustosa, que em muito contribuiu no levantamento de dados, e as técnicas do GATE Claudia Braga e Moema Belloni Schmidt.

²³ Informação prestada em 27 jan. 2020 pelo Coordenador de Atenção Psicossocial Daniel Elia, em apresentação realizada no MPRJ.

Quadro – Expansão da Rede de SRT no Estado do Rio de Janeiro (jan. 2020)

| MUNICÍPIO | EXISTÊNCIA DE RT | QUANTITATIVO TOTAL | QUANTITATIVO HABILITADO PELO MS |
|-------------------------|------------------|--------------------|---------------------------------|
| ANGRA DOS REIS | NÃO | | |
| APERIBE | NÃO | | |
| ARARUAMA | SIM | 2 | 2 |
| ARMAÇÃO DOS BÚZIOS | NÃO | | |
| ARRAIAL DO CABO | NÃO | | |
| BARRA DO PIRAI | SIM | 1 | 1 |
| BARRA MANSA | SIM | 1 | 2 |
| BELFORD ROXO | SIM | 1 | 2 |
| BOM JARDIM | NÃO | | |
| BOM JESUS DO ITABAPOANA | SIM | 1 | 2 |
| CABO FRIO | SIM | 1 | 1 |
| CACHOEIRA DE MACACU | NÃO | | |
| CAMBUCCI | NÃO | | |
| CAMPOS DOS GOYTACAZES | SIM | 1 | 1 |
| CANTAGALO | NÃO | | |

| | | | |
|---------------------------|-----|----|----|
| CARAPEBUS | NÃO | | |
| CARMO | SIM | 17 | 17 |
| CASIMIRO DE ABREU | NÃO | | |
| COMENDADOR LEVY GASPARIAN | NÃO | | |
| CONCEIÇÃO DE MACABU | NÃO | | |
| CORDEIRO | NÃO | | |
| DUAS BARRAS | NÃO | | |
| DUQUE DE CAXIAS | SIM | 1 | 7 |
| ENG. PAULO DE FRONTIN | SIM | 3 | 3 |
| GUAPIMIRIM | NÃO | | |
| IGUABA GRANDE | SIM | 1 | 1 |
| ITABORAÍ | SIM | 1 | 2 |
| ITAGUAÍ | SIM | 1 | 1 |
| ITALVA | SIM | 1 | 1 |
| ITAOCARA | NÃO | | |
| ITAPERUNA | SIM | 3 | 3 |
| ITATIAIA | SIM | 1 | XX |

| | | | |
|-----------------|-----|----|----|
| JAPERI | SIM | 1 | 1 |
| LAJE DE MURIAÉ | NÃO | | |
| MACAÉ | SIM | 1 | XX |
| MACUCO | NÃO | | |
| MAGÉ | SIM | 2 | 2 |
| MANGARATIBA | NÃO | | |
| MARICÁ | SIM | 1 | 2 |
| MENDES | SIM | 1 | 1 |
| MESQUITA | SIM | 2 | 2 |
| MIGUEL PEREIRA | SIM | 1 | XX |
| MIRACEMA | NÃO | | |
| NATIVIDADE | SIM | 1 | 1 |
| NILÓPOLIS | SIM | 1 | 2 |
| NITERÓI | SIM | 5 | 2 |
| NOVA FRIBURGO | NÃO | | |
| NOVA IGUAÇU | SIM | 3 | 3 |
| PATY DO ALFERES | SIM | 1 | 1 |
| PARACAMBI | SIM | 15 | 15 |

| | | | |
|----------------------|-----|----|----|
| PARAÍBA DO SUL | NÃO | | |
| PARATY | NÃO | | |
| PETRÓPOLIS | SIM | 1 | 2 |
| PINHEIRAL | NÃO | | |
| PIRAÍ | NÃO | | |
| PORCIÚNCULA | NÃO | | |
| PORTO REAL | SIM | 1 | XX |
| QUATIS | SIM | 1 | XX |
| QUEIMADOS | SIM | 4 | 4 |
| QUISSAMÃ | NÃO | | |
| RESENDE | SIM | 1 | 1 |
| RIO BONITO | SIM | 1 | 2 |
| RIO CLARO | NÃO | | |
| RIO DAS FLORES | NÃO | | |
| RIO DAS OSTRAS | SIM | 1 | 1 |
| RIO DE JANEIRO | SIM | 24 | 67 |
| SAQUAREMA | SIM | 2 | XX |
| SANTA MARIA MADALENA | NÃO | | |

| | | | |
|-------------------------------|-----|---|---|
| SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA | SIM | 1 | 1 |
| SÃO FIDÉLIS | NÃO | | |
| SÃO FRANCISCO DE ITABAPOANA | NÃO | | |
| SÃO GONÇALO | SIM | 4 | 5 |
| SÃO JOAO DA BARRA | NÃO | | |
| SÃO JOAO DE MERITI | SIM | 2 | 3 |
| SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO | NÃO | | |
| SÃO PEDRO DA ALDEIA | SIM | 1 | 1 |
| SÃO SEBASTIÃO DO ALTO | NÃO | | |
| SAPUCAIA | NÃO | | |
| SEROPÉDICA | SIM | 1 | 1 |
| SILVA JARDIM | SIM | 2 | 2 |
| SUMIDOURO | NÃO | | |
| TANGUÁ | SIM | 1 | 1 |
| TERESÓPOLIS | NÃO | | |
| TRAJANO DE MORAIS | NÃO | | |
| TRÊS RIOS | NÃO | | |

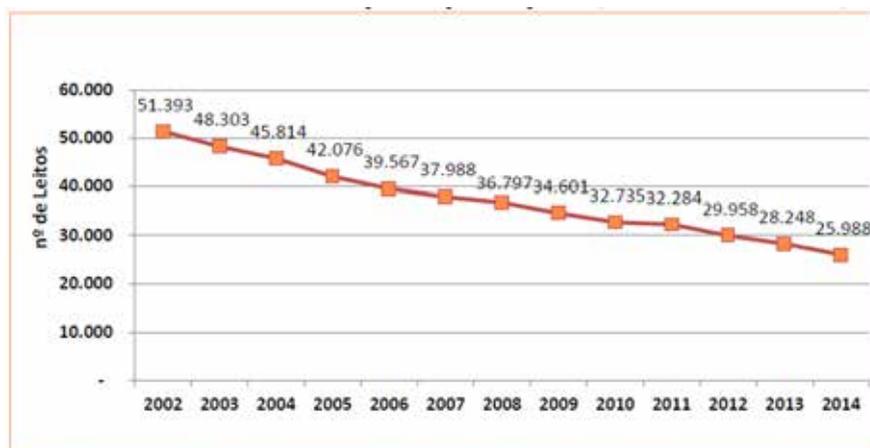
| | | | |
|---------------|-----|-----|-----|
| VALENÇA | SIM | 1 | XX |
| VASSOURAS | SIM | 1 | 1 |
| VOLTA REDONDA | SIM | 4 | 4 |
| TOTAL RTs ERJ | | 126 | 169 |

Fonte: a autora.

Esse número expressivo de Residências Terapêuticas, se comparado com o número ínfimo de Residências Inclusivas implantadas no Estado do Rio de Janeiro, deve ser compreendido dentro do contexto de fortalecimento da Rede de Saúde Mental no Brasil. Ou seja, deve-se essencialmente à lógica de financiamento e custeio aplicada e ao alto grau de comprometimento dos profissionais que atuam na área.

Os gráficos abaixo demonstram justamente esse cenário, apontando o investimento na Política de Saúde Mental nos últimos anos. O primeiro gráfico²⁴ indica que em 2002 o Brasil contava com Parque Manicomial de 51.393 leitos psiquiátricos do SUS, quantitativo que caiu para menos que a metade (25.988) em dezembro de 2014:

Gráfico 1 – Leitos SUS em Hospitais Psiquiátricos por ano (Brasil, dez. 2012 a dez. 2014)

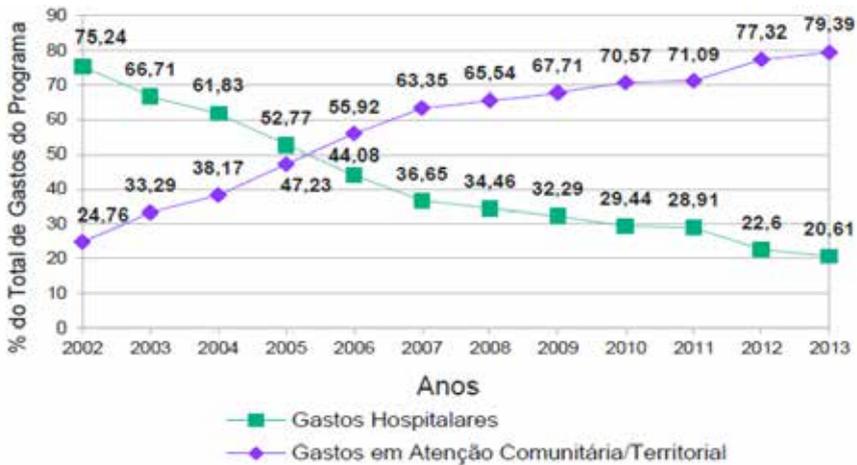


Fontes: Em 2002 e 2003: SIH/SUS, Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS e Coordenações Estaduais; de 2004 a 2012: PRH/CNES e Coordenações Estaduais; a partir de 2013: PNASH, CNES e Coordenações Estaduais.

²⁴ Informações e gráficos extraídos do caderno do Ministério da Saúde “Saúde Mental em Dados 12” (BRASIL, 2015b).

O segundo gráfico indica justamente o fenômeno de inversão do financiamento nacional do hospital psiquiátrico para a rede extra-hospitalar, o que se deu no ano de 2005, com a reversão dos recursos. Em outras palavras, a partir do ano de 2005 os recursos financeiros da Saúde Mental passam a ter maior percentual investido em serviços de atenção comunitária/territorial e não em serviços hospitalares, o que fez toda a diferença no processo de desinstitucionalização.

Gráfico 2 – Proporção de recursos federais destinados à saúde mental em serviços hospitalares e em serviços de atenção comunitária/territorial (Brasil, dez.2002 a dez. 2013)



Fonte: Subsecretaria de Planejamento e Orçamento (SPO/MS), DATASUS/MS e Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS

Com relação ao número total de Residências Terapêuticas, observa-se que ainda há muitos municípios de grande e médio porte sem sequer uma residência implantada. Esse fato, ao ser confrontado com o cenário de autossustentabilidade dessa política, demonstra existir alguma resistência ou barreira local a ser superada a fim de viabilizar a inclusão dos pacientes ainda institucionalizados, muitas vezes em Hospitais Psiquiátricos localizados em outras regiões.

10. Possíveis razões para resultados diferentes e desafios

Após a análise comparativa das Políticas Públicas de Moradia existentes para as Pessoas com Deficiência e Pessoas com Transtorno Mental egressas de internações de longa duração, percebe-se que a base legal, após o advento da CDPD e da LBI, em muito se assemelha.

Os objetivos de ambas as políticas e suas características essenciais, inclusive o número de moradores, também são muito parecidos.

A grande diferença, após a análise minuciosa das trajetórias e resultados alcançados, pode ser explicada por alguns fatores determinantes. A Política do Serviço Residencial Terapêutico está inserida na bem consolidada Rede de Saúde Mental, sendo apenas um ponto desta rede. Isso significa dizer que o processo de desinstitucionalização – complexo e multifacetado que é – conta com diversos pontos de apoio da rede, que se articulam e trabalham conjuntamente.

A política de Residência Inclusiva, de forma analógica, deveria estar vinculada a outros pontos estratégicos de apoio para o seu sucesso. Devemos citar, por exemplo, os Centros de Convivência para Pessoas com Deficiência, Centros de Habilitação e Reabilitação, entre outros, o que ainda não ocorre no Brasil.

Além desse pertencimento a uma rede maior, essencial ao processo de inclusão, um ponto fundamental para o sucesso da política de moradia é o seu financiamento. Conforme analisado no decorrer deste artigo, o processo de financiamento e custeio das Residências Terapêuticas foi muito bem estruturado, tornando esse serviço quase “autossustentável”. Por outro lado, o cofinanciamento para as Residências Inclusivas, além de ter sido criado sem o necessário planejamento prévio e estudo de custos, não considerou a real possibilidade de adesão pelos Estados e Municípios. Além disso, o cofinanciamento federal ocorreu por apenas uma oportunidade, sem qualquer previsão de retorno.

Como desafios, além da evidente necessidade de garantir e rever a política de financiamento para a implementação de Residências Inclusivas e garantir a manutenção do financiamento para a Política de Residências Terapêuticas, podemos citar a necessidade de constante trabalho e fiscalização para que haja de fato um processo de inclusão dos moradores nas comunidades locais, sem que essas moradias acabem se caracterizando como miniaturas de instituições totais.

Além disso, a integração e articulação com as outras Políticas, tais como educação, esporte, cultura, se faz essencial para o êxito desse processo de inclusão.

E mais. O objetivo dessas moradias – ainda que apenas para alguns acolhidos – é que sejam temporárias, evoluindo-se para moradias com apoio, a depender do processo individualizado de cada um. Nesse caso, destacamos a enorme importância do desenvolvimento de projetos e políticas de moradias com apoio, sejam eles vinculados à assistência ou à saúde, pois proporcionam mais autonomia ao indivíduo, maior inclusão e, por outro lado, menos investimento financeiro por parte dos entes públicos.

Importante, ainda, a reflexão sobre a criação de políticas de moradia que atendam os segmentos não contemplados pelas políticas ora analisadas, já que se percebe uma demanda crescente nesse sentido, como, por exemplo, pessoas com transtorno mental severo que tenham vínculos familiares rompidos, mas não tenham histórico de internação psiquiátrica de longa duração ou que estejam internadas em clínicas privadas sem que tenha sido por escolha própria.

11. Conclusão

Com o advento da Convenção da Pessoa com Deficiência, introduzida em nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional, e da Lei Brasileira de Inclusão, todas as pessoas com deficiência, sem distinção – incluindo aquelas com deficiência mental – têm o direito fundamental à moradia digna, inserida na comunidade, assegurado em tais diplomas.

Esse direito está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a não discriminação das pessoas com deficiência, uma vez que ao serem institucionalizadas são banidas da sociedade. É inegável que o modelo da institucionalização sempre foi conveniente para muitos pela retirada da convivência social dos ditos “indesejáveis”.

Convém mencionar que ainda no século XXI essa temática se mostra atual, mesmo que de forma velada. Discussões sobre operações de recolhimento compulsório de população de rua, “internação compulsória para tratamento” em Comunidades Terapêuticas, internação em clínicas de cuidados prolongados, entre outros, são recorrentes na nossa sociedade.

Sendo assim, o direito à moradia e o esforço para desinstitucionalização e reordenamento da Rede devem ser contínuos.

As políticas públicas criadas para combater essa realidade de permitir a reinserção social desses pacientes e usuários, como visto, tiveram trajetórias diferenciadas – em especial em relação à cronologia – porém guardam em comum os seus pilares e fundamentos.

Os objetivos almejados pelas Residências Inclusivas e Serviços Residenciais Terapêuticos também se coadunam: devem se caracterizar como casas, inseridas na comunidade, e viabilizar a inclusão social.

Considerando as inúmeras semelhanças, entende-se como pertinente lançar luz aos motivos que tornaram a política da Residência Inclusiva inefetiva e, por outro lado, que explicam o sucesso dos Serviços Residências Terapêuticos.

Com essa visão ampliada sobre o tema, refletindo acerca da expansão de cada política no território fluminense através de mapeamento e levantamento de custos, espera-se que os gestores em todos os níveis, bem como os operadores do Direito, possam replicar os acertos do caminho trilhado pela Política dos Serviços Residenciais Terapêuticos à Política das Residências Inclusivas, corrigindo equívocos importantes e, por fim, permitindo a sua expansão.

É forçoso reconhecer, portanto, a necessidade dos Gestores das diferentes esferas, em especial em nível federal e estadual, repensarem e reformularem profundamente as estratégias utilizadas para a implementação da Política de Residências Inclusivas, utilizando-se como parâmetro a bem sucedida experiência na implementação da política do SRT.

Com relação à Política do Serviço Residencial Terapêutico, faz-se necessário manter o sistema de financiamento já construído, trabalhando-se, inclusive com apoio do Sistema de Justiça, os Municípios que até a presente data não se mobilizaram para a implantação das residências, que são praticamente autossustentáveis, especialmente após o COFI-RAPS. Há necessidade de especial atenção para eventual barreira atitudinal ou existência de interesses políticos subjacentes que estejam impedindo a expansão dessa rede.

À guisa de conclusão, cumpre reafirmar que a lógica da institucionalização desses segmentos populacionais não encontra respaldo no sistema jurídico brasileiro ou no ordenamento internacional, razão pela qual deve ser permanentemente combatida.

Referências bibliográficas

AMARANTE, Paulo. *Saúde Mental e Atenção Psicossocial*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 64, de 24 de janeiro de 2018. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, [2018]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendao-064.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório CNMP “Hospitais Psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional”. [S.l.]: Conselho Federal de Psicologia, 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/publicacao/hospitais-psiquiatricos-no-brasil-relatorio-de-inspecao-nacional/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Lei nº 8.080, de 18 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

República, [2016b]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, [2016e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003. Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações. Brasília, DF: Presidência da República, [2016f]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 106, de 11 de fevereiro de 2000. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2016g]. Disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/geral/planos/programas_e_projetos/saude_mental/portaria_106.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. Ministério da Saúde. SAS/DAPES. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas. Saúde Mental em Dados, Brasília, a. 10, n. 12, out. 2015b. Informativo eletrônico de dados sobre a Política Nacional de Saúde Mental. Disponível em: www.saude.gov.br e www.saude.gov.br/bvs/saudemental. Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Ministério da Saúde. Portaria interministerial nº 3, de 21 de setembro de 2012. Estabelece parceria entre SUS e SUAS na atenção às pessoas atendidas em Residências Inclusivas. Brasília, DF: Ministério da Cidadania (Rede SUAS), [2012a]. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/portaria-interministerial-no-3-de-21-de-setembro-de-2012/>. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental

e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2011]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM n. 52, de 20 de janeiro de 2004. Institui o Programa Anual de Reestruturação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar no SUS – 2004. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2004]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0052_20_01_2004.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM 2644, de 28 de outubro de 2009. Estabelece novo reagrupamento de classes para os hospitais psiquiátricos, reajusta os respectivos incrementos e cria incentivo para internação de curta duração nos hospitais psiquiátricos e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2009a]. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2015/marco/10/PORTARIA-2644-28-OUTUBRO-2009.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria GM 3588, de 21 de dezembro de 2017. Altera as Portarias de Consolidação nº 3 e nº 6, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre a Rede de Atenção Psicossocial, e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2017a]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt3588_22_12_2017.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação n. 03, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as redes do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2017b]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação n. 06, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2017c]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0006_03_10_2017.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Cartilha Viver sem limite. Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, [2020]. Disponível em: <http://mdh.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Resolução CNAS 109, de 11 de novembro de 2009. Aprova a tipificação nacional de Serviços Socioassistenciais. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2009b. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Resolução CNAS 33, de 12 de dezembro de 2012. Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social NOB/SUAS. Brasília, DF: Ministério da Cidadania (Rede SUAS), [2012b]. Disponível em:

<http://blog.mds.gov.br/redesuas/resolucao-no-33-de-12-de-dezembro-de-2012/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Resolução CNAS 39, de 09 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o processo de reordenamento dos Benefícios Eventuais no âmbito da Política de Assistência Social em relação à Política de Saúde. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2010. Disponível em: <https://setades.es.gov.br/Media/seadh/GBTR/RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%2039%20DE%2009%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202010.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. Caderno de Orientações Técnicas sobre Residências Inclusivas - perguntas e respostas. MDS/2014. Brasília, DF: SUAS, 2014. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_residencias_inclusivas_perguntas_respostas_maio2016.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução nº 6, 13 de março de 2013. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 22 de março de 2013. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2013/resolucoes-cnas-2013/>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CAMPO BELO. Departamento Municipal de Água e Esgoto. Portaria nº 478 de 03 de janeiro de 2018. Diário Oficial Eletrônico do Município de Campo Belo, Campo Belo, n. 477, p. 1-2, 3 jan. 2018. Disponível em: https://www.campobelo.mg.gov.br/uploads/24_edicao_n%C2%B0_477.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

CAVALCANTI, M.T. *Casa ou Serviço?: o dilema das moradias assistidas e/ou serviços Residenciais Terapêuticos no contexto da Reforma Psiquiátrica brasileira*. Cadernos IPUB, Rio de Janeiro: UFRJ/IPUB, nº 22, p. 83-91, 2006.

COSTA, Ana Maria Machado. O reconhecimento da pessoa com transtorno mental severo como pessoa com deficiência: uma questão de justiça. *Inclusive: inclusão e cidadania*. [S.l.], 15 jul. 2011. Disponível em: <https://www.inclusive.org.br/arquivos/20021>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CUNHA, Dani. *Residência inclusiva garante acessibilidade de deficientes físicos*. Prefeitura de Cuiabá, Cuiabá, 30 jan. 2015. Disponível em: <http://www.cuiaba.mt.gov.br/imprime.php?cid=10209&sid=26>. Acesso em: 17 jan. 2020.

DELGADO, P.G. Instituir a desinstitucionalização: o papel das residências terapêuticas na Reforma Brasileira. *Cadernos IPUB*. Rio de Janeiro: UFRJ/IPUB, n. 22, 2006.

DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos; ALVES, André Farah. Saúde Mental e Direitos Fundamentais: a análise da desinstitucionalização a partir dos indicadores e do monitoramento interno. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: perspectiva, 1978.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida; SASSAKI, Romeu Kazumi et al. *Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Belo Horizonte: Editora RTM. 2019.

_____.; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HUMANS RIGHT WATCH. *Eles ficam até morrer: uma vida de isolamento e negligência em instituições para pessoas com deficiência no Brasil*. [S.l.]: [s.n.], 2018. ISBN: 978-1-6231-36086. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/brazil0518port.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

MAIOR, Izabel Loureiro. Quem são as pessoas com deficiência: o novo conceito trazido pela Convenção da ONU. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP*, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 32-43, out. 2015. Disponível em: https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_20_1. Acesso em: 28 jul. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; Houaiss, Livia Pitelli (Coords.). *Estatuto da Pessoa Com Deficiência: Comentários à Lei 13.146/2015*. São Paulo: Editora Foco, 2019.

MARTINS, Laercio Melo. *Saúde Mental: paradigmas e reformas legislativas*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CAO Idoso e Pessoa com Deficiência. Grupo de Apoio Técnico Especializado - GATE. Roteiro de Atuação: fiscalização em unidades de acolhimento para pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2020/03/Livro-completo.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Grupo de Apoio Técnico Especializado do MPRJ. Informação Técnica n. 1316/2018. Política Nacional de Saúde Mental. Desinstitucionalização. Análise da implementação da Política de Desinstitucionalização. Elaboração de Diretriz Técnica. Diretriz Técnica para Fiscalização de Serviço Residencial Terapêutico (SRT). [S.l.]: [s.n.], 2018.

_____. Levantamento sobre unidades de acolhimento para pessoas com deficiência no Estado do Rio de Janeiro. [S.l.]: [s.n.], 2019. Disponível em: <https://public.tableau.com/cao.idoso.e.pessoa.com.defici.ncia#!/vizhome/AbrigosPessoascomDeficiências/PainelEntidades>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MUNÓZ, Flávia Poppe de. *Moradias independentes para pessoas com deficiência: uma demanda ainda não atendida no Brasil*. Inc. Soc., Brasília, v. 10, n.2, p. 77-87, jan./jun. 2017.

OLIVER, Michael; BARNES, Colin. *Disabled People and Social Policy: from exclusion to inclusion*. London: Longman, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez.

1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PACHECO, Kátia Monteiro de Benedetto; ALVES, Vera Lucia Rodrigues. A história da deficiência, da marginalização à inclusão social: uma mudança de paradigma. *Acta Fisiátrica*, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 242-248, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102875/101168>. Acesso em: 17 jan. 2020.

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é SUS*. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2015.

RIO DE JANEIRO (Cidade). Lei nº 3.400, de 17 de maio de 2002. Cria a bolsa de incentivo para assistência, acompanhamento e integração fora de unidade hospitalar de paciente portador de transtorno mental com história de longa permanência institucional em unidade hospitalar psiquiátrica. Rio de Janeiro: Câmara Municipal do Rio de Janeiro, [2002]. Disponível em: <https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/263380/lei-3400-02>. Acesso em: 29 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria Estadual de Saúde/RJ. Resolução SES 1911, de 23 de setembro de 2019. Institui o Programa de Cofinanciamento, Fomento e Inovação da Rede de Atenção Psicossocial do Estado do Rio de Janeiro (COFI-RAPS). [S.l.]: Brasilsus, [2019]. Disponível em: <https://brasilsus.com.br/index.php/pdf/resolucao-ses-n-1911/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei Estadual nº 7.966, de 16 de maio de 2018. Dispõe sobre a política estadual de assistência social e sobre o Sistema Único de Assistência Social no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, [2018]. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/9566339b2a97c9db83258295005fc26b?OpenDocument#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207966%20DE%2016,JANEIRO%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%8ANCIAAS>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SASSAKI, Romeu. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010a.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Resolução SEDS 26, de 25 de outubro de 2017. Diário Oficial do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Documentação, 2017. Disponível em: ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2017/iels.out.17/iels203/E_RS-SEDS-26_251017.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio et al. (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil: trajetória, conquistas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2016.

VIOLA, Ana Clara. *Longo caminho a percorrer na volta para a sociedade: o Ministério Público e a desinstitucionalização em saúde mental*. 135 f. 2015. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

A discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa

Rita Tourinho*

Sumário

1. O alcance da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A discricionariedade nas escolhas administrativas para o enfrentamento da pandemia da Covid-19. 3. A incidência da Lei de Improbidade Administrativa na atuação discricionária conferida pela Lei nº 13.979/20. 4. Considerações finais. Referências.

1. O alcance da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio segundo o qual nenhum órgão do Estado pode realizar atos individuais que não estejam previstos ou autorizados por dispositivo geral anterior tem, em todos os Estados modernos, um caráter quase absoluto.

Sendo a atividade administrativa exercida dentro dos termos legais, visando ao atendimento de uma finalidade preestabelecida pela ordenação normativa, o núcleo do exercício desta atividade é um *dever*, o que significa uma função, em sentido jurídico. Na concepção de Ruy Cirne Lima¹, a administração é atividade da qual não se é senhor absoluto. Com efeito, a atuação administrativa não é fruto de um *poder*. O *poder* deverá ser entendido apenas como um instrumento para o cumprimento do *dever*, manejável no interesse de outrem, o interesse da coletividade.

A atividade administrativa é então materializada através de atribuições legais conferidas a pessoas postas ao serviço do Estado. Segundo afirma Agustín Gordillo², a atividade administrativa pode ser classificada de diversos modos, de acordo com as distintas formas jurídicas que pode assumir. Entre estas classificações, temos que a atividade administrativa pode ser exercida de forma vinculada ou discricionária.

No exercício da competência vinculada, a administração limita-se à realização de exame de constatação, verificando se a hipótese de fato prevista na norma de forma completa se realizou, conforme afirmam Eduardo García de Enterría e Ramón

* Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça, Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – GEPAM. Professora Assistente da UFBA.

¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo1, p. X-13.

Fernandez³. Segundo os autores espanhóis, trata-se de um processo aplicativo da lei, que não deixa resquício a nenhum juízo subjetivo. Acrescentam que, no exercício de atribuição vinculada, a Administração atua de forma quase que “automática”. Pretendem, ao utilizar esta expressão, excluir a possibilidade de apreciação subjetiva. Assim, apesar de admitirem que qualquer processo aplicativo de lei necessita de procedimento interpretativo que levará a avaliações, em se tratando de exercício de competência vinculada, tais avaliações jamais serão subjetivas.

Vale observar que as normas nem sempre são dotadas de conteúdo determinado. No entanto, o conteúdo, determinado ou não, estará sempre presente revelando a vontade do legislador, que deve ser realizada pelo administrador, agindo para o alcance deste objetivo não como máquina, mas como ser inteligente que, entendido o seu valor e fim, liga-o ao fato⁴.

Segundo acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, diante da competência vinculada, o particular tem o “direito subjetivo” de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Saliente-se que, a coincidência entre vinculação e direito subjetivo exige a presença de um interesse particular, somente existindo direito subjetivo se a atuação vinculada for também estabelecida em vista de certos interesses privados.

No que concerne à discricionariedade administrativa, deve-se de antemão afastar a ideia de liberdade do administrador, típica do Estado de Polícia, onde aquele tinha sempre o direito de realizar novos fins que ele próprio delimitava, fora do quadro de qualquer norma legal.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, a discricionariedade é caso típico de remissão legal, sempre parcial⁶. Parcial por consistir em uma simples aplicação do princípio da mensurabilidade de todas as competências públicas ou de sua necessária limitação.

Com efeito, a discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as mais adequadas ao atendimento do interesse público.

Mas o que se entende por interesse público?

Por certo, a expressão *interesse público* possui inegável amplitude semântica, comportando diversos conteúdos que podem variar a depender da época, do

³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 453.

⁴ SATTI, Phillip. *Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 169.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

ordenamento jurídico, da situação socioeconômica, entre outros fatores⁷. Daí concordar-se com Karl English⁸ quando assevera que o conceito de discricionariedade é um dos mais plurissignificativos e difíceis da teoria do Direito.

A doutrina apresenta diversas definições para a discricionariedade, que guardam entre si uma série de similitudes.

Seabra Fagundes⁹ aduz que, no exercício da competência discricionária, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. Quanto ao motivo, poderá o administrador escolher a ocasião de praticar o ato (oportunidade) e a sua utilidade (conveniência). No que concerne ao objeto, a discricção está na possibilidade de escolha do objetivo do ato.

Eduardo García de Enterría e Ramón Fernandez¹⁰ entendem que, na discricionariedade, existe a inclusão de uma estimativa subjetiva da própria Administração Pública ao processo aplicativo da lei. Acentuam que esta possibilidade de estimação administrativa vem prevista na própria lei, não sendo uma faculdade extralegal. Concluem que, somente há discricionariedade em virtude de lei e na medida em que a lei haja disposto.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, estaremos diante da competência discricionária quando o regramento não atingir todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Logo, o espaço decisório da administração deverá pautar-se em parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição Federal, pelas leis ou por atos normativos editados pelas entidades administrativas.

Gustavo Binenbojm reporta-se à discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, ou seja, como campo de escolhas não puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei¹².

⁷ Na concepção de Afonso Rodrigues QUEIRÓ, o “interesse público” pode ser classificado como conceito prático, ou seja, é expressão que abarca uma série de conceitos possíveis, pertencente ao mundo da sensibilidade, onde não existe uma lógica de valor universal. Contrapõe-se aos conceitos teóricos que são aqueles com contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal. (Cf. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, 1946. p. 60). Karl ENGLISH, utilizando outra terminologia, aduz que o “interesse público” é um conceito indeterminado, caracterizado pela incerteza do conteúdo e extensão em larga medida (Cf. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 208).

⁸ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 214.

⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 94.

¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 454.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 40.

¹² BINENBOJM, Gustavo. A Crise dos Paradigmas do Direito Administrativo. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39.

Diversos são os fundamentos destinados a justificar a discricionariedade. Fala-se, então, em fundamentos de ordem material, lógica e jurídica.

O fundamento material considera que nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa¹³, em face da realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida. Ademais, o administrador, por estar em contato com o mundo empírico, saberá, em determinada ocasião, tomar as decisões referentes aos casos novos. Merece, também, ser levada em consideração as mutações da vida social, que impossibilitam o legislador de prever todas as situações possíveis, impedindo-o de estabelecer formas perenes e imutáveis de proceder.

O fundamento lógico é utilizado por aqueles que, a exemplo de Queiró¹⁴, consideram a discricionariedade inserida nos conceitos jurídicos indeterminados. Tal fundamento argumenta a impossibilidade de o legislador fixar o alcance de todos os conceitos utilizados na linguagem normativa. Assim, segundo Queiró, “é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se, ele próprio, numa das interpretações possíveis, e, tendo-a fixado, deva agir conseqüentemente”¹⁵.

Além da justificativa material e lógica para existência da discricionariedade, é, ainda, apresentada uma fundamentação jurídica¹⁶. Segundo argumento desta natureza, caso fosse possível ao legislativo prever todas as possibilidades de ocorrências, guiando, minuciosamente, o administrador, teríamos a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo, comprometendo-se o princípio de separação de poderes, consagrado na Constituição Federal.

O que não se pode perder de vista é que a discricionariedade existe em prol da satisfação do interesse público e não para servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões particulares. Daí porque não se confunde discricionariedade com arbitrariedade.

Tomás R. Fernández¹⁷ classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. Acrescenta o autor que a arbitrariedade possui duplo significado: em um sentido genérico, arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em um sentido mais concreto, arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como incongruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões¹⁸. O referido autor, em parceria com Eduardo

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 42.

¹⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940. p. 24.

¹⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940. p. 24.

¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 85.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997. p. 160.

García de Enterría¹⁹, traz uma distinção jurisprudencial entre discricionariedade legítima e arbitrariedade proibida, exposta em Sentença de 13.07.1984. Com efeito, a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém, em todo caso, considerável. Já a arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade. Asseveram que Locke fixou um significado preciso do termo arbitrário, que alude não somente a um modo de governar identificado com o despotismo e a tirania, como também a raiz do poder que este modo de governar expressa, um poder sustentado na vontade e capricho de quem o detém, exercido com liberdade que não se presta a qualquer justificação.

Uma questão que vem sendo objeto de controvérsia por parte da doutrina diz respeito à existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Afonso Rodrigues Queiró, por exemplo, quando escreveu a monografia “Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, definiu a discricionariedade como “uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei”²⁰. Com efeito, para o doutrinador português a discricionariedade surge circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, os quais chama de *conceitos práticos*.

Ainda na referida obra, Queiró posiciona-se contra o entendimento do autor alemão Walter Jellenik, que admite a delimitação de uma série de conceitos jurídicos indeterminados, por meio do que denomina *concepção da sociedade*. Segundo Queiró, caso a jurisdição administrativa passe a definir certos conceitos não teóricos, em face de pretensas concepções sociais unívocas, no fundo, estará intrometendo-se no domínio da administração ativa.

Encontra-se, na literatura alemã, as teses de Otto Bachof e Carl Hermann Ule quanto ao tema, publicadas quase simultaneamente, no ano de 1955, expostas na monografia de Hartmut Maurer²¹.

De acordo com Hartmut Maurer, a tese de Bachof defende que não é concedido um espaço de poder discricionário à autoridade administrativa na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, e sim um “espaço de apreciação”²². Logo, segundo o seu entendimento, as autoridades administrativas poderão *apreciar*, em responsabilidade própria, as deduções decorrentes dos conceitos jurídicos indeterminados, para o caso concreto, que somente limitadamente podem ser revisadas pelo judiciário.

¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 477.

²⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 50.

²¹ MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

²² MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

Eduardo García de Enterría²³, em monografia intitulada “La Lucha Contra las Inmidades del Poder”, aduz que, nos conceitos jurídicos indeterminados, existe somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidades de soluções justas possíveis, como consequência do seu exercício. Desta maneira, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim, um processo de aplicação e interpretação da lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ também abordou o problema dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Segundo o autor, em decorrência da fluidez destes conceitos, não se pode negar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, igualmente razoáveis, fato que permitirá ao administrador a escolha de qualquer uma destas. Apesar de admitir que, na apreensão dos *conceitos jurídicos indeterminados*, estamos diante de um ato de intelecção – ao contrário da discricionariedade que nos coloca diante de atos volitivos – posiciona-os como realidades jurídicas semelhantes, uma vez que deságuam nos mesmos efeitos jurídicos que integram a discricionariedade. Significa dizer que, em ambos os casos, o controle judicial não poderá ir além de certos limites.

É possível identificar o longo percurso percorrido no sentido de estreitar-se a margem de liberdade conferida na atuação discricionária. Gustavo Binbenojm sintetiza bem o que chama de “etapas do itinerário de jurisdicização da discricionariedade administrativa”²⁵. Assim, apresenta as seguintes etapas:

[a] possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade), desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais²⁶.

Assim, nessas etapas evolutivas, depara-se com situações nas quais a discricionariedade abstratamente prevista na norma pode ser bastante reduzida no confronto com as peculiaridades do caso concreto, quando somente um comportamento será possível para se alcançar a finalidade da norma de forma satisfatória. Assim, toda e qualquer atuação administrativa se encontra subordinada

²³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1995. p. 35-37.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 211.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da Dicotomia Ato Vinculado Versus Ato Discricionário à Teoria dos Graus de Vinculação à Juridicidade. In: *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 211.

aos princípios administrativos. Tal constatação reduz a margem de discricionariedade posta na norma, na atuação fática.

Com efeito, adotada uma solução ao caso concreto no exercício de competência discricionária, o administrador estará perante o dever jurídico de praticar não qualquer ato entre os previstos na norma, mas aquele que atenda à finalidade da lei, em consonância com os princípios administrativos. Pode-se, então, afirmar que a liberdade fixada de forma abstrata na norma jurídica, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante do caso concreto. No entanto, a possibilidade de controle principiológico da discricionariedade não se confunde com a absoluta sindicância dos atos administrativos.

Por vezes, a escolha da decisão a ser adotada perpassa pela ponderação proporcional dos princípios em aparente conflito. A Lei Federal nº 13.979/2020, por exemplo, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, traz, no seu art. 3º, medidas de restrições de liberdades individuais para o combate à pandemia. Assim, apresenta o isolamento, a quarentena, a restrição temporária à locomoção intermunicipal e interestadual por rodovias, entre tantas outras. Na escolha da medida a adotar, o administrador vê-se diante da incidência de pelo menos dois princípios constitucionais, em sentido distinto. No caso da restrição de rodovias, por exemplo, tem-se de um lado a proteção à saúde pública e do outro o direito de livre locomoção. Com princípios apontando em direções diversas, o desafio será o de otimizar as medidas de modo a adotar aquela que seja: a) adequada, idônea à produção do fim; b) necessária, assim considerada aquela que causa o menor grau de restrição; c) e que garanta a promoção de princípio a tal grau que justifique a restrição ao princípio contraposto.

Ao tratar da possibilidade de escolha entre as medidas destinadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, o referido art. 3º, estabelece no seu § 1º que:

[a]s medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Reporta-se, então, a um outro tipo de discricionariedade chamada de *discricionariedade técnica*. António Francisco de Sousa²⁷ acentua que a expressão *discricionariedade técnica* foi utilizada pela primeira vez em direito administrativo pelo professor da Escola de Viena, Bernatzik, no ano de 1864, significando aquele tipo de decisão que, apesar de não ser discricionária, estaria fora do controle judicial

²⁷ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 105.

em virtude de o seu conteúdo exigir um elevado grau de conhecimentos técnicos, possuído apenas pelos administradores, diante de sua formação.

O doutrinador português lança críticas à tese da discricionariedade técnica, que na jurisprudência portuguesa somente admite o controle judicial em caso de erro manifesto. Primeiro, aduz a imprecisão do que seja “decisão altamente técnica”, acrescentando que “onde começa e acaba o caráter ‘altamente técnico’ de uma decisão nunca foi nem nunca pode ser respondido em termos claros e precisos”²⁸. Segundo, refere-se à possibilidade de o juiz recorrer a peritos para buscar esclarecimentos quanto aos fatos que decide, caso trate de matérias dotadas de complexidade técnica. Por fim, critica a limitação do controle judicial ao chamado “erro manifesto”. Inicialmente, porque não se pode dizer com precisão o que constitui um “erro manifesto”. Depois, por ser inadmissível aceitar-se um erro pelo fato de o mesmo “não ser manifesto”, uma vez que em ambos os casos se estará diante de ilegalidades.

Com efeito, de toda a crítica lançada por António Francisco de Sousa chama-nos atenção o comentário do autor, segundo o qual:

[a] discricionariedade técnica perde assim o seu fundamento, pois, no Estado de Direito, a liberdade da Administração, como temos vindo a sublinhar, só pode emanar da vontade clara e inequívoca do legislador resultante da lei e não da imprecisão dos conceitos que emprega ou da dificuldade do controlo jurisdicional²⁹.

Conforme Juan Francisco Linares³⁰ quando se trata de normas ditadas em base técnica menos precisa, a determinação de erro da normativa e de sua irrazoabilidade jurídica é mais difícil, havendo resistência de intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo em se verificando outros vícios. Acrescenta que, se trata do problema de saber se a eleição de uma espécie de comportamento do órgão através de um ato administrativo, fundado em razões técnicas, trata-se de atuação discricionária e, em caso afirmativo, se caberia o controle jurisdicional.

2. A discricionariedade nas escolhas administrativas para enfrentamento da pandemia da Covid-19

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII, em razão da dispersão mundial do coronavírus, e, em 11 de março de 2020, declarou a transmissão do agente etiológico

²⁸ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 107.

²⁹ SOUSA, António Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 108.

³⁰ LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

como *pandemia*, exigindo dos governos mundiais ações compatíveis com a gravidade da situação a ser enfrentada.

O Ministro de Estado da Saúde, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional no âmbito da República Federativa do Brasil, nos termos do Decreto 7.616/2011, o que levou a adoção de medidas em diversos setores no sentido de preservar a vida e a saúde das pessoas.

Com esse propósito, diversas normas foram editadas pelos entes federados com influências diretas e indiretas nos mais diversos setores. O ritmo desconhecido do vírus exigiu constantes alterações nas dinâmicas adotadas. A situação de emergência declarada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal demandou atuação proativa, com medidas imediatas, muitas vezes de resultados duvidosos.

Percebeu-se, então, que o enfrentamento da situação posta deveria partir de um conjunto de regras flexíveis, capazes de se adequarem à mutabilidade dos cenários criados no enfrentamento da COVID-19. Daí a discricionariedade conferida aos gestores públicos na adoção de providências para combate à pandemia.

Justamente para organizar as medidas de enfrentamento da crise, foi editada a Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926/2020, conferindo ao administrador público certa margem de liberdade nas escolhas realizadas entre as possibilidades legais.

A Lei apresenta no seu art. 3º diversas medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades, para enfrentamento do coronavírus. A opção deverá ser fundamentada, conforme consta do §1º do referido artigo, “em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

A impossibilidade de adoção de posicionamentos únicos pelos diversos entes político-administrativos decorre do contexto fático diversificado e excepcional, marcado por cenários em constante e vertiginosa modificação, somado à inexistência, até o momento presente, de uma uniformidade na adoção de medidas técnicas, coordenadas nas três esferas, de decisão sanitária e epidemiológica sobre o enfrentamento da pandemia.

Desta forma, alguns entes federativos decretaram a “quarentena”, com restrições de diversas atividades, outros mantiveram suas atividades com regras de “distanciamento”, uma outra parte preferiu adotar o “lockdown”, com normas mais restritivas, impedindo, inclusive a permanência em espaços públicos, como as praias. Existiram até aqueles que apelaram para a medida extrema e de constitucionalidade questionável, o “toque de recolher”, impedindo a circulação de pessoas em determinados horários, salvo situações excepcionais constantes da regulamentação.

Não há dúvidas que todas essas medidas de “bloqueio” constituem graves restrições, deparando-se com o direito fundamental de liberdade de locomoção, o que leva à exigência de ato legislativo formal para a sua aplicação, em observância, inclusive, ao que determina o art. 5º II, da Constituição Federal. Para alguns, o “estado

de necessidade administrativo” em decorrência da pandemia não legitima a imposição de medidas restritivas graves por intermédio de atos administrativos, ainda que de caráter geral e abstrato, veiculados por Decretos expedidos pelos Chefes do Poder Executivo³¹. Há, no entanto, aqueles que advogam pela maior ampliação dos atos administrativos normativos, afirmando que apesar de não poderem inovar originariamente na ordem jurídica, é equivocado supor que só possam veicular regras orgânicas e procedimentais para execução da lei³². Atente-se que as medidas limitadoras de direitos ou coercitivas, constantes do art. 3º da Lei nº 13.979/20 são excepcionais e devem ser pautadas na estrita necessidade, devidamente justificadas. Conforme lição de Carlos Ari Sunfeld:

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta, só pode ser cumprida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado³³.

O cenário de pandemia traz a possibilidades de opções a serem adotadas a partir de posicionamentos técnicos, com evidências científicas, sopesados diante da realidade político-administrativa. Tem-se, assim, a incidência da discricionariedade técnica, decorrente da complexidade técnico-científica das questões envolvidas. No entanto, como bem afirma Juan Francisco Linares³⁴, a atuação administrativa pautada pela técnica e pela ciência não transforma tal remissão em um puro e simples endosso, mas sim em um endosso condicionada ao sentido de justiça para o caso. Nessa linha de pensamento, apesar da redução do controle jurisdicional, o Poder Judiciário não se pode furtar à declaração de nulidades diante de absurdos evidentes, ou seja, diante de situações que aparecerem de pronto como despropositadas, inverossímeis e desarrazoadas.

Cumprе, ainda, mencionar a “doutrina Chenery”, a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América, de acordo com a qual as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos

³¹ Neste mesmo sentido é a posição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Aspectos Jurídicos do Bloqueio Generalizado de Movimentação (*Lockdown*). In: *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Marcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 207.

³² CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – Desafios Jurídicos: Supremacia do Interesse Público, Bem Comum, Legalidade e Competência Regulamentar. In: *As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Marcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 129.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 68.

³⁴ LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 276.

diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm expertise para concluir se os critérios adotados pela administração são corretos³⁵. A “doutrina Chenery” foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça quando reconheceu que “as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário”³⁶.

No entanto, repita-se, qualquer que seja a medida restritiva escolhida ou sua posterior flexibilização, deverá se fazer acompanhar de critérios técnicos adotados e utilizados com razoabilidade e proporcionalidade, resguardando-se os princípios norteadores da administração pública.

Não se pode afirmar com segurança que o impacto decorrente de certa medida restritiva adotada será menor na economia do que na saúde, por exemplo. Tudo depende de uma análise pormenorizada de dados de domínio do ente público afetado. Assim, a flagrante dificuldade do controle jurisdicional da opção administrativa adotada com fundamento no art. 3º, da Lei nº 13.979/20, que geram posicionamentos judiciais dos mais diversos, levou o Conselho Nacional do Ministério Público, em conjunto com a Corregedoria Nacional do Ministério Público, a expedir a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 02, de 19 de junho de 2020, estabelecendo no seu art. 2º:

Art. 2º Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material.

Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas.

Apesar das dificuldades interpretativas do referido dispositivo, o certo é que se reconhece a ausência de consenso científico nas medidas de enfrentamento à pandemia, o que permite ao gestor público adotar aquela que, segundo avaliação administrativa, melhor se adequa à sua realidade. Por certo que persiste o controle da legalidade formal e material do ato administrativo, conforme exposto.

A Lei nº 13.979/2020 também flexibilizou os processos de contratações públicas, ampliando a margem de discricionariedade dos gestores. Desta forma, a lei instituiu uma hipótese específica de dispensa de licitação no seu art. 4º, segundo o qual “é

³⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law and Business, 1996. p. 671.

³⁶ STJ. Corte Especial. AgInt na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.240/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgamento 07/04/2017.

dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.” A Lei exige pertinência entre o objeto do contrato e o enfrentamento da pandemia, não sendo aplicável às contratações que não guardem relação com tal enfrentamento. Assim, diante da necessidade de aquisição máscaras cirúrgicas, da compra de ventiladores pulmonares e da contratação de serviços em hospitais de campanha, por exemplo, a Administração Pública dispõe de discricionariedade para licitar ou utilizar-se da contratação direta, com fundamento no art. 4º.

Tal hipótese de dispensa, não se confunde com aquela constante do inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, que aborda a dispensa emergencial. Neste caso, a lei exige a “caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa” (art. 26, Parágrafo único, Inciso I, da Lei nº 8.666/93), além de limitar o prazo da contratação em 180 (cento e oitenta) dias.

Nas contratações estabelecidas com fundamento no art. 4º, da Lei nº 13.979/20, há clara presunção de emergência em contratações vinculadas ao enfrentamento da Covid-19, disposta no art. 4-B, do referido diploma legal. Assim, há maior discricionariedade na decisão pela contratação direta adotada para enfrentamento da pandemia, uma vez que a situação de risco, neste caso, é presumida.

A norma também não estabeleceu prazo fatal para extinção do vínculo contratual, determinando no seu art. 4º-H que “os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitados os prazos pactuados”. Em se tratando de contratos de prestação de serviços, pode ocorrer que após a formalização de ajuste, observe-se que o contratado não vem cumprindo as obrigações contratuais assumidas. Em situação desse gênero, por certo que a Administração não deverá manter a relação contratual, optando por formalizar processo licitatório, com possibilidade de obter maior competitividade e melhor qualificação do contratado ou um novo processo de contratação direta.

Registre-se que a Lei não dispensou a apresentação de projeto básico ou termo de referência, admitindo apenas a sua simplificação (art. 4-E). Com efeito, o Tribunal de Contas da União estabeleceu no Acórdão 1.335/2020 - TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus devem ser instruídos “com a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado”.

Saliente-se que o referido diploma também reduziu os prazos da licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, no art. 4º-G. Percebe-se, assim, que existe

competência discricionária da Administração para escolher entre realizar a contratação direta ou valer-se do pregão simplificado, como bem expõe Marçal Justen Filho³⁷.

Caso haja restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a Lei permite que seja dispensada a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal (Art. 4-F). Ou seja, desde que haja justificativa, a Administração Pública poderá decidir contratar com pessoa em situação irregular, na forma do artigo. A utilização da referida possibilidade deverá estar acompanhada de fundamentação, comprovando-se a restrição de contratados e a efetiva necessidade do objeto que se pretende contratar para o enfrentamento da pandemia.

Saliente-se que, nessa perspectiva, deverão ser vislumbrados os possíveis danos decorrentes da ausência de habilitação em algumas contratações. Assim, pense-se na contratação de empresa para gestão de hospital de campanha, dispensando-se a qualificação técnica dos interessados. Ao certo que, mesmo havendo restrição de prestadores de serviço no mercado, os riscos que poderão advir na execução do referido ajuste podem não justificar tal contratação.

Permite-se, ainda, a alteração unilateral quantitativa dos ajustes, com acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (Art. 4º- I), desde que haja justificativa razoável. Assim, é bom destacar que, tal prerrogativa não pode ser empregada por arbítrio ou por interesses escusos, nem pode retratar desvio de finalidade. Em consequência, na opção pela alteração unilateral, será sempre sindicável o motivo pelo qual se considerou necessária a alteração.

No processo de flexibilização de normas de contratação vinculadas ao enfrentamento da Covid-19, foi também publicada a Medida Provisória nº 961, de 6/5/2020, que além de ampliar os valores para contratação por dispensa de licitação e possibilitar a utilização do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei nº 12.462/11) para licitações e contratos de quaisquer obras, serviços, compras alienações e locações, permitiu, ainda, o pagamento por antecipação, desde que atendidos os requisitos legais.

No que se reporta especificamente ao pagamento antecipado, a grande novidade é a possibilidade de sua utilização sem apresentação de garantia.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativa? In: *Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. I. 542.

As contratações com pagamento antecipado encontram fundamentação em nosso ordenamento jurídico³⁸, todavia, com aplicação excepcional³⁹. O Tribunal de Contas da União reconhece a possibilidade de pagamento por antecipação em situações determinadas, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) previsão em ato convocatório; b) realização de estudo no processo licitatório que fundamente a real necessidade e economicidade da medida; c) previsão de garantias específicas e suficientes⁴⁰.

A Medida Provisória 961/20, ao tratar do pagamento por antecipação, estabelece, no § 2º, do art. 1º, que a Administração poderá prever cautelas para reduzir o risco de inadimplemento contratual, entre as quais consta a exigência de garantia (inciso II). Sem dúvida, a possibilidade de o gestor decidir entre a exigência ou não de garantia o coloca em zona de considerável amplificação dos riscos, uma vez que pode acontecer de a administração pública pagar e não receber. Logo, a decisão pelo pagamento antecipado, sem exigência de garantia, requer uma elevada gestão de riscos, com adoção de diligências capazes de avaliar objetivamente a idoneidade e capacidade das empresas.

De posse das informações referentes à demanda de aquisições com pagamento antecipado, deve o gestor realizar os seguintes questionamentos: a) A Administração já contratou este objeto no passado? Quais foram as condições? b) Este objeto foi contratado recentemente por outro órgão da administração pública? Quais foram as condições? c) O proponente já contratou nestes moldes? Com quem? d) O proponente tem estrutura compatível com a demanda? e) O proponente milita neste segmento de mercado? f) O local da sede da empresa é compatível com sua estrutura? g) É possível exigir garantia?

Respostas negativas para a maioria das questões podem indicar elevado risco na execução do contrato, com possíveis danos ao erário.

A atuação discricionária em tempo de pandemia não encontra fundamento para distanciar-se dos princípios administrativos, que serão sopesados de forma racional, diligente, objetiva e fundamentada. Desta forma, a transparência da atuação torna-se indispensável. Nesta linha, a Lei nº 13.979/20 determina que:

Art. 4º [...]

§2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico

³⁸ Art. 65, da Lei nº 4.320/64: "O pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, *por meio de adiantamento*" [grifos acrescidos].

³⁹ Art. 38, Decreto nº 93.872/86: "Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta".

⁴⁰ Acórdão nº 1.341/2010 – TCU – Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer.

na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Por outro lado, Portaria nº 758, de 9 de abril de 2020, emitida pelo Ministério da Saúde, define o procedimento para o registro obrigatório de internações hospitalares dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19, nos estabelecimentos de saúde públicos e privados que prestam serviços no SUS.

Por certo que, a ampla possibilidade de restrições a direitos individuais e flexibilizações normativas nas contratações públicas devem importar a adoção de redobradas cautelas na gestão do patrimônio público, com especial atenção à transparência ativa, contemporânea e qualificada, de modo a propiciar a ampla fiscalização social e pelos atores do sistema de controle formal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6351, ao suspender a eficácia do artigo 6-B da Lei nº 13.979/2020, manifestou-se no sentido de que: “o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange ‘debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta.’ (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310(1940), quoted 376U.S. at 271-72)”.

Verifica-se, então, que apesar da ampla discricionariedade ofertada pelo legislador à Administração Pública na adoção de medidas voltadas ao combate à pandemia e nas contratações relacionadas a tal objeto, as decisões adotadas devem guardar sintonia com a lei e princípios administrativos, o que será revelado a partir da motivação, que requer argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e consequentemente sustentáveis, capazes de resistir a um debate aberto, próprio do Estado Democrático de Direito. Os motivos responsáveis pelas opções legislativas adotadas devem ser expostos de maneira clara, precisa, concreta. A utilização de expressões genéricas na motivação, como “altos fins”, “considerável interesse”, “elevado padrão” devem ser utilizadas com cuidado para que não configurem “mera logomaquia”, como lembra Cretella Júnior⁴¹.

A necessidade de celeridade na adoção de providências relacionadas à Covid-19 não autoriza que medidas sejam tomadas desacompanhadas da exposição dos motivos. Por certo que tal omissão, quando seguida da formalização de contratos superfaturados, não executados, ou executados de forma indevida, poderão acarretar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos, caso observado o dolo ou a grave imprudência ou negligência na atuação administrativa.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR. José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 43.

3. A incidência da Lei de Improbidade Administrativa na atuação discricionária conferida pela Lei nº 13.979/20

A Covid-19 certamente ficará nas nossas memórias como a “epidemia do século”, não só pelos riscos causados à saúde, mas pelos seus reflexos em variados setores, cujas consequências são ainda imprevisíveis e desconhecidas. Sob o prisma do direito administrativo, as regras e princípios existentes mostram-se insuficientes ou inadequadas ao enfrentamento do cenário político, social e econômico fruto dessa nova realidade imposta pelo vírus.

Surgem dificuldades nas soluções jurídicas dos problemas presentes, que não existiam no passado recente. Assim, sabe-se da importância constitucional do instituto da licitação, antecedendo a formalização dos contratos administrativos, garantindo-se o princípio da isonomia, transparência e ampla competitividade, na busca da contratação mais vantajosa. Por outro lado, a necessidade premente de atendimento de demandas geradas no enfrentamento do novel coronavírus levou à flexibilização de regras postas no ordenamento, possibilitando escolhas à Administração Pública nas situações fáticas.

Conforme já ponderado, tal flexibilização exposta em diversos artigos na Lei nº 13.979/20, já abordados, leva a uma maior discricionariedade na tomada das decisões, sem deixar de exigir a efetiva ponderação principiológica a ser demonstrada.

Ora, como toda moeda possui dois lados, os benefícios gerados pela Lei nº 13.979/20, com a maior celeridade nas contratações voltadas a salvar vidas, se fizeram acompanhar de algumas situações indesejáveis, a exemplo de contratações direcionadas, antieconômicas, ineficientes e até desnecessárias. Muitos viram na discricionariedade constante da lei a possibilidade de locupletação indevida, acreditando que vivenciamos o momento no qual “os fins justificam os meios” e que todos serão perdoados pelos seus “erros”, afinal cometidos com um nobre propósito.

Neste cenário posto, cabe aos órgãos de controle “separar o joio do trigo”, visando punir aqueles que dolosamente, ou sem o mínimo zelo na gestão da coisa pública, geraram elevados prejuízos ao erário. Assim, persiste a possibilidade de incidência da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 – em virtude dos contratos estabelecidos com fundamento na Lei nº 13.979/20.

A Lei nº 8.429/92 reprime quatro modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º); aqueles que geram prejuízo ao erário (art. 10); a concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003 (art.10-A); e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11). Quantos aos atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito ou violam princípios administrativos, exige-se a presença do elemento subjetivo dolo. No que se reporta aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, a lei admite a modalidade dolosa ou culposa.

Em 25 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655 com o propósito de incluir no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB)

disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público. Entre as novas disposições trazidas pela lei, recai diretamente sobre a matéria aqui abordada o art. 28, segundo o qual “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

De imediato, duas questões são postas. A primeira reporta-se ao alcance da expressão “erro grosseiro”, trazida na norma. A segunda cinge-se à repercussão de tal expressão na modalidade culposa da improbidade por prejuízo ao erário, constante do art. 10, da LIA.

Quanto à primeira questão, houve movimentação imediata da doutrina e dos órgãos de controle no sentido de estabelecer o alcance do “erro grosseiro” no elemento subjetivo da conduta do agente público. O Tribunal de Contas da União, na sessão de 17 de julho de 2018, expediu o Acórdão nº 1628, da relatoria do Min. Benjamin Zymler, segundo o qual “A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/42, incluído pela Lei 13.655/18”. Mesmo que a intenção tenha sido outra, o que ocorreu foi o deslocamento da incerteza da expressão “erro grosseiro” para outra, também fluida. Afinal, o que se entende por “administrador médio”? Qual o parâmetro utilizado em tal avaliação? Por certo, trata-se de conceito dotado de absoluta indeterminação.

Por outro lado, não se pode desprezar que o §5º do art. 37 da CF trata expressamente do elemento subjetivo “culpa” ao estabelecer a possibilidade de ação de regresso em face do agente público, que agiu com dolo ou culpa, uma vez reconhecida a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Floriano de Azevedo e Rafael Véras, manifestando-se quanto ao alcance do referido art. 28, da LINDB, aduzem que o erro grosseiro terá lugar quando o agente público “incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício do seu mister”⁴².

Em 10 de junho de 2019, foi publicado o Decreto nº 9.830, regulamentando a Lei nº 13.655/18. No que se reporta ao “erro grosseiro” para a responsabilização do agente público, dispõe o referido ato normativo:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

⁴² MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por *culpa in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

A regulamentação do dispositivo legal confirma algumas posições já externadas. Assim, o erro grosseiro aproxima-se da já conhecida culpa grave, caracterizada pela negligência ou imprudência inescusáveis. Por outro lado, o §§ 3º e 5º confirmam a impossibilidade de responsabilização objetiva do agente público, mesmo que o montante do dano ao erário seja expressivo. O §4º revela a necessidade de observância da complexidade da matéria e das atribuições do agente na fixação da culpa.

O §6º reporta-se à opinião técnica que não poderá ser imediatamente estendida ao agente público. Logo, o administrador público que tomar uma decisão com base em parecer exarado pelo assessor jurídico, com dolo ou erro grosseiro, não poderá ser automaticamente responsabilizado, salvo se ficar demonstrado que tinha condições de aferir que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro, ou se estiver em conluio com aquele.

Ressalte-se que existe um precedente do STF, bem anterior ao art. 28 da LINDB, reconhecendo a responsabilidade do advogado público na emissão de parecer de natureza opinativa, desde que configurada a existência de culpa ou erro grosseiro, segundo o qual,

“Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que ‘salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa’⁴³.

A necessidade de fixar limites ao “ativismo” do controle externo da atividade administrativa, no campo sancionador, levou à exigência de demonstração mais clara do elemento subjetivo do tipo na conduta do agente público. Repele-se a ampliação indevida do conceito de “imoralidade administrativa” na fixação da conduta enquadrada no art. 11, da Lei nº 8.429/92, que vinha criando uma espécie de responsabilização objetiva pessoal. Não viola a proibidade a simples divergência de interpretações entre controlado e controlador, desde que os fundamentos expostos de um e de outro lado sejam razoáveis. Segundo Floriano de Azevedo e Rafael Vêras, o art. 28 da LINDB “Não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto”⁴⁴.

Nesta lógica, cumpre mencionar o art. 20 da LINDB, segundo o qual “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Segundo afirmam Carlos Ari Sunfeld e José Guilherme Giacomuzzi:

[a] Lei nº 13.655/2018, nova fonte formal do direito brasileiro, busca justamente trazer quem “decide” ao mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios⁴⁵

Com o advento da pandemia e a efetiva necessidade de adoção de rápidas medidas administrativas, afirmações quanto ao risco de “apagão das canetas” decorrente da possível atuação dos órgãos de controle em face dos gestores públicos, com a consequente responsabilização daqueles prontos a atuar em prol da saúde pública, houve a publicação, em 13 de maio de 2020, da Medida Provisória nº 966/2020, dispondo sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da *Covid-19*.

⁴³ MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 01/02/09.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 62p. 40. abr./jun., 2018.

Analisando-se a referida Medida Provisória, observa-se que, na sua essência, esta apenas repete as regras estabelecidas no art. 12, do Decreto nº 9.830/18, já expostas. De novo, no art. 3º, adequa o sentido do “erro grosseiro” a atos diretamente relacionados ao combate da Pandemia do novel coronavírus. Assim, o mencionado artigo dispõe que:

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

- I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
- II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
- III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;
- IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e
- V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da *covid-19* e das suas consequências, inclusive as econômicas.

A análise de cada uma das hipóteses do art. 3º revela que estão em consonância com a culpa grave, fixada nos termos do Decreto nº 9.830/20, não trazendo novidade semântica.

Em 21 de maio de 2020, o STF, ao apreciar Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁶ propostas em face da Medida Provisória nº 966, referendou a constitucionalidade do art. 28 da LINDB, que deve basilar juridicamente a interpretação dos órgãos de controle, uma vez que não se pode abandonar a presunção de boa-fé, nem menosprezar o contexto fático das decisões adotadas e suas consequências.

Analisando-se de forma mais detida o voto de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, observa-se que o mesmo limitou de forma preponderante o alcance do “erro grosseiro” na perspectiva de adoção de medidas de enfrentamento da Covid-19, constantes do art. 3º, da Lei nº 13.979/20. Assim, votou por dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de configurar erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: 1) de normas e critérios científicos e técnicos; 2) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Além disso, Barroso também propôs que a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à

⁴⁶ ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427 e 6.428 e 6.431.

matéria, tal como estabelecido por organizações e entidades médicas e sanitárias, assim como da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Por certo que, a estipulação de limites na análise do elemento subjetivo do tipo para caracterização do ato de improbidade administrativa não impede que contratações efetivadas com as flexibilizações estabelecidas na Lei nº 13.979/20, utilizadas para desvios de recursos públicos ou sem as cautelas necessárias, com comprovados prejuízos ao erário, sejam objetos de apuração e possível enquadramento nos termos da Lei nº 8.429/92.

Nesse momento de inquietude, sofrimento e medo do invisível, muitos sairão reconhecidos pelo seu comprometimento com a saúde e patrimônio público. Porém, infelizmente, tantos outros serão apontados como meros aproveitadores da crise, das maneiras mais diversas possíveis: direcionando contratos, superfaturando produtos, adquirindo ou contratando serviços que se sabem desnecessários, comprando ventiladores pulmonares, sabendo que não serão entregues no quantitativo ou nas especificações constantes dos ajustes e tantas outras hipóteses que nem mesmo a imaginação Kafkiana é capaz de alcançar.

Deve-se salientar que a temporariedade da situação de pandemia não se estenderá à atuação dos órgãos de controle, que terão tempo para investigar as contratações efetivadas com fulcro na Lei nº 13.979/20, de modo a avaliar a atuação dos agentes públicos envolvidos, sancionando aqueles que se distanciaram dos princípios administrativos com dolo ou erro grosseiro. Recorrendo-se à metáfora de Kafka, afirma-se: “os cães de caça ainda brincam no pátio, mas a presa não lhe escapa, por mais que já dispare pelas florestas”⁴⁷.

4. Considerações finais

A pandemia do novel coronavírus foi responsável por profundas alterações em diversos setores. Socialmente a necessidade de isolamento levou à quebra do convívio social. Expressões de carinho, típicas da raça humana, passaram a constituir risco de morte: um abraço, um beijo ou um simples aperto de mão. Por outro lado, a economia foi consideravelmente atingida, de forma quase absoluta, diante da necessidade de fechamento de todas as atividades não qualificadas como essenciais. Juridicamente, a Covid-19 também trouxe fortes impactos, impondo a expedição de regras adequadas a esse “novo normal”.

Conforme afirma Georges Ripert: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”. A promulgação da Lei nº 13.979/20, trazendo regras para enfrentamento da pandemia e flexibilizando o regime de contratação, teve por finalidade não permitir que o Direito fosse atropelado pela realidade.

Assim, conferiu ampla margem de discricionariedade aos administradores públicos na tomada de decisões. Porém, buscou conformar a liberdade de escolha

⁴⁷ KAFKA, Franz. Aforismo. In: *Essencial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Posição 1954.

legalmente conferida aos ditames principiológicos, já consolidados no ordenamento jurídico, exigindo a motivação das deliberações adotadas.

Situações de incertezas levaram à utilização da Lei nº 13.979/20, com todas as suas possibilidades. Ocorre que, muitas vezes, justificativas exigidas pela norma não foram devidamente apresentadas. Tome-se como exemplo a contratação de empresa para prestação de serviços de saúde em hospitais de campanha sem a demonstração da necessária qualificação técnica, deixando-se de apresentar justificativa para tanto. Pense-se, ainda, na prorrogação de contratos de prestação de serviços de saúde, apesar de graves irregularidades apuradas na prestação.

A Lei nº 13.979/20, ao tratar da gestão de risco da contratação, exige que tal gerenciamento ocorra na execução do contrato, o que significa que a Administração Pública deverá observar a eficiência, eficácia e economicidade proporcionadas pela relação contratual.

Não somente contratações destinadas a propiciar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e terceiros, bem como aquelas efetivadas com grave imprudência e negligência deverão ser questionadas, inclusive com a utilização da Lei nº 8.429/92.

Não se admitirá que diante de situação de grave calamidade saiam impunes aqueles que atuaram visando exclusivamente o atendimento de interesses políticos e econômicos. O descaso na utilização de recursos públicos, no seu grau máximo, também merecerá resposta do ordenamento jurídico.

O prêmio e o castigo são pilares do Estado. Deve-se reconhecer os agentes públicos que atuam com dedicação, compromisso, lealdade institucional, conferindo progressões legais meritórias. Por outro lado, deve-se sancionar aqueles que atuam com descaso e desonestidade, comprometendo o patrimônio e a moralidade pública.

Referências

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMMAROSANO, Márcio. COVID-19 – Desafios Jurídicos: Supremacia do Interesse Público, Bem Comum, Legalidade e Competência Regulamentar. *In: As Implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. Coords: POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Márcio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1995.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, tomo 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativa? *In: Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

KAFKA, Franz. Aforismo. *In: Essencial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. Posição 1954.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LINARES, Jean Francisco. *Porde Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Law and Business, 1996.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940.

_____. A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 6, 1946.

SATTA, Phillipio. Introduzione ad un Corso di Diritto Admmnistrativo. *Apud SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD. Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; GIACOMUZZI, José Guilherme. O Espírito da Lei nº 13.655/2018: Impulso Realista para a Segurança Jurídica no Brasil. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 62. abr./jun., 2018.

Sobre o conceito de jurisdição voluntária¹

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição voluntária: aproximação conceitual a partir da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco. 3. Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa. 4. O problema da existência de litígio. 5. A formação de coisa julgada material. 6. Conceituação de jurisdição voluntária. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Este texto foi escrito com o propósito específico de homenagear o Professor Cândido Rangel Dinamarco, cuja dedicação ao estudo do Direito Processual Civil é fundamental para a evolução doutrinária e para a formação de gerações de estudiosos e profissionais. Entre sua vasta e profunda produção doutrinária, optei por abordar o tema da jurisdição voluntária, tema que foi objeto de alguns de seus escritos e, ao mesmo tempo, não recebe a devida atenção da doutrina, apesar de sua inegável relevância prática e das complexidades teóricas. Com efeito, em uma publicação destinada a homenageá-lo – que, por via transversa, acaba por homenagear aqueles que dela participam, por vincularem-se ao homenageado –, a tarefa de encontrar um tema para escrever se apresenta especialmente árida, não só pelo receio de produzir um trabalho em nível aquém aos que integram a presente publicação, como também por não haver tema processual que o Professor Cândido Rangel Dinamarco não tenha tratado com rigor doutrinário e elegância de estilo. Diante desse quadro, ante a relativa facilidade de encontrar pertinência temática entre assuntos com que tenho alguma familiaridade² e a vasta produção do homenageado e, ao mesmo tempo, a dificuldade de aprofundar um assunto por ele já tratado, optamos por lançar breves notas conceituais a partir dos escritos do homenageado sobre o tema.

Interessa-nos neste breve artigo descrever o entendimento do homenageado sobre a jurisdição voluntária e, a seguir, analisá-lo criticamente, assinalando a artificialidade dos critérios distintivos entre a jurisdição voluntária e a denominada

¹ Texto originalmente escrito para volume em homenagem ao Professor Cândido Rangel Dinamarco.

* Pós-doutorado pela UFBA. Doutor e Mestre pela PUC/SP em Direito Processual Civil. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² Em coleção com outros autores, visando a comentar os artigos do Código de Processo civil cujo primeiro volume é de autoria precisamente do Professor Cândido Rangel Dinamarco, acabei me dedicando ao tema mais amplamente: *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. XIV.

jurisdição contenciosa, não sendo nosso propósito inventariar pormenorizadamente os vários posicionamentos doutrinários ao longo do tempo. A reconstrução histórica dos diversos pensamentos fundamentais sobre a jurisdição voluntária já foi realizada por diversas obras clássicas da doutrina brasileira³ e faremos referência às indicações bibliográficas no decorrer do texto, especialmente em relação à natureza jurídica⁴.

2. Jurisdição voluntária: aproximação conceitual a partir da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco

O estudo da jurisdição voluntária às vezes parece ocorrer em uma espécie de túnel do tempo, em que ideias são repetidas irrefletidamente e sem o devido cotejo com os contornos legislativos. Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco contribuiu sempre com sua visão crítica, afastando, por exemplo, a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é jurisdição nem é voluntária: “no estado atual da ciência do processo a afirmação de que a jurisdição voluntária não é jurisdição nem voluntária não passa de um gracejo destoante dos conceitos hoje aceitos”⁵. A própria natureza jurisdicional da jurisdição voluntária ainda é negada por grande parte da doutrina, ainda que essa ideia não resista a qualquer análise mais detida no direito positivo brasileiro e não venha encontrando tanto respaldo em manifestações doutrinárias mais recentes⁶. Também Cândido Rangel Dinamarco atribui natureza jurisdicional à

³ Sem prejuízo de outras referências, os dois estudos fundamentais na doutrina brasileira são estes: FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernard Alvares, 1961. Uma análise de diversos posicionamentos doutrinários pode ser encontrada com proveito em PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979; e LUCENA, João Paulo. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Abordagem original e também com descrição dos vários posicionamentos em GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo* nº 69. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993. Sobre questões conceituais, os estudos de Leonardo Greco igualmente se mostram fundamentais: *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. 1. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. II. *Jurisdição voluntária. Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

⁴ Sobre a concepção administrativista da jurisdição voluntária, é esclarecedor o seguinte trecho: “Segundo opinião dominante na literatura nacional, a atividade desempenhada pela autoridade judiciária nos feitos englobados na rubrica ‘jurisdição voluntária’ tem natureza administrativa. É o entendimento adotado em outros países. Essa concepção origina-se e floresce, compreensivelmente, nos ordenamentos que investem leigos nos órgãos encarregados de prestar semelhante serviço aos interessados. A este aspecto, acrescentam-se dados ideológicos, tendentes a taldar a clareza” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/579, vol. I).

⁵ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410, vol. I.

⁶ “As principais objeções à tese jurisdicional não resistem à mais breve análise: a) a predominância do caráter preventivo, e não repressivo, não serve para destituí-la da condição de jurisdição, porque a função cautelar é eminentemente preventiva; (b) a natureza constitutiva do provimento do juiz e não declarativa (apesar de o órgão judiciário realizar o direito objetivo na jurisdição voluntária) encontra-se em outras resoluções contenciosas; (c) há partes no processo de jurisdição voluntária, porque há pedido e figurantes na relação processual; (d) a ausência de coisa julgada, além de mostrar-se controversa ante o disposto no art. 1.111 do CPC/1973 – embora não reproduzida em termos genéricos, a disposição imunizava o provimento aos fatos supervenientes e tal sói ocorrer a qualquer sentença transitada em julgado –, verifica-se, por igual, em alguns processos de jurisdição contenciosa (v. g. na execução); e) o órgão judiciário atua imparcialmente e tem a palavra final no assunto. Essa última característica – a palavra final – basta para definir como jurisdicional o conjunto de atividades desenvolvidas na rubrica da jurisdição ‘voluntária’. E convém acrescentar: nenhuma

jurisdição voluntária⁷, mas também entende não ser possível sustentar a existência de coisa julgada material diante da expressa adesão do legislador ao conceito de “lide”, acrescentando, porém, que “isso não significa que as sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária sejam desprovidas de qualquer grau de imunização”⁸.

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade⁹ e com inexistência de partes com interesses inicialmente antagônicos¹⁰, mas isso não lhe confere uma espécie de imunização em relação às normas gerais do CPC, sem contar que, não raro, haverá, sim, litígio e interesses antagônicos, ainda que não sejam essas as notas essenciais que caracterizam tais procedimentos, não devendo mais ser reproduzida a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária¹¹, diante do sistema legislativo brasileiro.

das características da jurisdição ‘voluntária’ acomodam-se à atividade administrativa” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 579/580, vol. I).

⁷ Precisa síntese é encontrada em DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo, Malheiros/JusPodivm, 2020. p. 284/288. Assim como em DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 409/413, vol. I.

⁸ Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 396. Tomo I. A posição de Dinamarco nesse particular é mais bem desenvolvida em *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 149/150; deve-se conferir, com proveito, para entender o pensamento de Dinamarco, seu desenvolvimento para admitir a “coisa julgada arbitral”: *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 202/207. Registre-se que na nota 22 ao volume que traduziu de Enrico Túlio Liebman, Dinamarco pareceu então simpático a essa tese que era, como já afirmado, amplamente aceita (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Cândido Rangel Dinamarco (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 32, vol. I), mas que restou superada, como reconhece o próprio Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civis e da função jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158, vol. I). Faremos outras referências sobre a coisa julgada material na jurisdição voluntária no decorrer deste artigo, já antecipando que discordamos nesse ponto com Dinamarco, mas o tema foi tratado com mais profundidade e com outras indicações bibliográficas em GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*, vol. XIV. José Roberto F. Gouvêa. Luis Guilherme A. Bondioli. João Francisco N. da Fonseca (coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. p. 99/126.

⁹ Para Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição voluntária não tem por “objeto um conflito de interesses a ser diretamente dirimido. No máximo serão questões controversitas entre dois ou mais sujeitos mas a solução dessas controvérsias não se pauta pela busca da determinação do sujeito merecedor da tutela jurisdicional e daquele que deve suportar decisões desfavoráveis. Entre os vários critérios que ao longo dos anos foram propostos para a conceituação de jurisdição voluntária, o que mais atende às realidades da jurisdição voluntária é aquele proposto por Giovanni Cristofolini há quase um século, segundo o qual, no exercício desta, o juiz sabe de antemão a qual sujeito ou a quais os sujeito aos quais virá a conceder a tutela jurisdicional”, ressaltando que o juiz sempre atua com imparcialidade (*Comentários ao Código de Processo Civil: das normas processuais civis e da função jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157, vol. I. Ainda: *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/413, vol. I.).

¹⁰ Cf. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1851. Exemplifica o autor no livro e página citados: “Há na jurisdição voluntária procedimentos em que os únicos interessados no provimento jurisdicional pleiteado em comum são os próprios requerentes ou é o próprio requerente, como no divórcio consensual ou no pedido de alvará para venda de imóvel de incapaz. Há outros em que, embora haja outros interessados, que venham a ser destinatários do provimento jurisdicional, não é possível ou previsível que esse provimento venha a causar qualquer prejuízo aos seus interesses, como nas notificações ou retificações de registros públicos”. Cândido Rangel Dinamarco considera o juiz como administrador de interesses privados, criando situações novas capazes de ensejar proteção a um ou ambos os sujeitos, apesar de ressaltar que sempre estará presente, com maior ou menor intensidade, alguma situação conflituosa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/412, vol. I.).

¹¹ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410, vol. I.

Afirma Cândido Rangel Dinamarco que alguns atos que se enquadram como jurisdição voluntária são, na realidade, puramente administrativos, como aqueles de mera certificação ou pura recepção e publicidade, não se referindo a conflitos e não se enquadrando como atos de jurisdição voluntária. Vê como nota distintiva da jurisdição contenciosa o fato de que, na jurisdição voluntária, há uma “destinação a dar tutela jurisdicional a um dos sujeitos do processo, sabendo-se de início a qual deles ela poderá ser dada e excluindo-se que a outro o seja”¹². E define jurisdição voluntária como “atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela de uma delas ou a ambas em casos de conflitos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra”, apontando as seguintes características distintivas: “a) é atividade jurisdicional e não administrativa, b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflito, c) não consiste em dirimir diretamente o conflito entre elas, d) conseqüentemente, não são julgadas pretensões antagônicas, e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra, f) apesar disso, deve sempre ser exercida pelo juiz com inteira imparcialidade”¹³.

Encerra-se este item lembrando posicionamento bastante antigo de Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que na jurisdição voluntária a intervenção do Ministério Público não ocorrerá em todas as causas, devendo ser combinada sua intervenção com as hipóteses genéricas previstas no Código de Processo Civil¹⁴, o que foi acolhido pela jurisprudência¹⁵ e acabou consagrado no art. 721, CPC¹⁶.

3. Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa

Os contornos conceituais da jurisdição voluntária tradicionalmente são expostos em contraposição ao que se entende como característico da denominada jurisdição contenciosa, de modo que a doutrina costuma enfatizar características que diferenciam uma da outra.

¹² *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 412, vol. I.

¹³ *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 411/413, vol. I.

¹⁴ Ministério Público e jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 399/406. Para uma análise complementar sobre o tema: MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XII. São Paulo: RT, 1982. p. 43. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 14/18. NERY JÚNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, nº 46. São Paulo: RT, abril-junho de 1987. LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 15. São Paulo: RT, 2000. p. 68/72. Já em referência ao atual Código: GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil*: dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65/86, vol. XIV.

¹⁵ No primeiro julgado sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, na fundamentação do acórdão constam transcrições do referido trabalho de Dinamarco: REsp 364/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 05/09/1989, DJ 18/12/1989, p. 18476.

¹⁶ Como o atual Código manteve dispositivos com previsão de anacrônica intervenção do Ministério Público, é possível que a discussão ainda prossiga. Entendo, porém, que também nos arts. 734, §1º, 735, §2º, 737, §2º, 739, §1º, I, 740, §6º, 745, §4º, somente ocorrerá intervenção do Ministério Público se presente alguma hipótese do art. 178, CPC. Ou seja: em todos os casos o art. 721 incidirá, mesmo que haja determinação específica de intervenção.

Quando se afirma, por exemplo, que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, ou que inexistente conflito de interesses, não há partes e não há formação de coisa julgada material, busca-se, na realidade, conceituar a jurisdição voluntária a partir de tentativa artificial de generalizar critérios que serviriam para distingui-la ontologicamente da jurisdição contenciosa. José Frederico Marques, por exemplo, aponta como característica essencial da jurisdição voluntária não ter como pressuposto uma situação contenciosa¹⁷ e citações nesse sentido poderiam se multiplicar.

Confira-se, a propósito, o que constou em conhecido julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem sintetiza o conceito tradicional de jurisdição voluntária, cristalizando tudo o que foi escrito pela doutrina clássica e sedimentando também o entendimento jurisprudencial: “a ‘jurisdição voluntária’ distingue-se da contenciosa por algumas características, a saber: na voluntária não há ação, mas pedido; não há processo, mas apenas procedimento; não há partes, mas interessados; não produz coisa julgada, nem há lide”¹⁸.

Essa noção conceitual sobre a jurisdição voluntária é bem aceita pela doutrina e jurisprudência, mas está longe de ser imune a problemas relacionados ao próprio direito positivo, que inclui sob aquela epígrafe situações tão heterogêneas que acabam por infirmar qualquer tentativa de sistematização abstrata. Além disso, ao se entender que não há processo na jurisdição voluntária, abre-se a possibilidade de afastá-la do sistema do Código, excluindo as partes e fortalecendo o protagonismo judicial.

A divisão entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária hoje se revela ainda mais artificial, não sendo mais possível entender que a nota distintiva está no exercício de atividades administrativas pelo Judiciário. Na jurisdição voluntária, há interpretação/aplicação do direito e a decisão é apta para formar coisa julgada material, como será visto mais detalhadamente.

Há doutrina recente que ainda entende que, do ponto de vista prático, na jurisdição contenciosa, existe um conflito entre as partes, enquanto na jurisdição voluntária há consenso¹⁹, mas, como será visto, também aqui não reside a nota distintiva, já que é ínsita à jurisdição voluntária a potencialidade do conflito²⁰.

¹⁷ FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 218.

¹⁸ STJ - REsp 238.573/SE, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 09/10/2000, p. 153.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 156, vol. 1.

²⁰ Como dito, mais adiante desenvolveremos esse argumento, mas, por ora, podemos ilustrar o afirmado com esta passagem: “Pode o devedor ou responsável, antes de ser intimado para o cumprimento de sentença, comparecer perante o juiz competente e oferecer em pagamento o valor que entender devido, de modo semelhante a uma ação de consignação em pagamento incidental, só que sem a recusa do credor em receber a prestação. Exatamente por não pressupor a resistência prévia do credor, trata-se de jurisdição voluntária incidental” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 530, vol. 5). Acrescentam os autores com inteira razão: “como acontece em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, pode dar ensejo a uma controvérsia, após a ouvida do interessado, que no caso é o credor”. Há ainda que considere a dispensabilidade do juiz como critério “para saber se uma determinada atividade desenvolvida pelo juiz é de jurisdição contenciosa ou voluntária, basta que se indague se a presença do juiz é ou não dispensável para se alcançar o resultado pretendido” e em seguida afirma-se que, no processo de

Registre-se que a polêmica envolvendo a natureza jurídica da jurisdição voluntária serviu para estimular a ideia de que, nesse campo, haveria hipertrofia dos poderes judiciais e possibilidade de julgamento por equidade, de modo que a fixação de que se trata de atividade jurisdicional é essencial para que não se permita a continuidade da ideia de que a jurisdição voluntária é uma espécie de dimensão à parte do CPC e, portanto, não é alcançada por suas normas gerais.

A jurisdição estatal não é algo exclusivo de regimes democráticos – e a história é pródiga em exemplos que ilustram sistemas totalitários que se valem da jurisdição como componente de arbítrio e também de democracias que têm na jurisdição estatal um problema incômodo²¹ –, mas, em um Estado constitucional democrático, não há dúvidas de que a atividade jurisdicional deve assumir uma feição compatível com seus fundamentos e a jurisdição voluntária não pode ser considerada uma espécie de universo paralelo em que se confere um protagonismo jurisdicional²² que não encontra mais espaço, de modo que a participação das partes²³ e interessados e sua comunicação com a Parte Geral do Código de Processo Civil são componentes fundamentais que decorrem do reconhecimento de sua natureza jurisdicional e da artificialidade nas notas distintivas em relação à jurisdição contenciosa tradicionalmente utilizadas²⁴.

inventário, essa presença é indispensável porque esse procedimento “requer a proferição de uma decisão de mérito que irá julgar o cálculo de imposto e de uma sentença que decidirá sobre a partilha. Não importa indagar se existirá efetivamente conflito entre as partes e o Fisco, ou entre os próprios herdeiros, mas sim se esta possibilidade existe, como em qualquer processo jurisdicional de natureza contenciosa” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15/16, vol. IX, tomo I). A própria legislação desconstruiu essa ideia, ao permitir o inventário extrajudicial, para ficarmos com o exemplo que sustentou tal posicionamento.

²¹ CF. TARUFFO. Democracia y jurisdicción. *Proceso y Decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Boichio, Valle e Alfonso (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 25/27.

²² A doutrina brasileira clássica sempre elencou entre os “princípios” da jurisdição voluntária a “inquisitorialidade”, chegando a afirmar Edson Prata que “o princípio inquisitório atinge, nos procedimentos de jurisdição voluntária o seu clímax” (PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35, vol. VII).

²³ Um exemplo até certo ponto singular da participação das partes na formação da prova, conferindo-lhe inegável valor democrático que repercute em sua legitimidade, está no artigo 471, CPC, além, é claro dos arts. 190, 191 e 357, todos também do CPC, e no esquecido art. 109, CC.

²⁴ Na doutrina brasileira, defendem a natureza jurisdicional, exemplificativamente: CALMON DE PASSOS, J. J. *Da Jurisdição*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 50/55. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4/10. Tomo XVI. PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 74/77. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 256/267, vol. I, tomo I. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo nº 69*. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993. TESHEINER, José Maria Rosa; LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 60, vol. 15. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 40/41. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 127. SILVA, Ovídio A; Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30/36, vol. 1. SILVA, Ovídio A; Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: 2000, p. 26/27, vol. 1. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94/98, vol. I. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460/461. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 155/156, vol. 1. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 112/114, Vol. 1. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 346, Vol. 4. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99/103. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 380/384. Tomo I. *A Instrumentalidade do*

4. O problema da existência de litígio

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade e com inexistência de partes com interesses

Processo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146/152. *Instituições de Direito processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020, p. 410/413, vol. I. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/580, vol. I. DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196, vol. 1. Defendem a natureza não jurisdicional, também exemplificativamente: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961. p. 63/70. FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 63/72. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 173/179, vol. I. MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 15/16, vol. XII. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12, vol. I. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 27 e 48. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. V, p. 69 e 83. ARRUDA ALVIM. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1990, p. 239/243, vol. 1. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 438/439, vol. II. FERRAZ, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102/124. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1668. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 305/307. SILVA, Bruno Freire e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1031. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Streck; Dierle Nunes; Leonardo Cunha; Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 954. Para uma abordagem recente sobre a natureza administrativa ou não jurisdicional da jurisdição voluntária: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo nº198*. São Paulo: RT, agosto de 2011. Para notícia de direito estrangeiro, além das referências nos próprios autores brasileiros antes citados, com a ressalva de que o nosso estudo deve ser realizado a luz dos sistemas de direito positivo do direito brasileiro: ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sents Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963. Tomo II. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958; nessa obra há mudança no pensamento do autor, que passa a defender a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. JAUERNIG, Othmar. Problemas de qualificação da jurisdição voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado. Wanderlei de Paula Barreto (trad.). *Revista de Processo nº 39*. São Paulo: RT, julho-setembro de 1985. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006, item 4.5. DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria revisitata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, junho de 1987. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Premissas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945–1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo I. JANNUZZI, Angelo. *Manuale della Volontaria Giurisdizione*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1995. LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. *Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: lustel, 2012. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: lustel, 1997, vol. I. *La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Dykinson, 2015. BUJÁN Y FERNÁNDEZ; GARCÍA MÁ, Francisco Javier (coord.). *La Jurisdicción Voluntaria: una apuesta por la eficacia*. Madrid: Dykinson, 2016. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. ¿Quo Vadis, Jurisdicción Voluntaria? Madrid: Reus, 2015. BALMASEDA, Óscar Monje (coord.); LLEDÓ, Francisco outros (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: Dyckinson, 2016. Lembre-se, ainda, do posicionamento particular e autonomista de FAZZALARI, Elio. *La Giurisdizione Volontaria: profilo sistemático*. Padova: CEDAM, 1953. *Instituições de Direito Processual*. Elaine Nassif (trad.). Campinas: Bookseller, 2006. Por fim, encerra-se esta nota exemplificativa com a referência à publicação eletrônica com os relatórios internacionais sobre jurisdição voluntária organizados por Alexey Argunov: *Voluntary (Non-Contentious) Jurisdiction Around the World*. Trata-se de publicação eletrônica originada em Moscou e cuja consulta me foi gentilmente possibilitada pelo professor Alexandre Freitas Câmara, que foi o autor brasileiro convidado para integrar a obra. Trata-se de rico panorama em que fica clara a tendência de desjudicialização de temas afetos à jurisdição voluntária, o que não encontra exata correspondência no atual direito positivo brasileiro. Em seu texto, Alexandre Câmara aponta sobre a escassez estatística acerca dos procedimentos de jurisdição voluntária na prática forense e assinala que a tendência da doutrina brasileira mais recente reconhece sua natureza jurisdicional.

inicialmente antagônicos²⁵, mas isso não lhe confere uma espécie de imunização em relação às normas gerais do CPC, sem contar que, não raro, haverá, sim, litígio e interesses antagônicos, ainda que não sejam essas as notas essenciais que caracterizam tais procedimentos, não devendo mais ser reproduzida a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, diante do sistema legislativo brasileiro.

Uma repercussão importante da existência de litígio nesses casos, que pode até ser vislumbrado no início do procedimento, está na fixação de honorários advocatícios na jurisdição voluntária, que somente ocorrerá precisamente em caso de existência de conflito²⁶.

De todo modo, a inexistência de litígio não é uma característica própria da jurisdição voluntária, já que a potencialidade do conflito estará presente em diversas situações, assim como o efetivo litígio não ocorre em todas as hipóteses de jurisdição contenciosa. Mas, como a diferença entre as “jurisdições” é artificial e decorre de política legislativa, não parece ser correto considerar como ontológico o que depende do direito positivo.

5. A formação de coisa julgada material

Outro critério distintivo que caracterizaria a jurisdição voluntária seria a inaptidão para a formação de coisa julgada material. Há que se considerar, porém, que, ainda que isso fosse verdade, não seria suficiente para descaracterizar a natureza jurisdicional. Com efeito, a coisa julgada material não é elemento essencial da jurisdição²⁷, mas somente o pronunciamento jurisdicional apto a produzi-la. Em síntese, pode-se dizer que há jurisdição sem coisa julgada material, mas não há coisa

²⁵ Cf. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1851. Exemplifica o autor no livro e página citados: “Há na jurisdição voluntária procedimentos em que os únicos interessados no provimento jurisdicional pleiteado em comum são os próprios requerentes ou é o próprio requerente, como no divórcio consensual ou no pedido de alvará para venda de imóvel de incapaz. Há outros em que, embora haja outros interessados, que venham a ser destinatários do provimento jurisdicional, não é possível ou previsível que esse provimento venha a causar qualquer prejuízo aos seus interesses, como nas notificações ou retificações de registros públicos”.

²⁶ Cf. Superior Tribunal de Justiça: REsp 1524634/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015. AgRg no Ag 1362095/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 18/04/2012.

²⁷ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 243/244 e 250/251. Para uma análise crítica das teorias sobre jurisdição: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020, com a ressalva de que no livro não há específica referência à jurisdição voluntária, embora a ampla análise teórica realizada pelo autor contribua para a compreensão de qualquer tema que se relacione com a jurisdição.

julgada material²⁸ fora da jurisdição estatal²⁹. E, ainda que o conceito de jurisdição não se vincule à coisa julgada, há uma correlação evidente entre ambos³⁰, de modo que a definição da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é uma premissa essencial para o desenvolvimento do tema – e, como se sabe, não há truismo nisso, já que é comum dizer que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária³¹, o que nos parece um equívoco, como já abordado. A imutabilidade e a indiscutibilidade do que é decidido judicialmente são atributos decorrentes de política legislativa e não são notas ontologicamente imprescindíveis da jurisdição. Trata-se, na realidade, de uma construção técnica para conferir estabilidade e, conseqüentemente, segurança a determinados pronunciamentos jurisdicionais. Essa inegável função prática³² da coisa julgada material e sua necessária conformação legislativa igualmente devem servir como dados fundamentais para a análise do tema, assim como deve ser considerado o regime de formação da coisa julgada.

Por entender que na jurisdição voluntária prepondera a eficácia constitutiva em detrimento da declaratória, Ovídio A. Baptista da Silva, apesar de reconhecer sua natureza jurisdicional, não admite a formação de coisa julgada material, tendo em vista seu entendimento particular acerca da vinculação entre declaração e imutabilidade³³. Em mais de uma passagem de suas densas reflexões sobre a jurisdição voluntária,

²⁸ Embora haja críticas à utilização do binômio coisa julgada formal/coisa julgada material, essa dicotomia será mantida neste texto por questões didáticas. Sobre a crítica à nomenclatura: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 59/61 e 254/266. NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 93/102. De todo modo, a coisa julgada formal é uma categoria doutrinária e de pouca relevância para a discussão, já que, por se tratar de espécie de preclusão relacionada ao trânsito em julgado, é categoria comum a todas as decisões.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 48. Cf., ainda, NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 141/144. Apreciação crítica em CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 249/251.

³⁰ Por exemplo, confira-se o seguinte trecho que ilustra o afirmado: “A tese da coisa julgada como extinção da obrigação jurisdicional é defendida por Ugo Rocco e Guilherme Estellita. Segundo esta linha de pensamento, seria essencial à jurisdição uma decisão definitiva sobre o direito de ação exercido no processo. O Estado, ao assumir a exclusividade da resolução de conflitos, reprimindo a autotutela, tem a obrigação de prestar jurisdição aos indivíduos. A sentença seria o momento máximo desta atividade, e só poderíamos imaginar que o Estado exaure seu dever (*functus officio*) de ofertar jurisdição quando a sentença final tornar-se inimpugnável, e é nesta função extintiva que a coisa julgada buscaria seu fundamento. Assim, esta concepção parte de uma visão funcionalista da coisa julgada, que presta apenas para eximir o Estado de seu dever de ‘prover com imutabilidade’. Em nosso sentir, esta maneira de pensar o instituto nada diz a respeito da coisa julgada em si, mas incorpora o instituto da *res iudicata* no conceito de jurisdição, como se a função jurisdicional só fosse completa nas decisões com força de coisa julgada. De certa forma, aderem a esta ideia, em alguma medida, todos os autores que admitem ser a coisa julgada um dos aspectos que diferenciam a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária, mesmo quando, no que se refere especificamente à natureza jurídica da *res iudicata*, manifestem sua preferência por outras teses” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 73).

³¹ FRÉDERICO MARGUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000. p. 58.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 135. Como afirma Liebman, “a coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença”. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3a ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover (textos posteriores). Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 182.

³³ *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35, vol. 1.

Leonardo Greco também entende não haver aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se houver litígio superveniente³⁴. Em trabalho específico sobre jurisdição voluntária, Leonardo Greco observa que “dizer que na jurisdição voluntária não se forma coisa julgada não significa dizer que as decisões proferidas nesses procedimentos sejam absolutamente instáveis, revogáveis e modificáveis de qualquer modo a qualquer tempo”, acrescentando que:

[v]aria muito a estabilidade das decisões na jurisdição voluntária. Há casos extremos, que dependem de expressa previsão legal, de absoluta instabilidade, em que o próprio juiz, de ofício, a qualquer tempo, pode revogar a medida anteriormente adotada, como na nomeação ou remoção de tutor ou curador, em que, em decorrência de um novo juízo, mesmo sobre fatos e provas já anteriormente apreciados, a respeito da conveniência da investidura, deve o juiz, em benefício do incapaz, rever a sua decisão anterior. Há outros cuja modificação depende da concorrência das vontades de todos os interessados, como as cláusulas patrimoniais dos acordos de separação ou divórcio consensual. Nas disposições sobre relações continuativas, como as cláusulas de pensionamento, de guarda e visitação de filhos dos acordos de separação ou divórcio, a modificação pode ser determinada para o futuro por sentença em processo contencioso, através de uma avaliação de haverem se alterado as circunstâncias existentes no momento da celebração³⁵.

E em outra obra, reconhecendo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, acrescenta que “há muitas decisões na jurisdição voluntária que gozam de uma estabilidade quase igual à da coisa julgada”³⁶.

³⁴ “Nos processos de jurisdição voluntária, por não haver contraditório, a cognição é insuficiente, uma vez que os sujeitos processuais (os interessados) não travam um embate dialético, não ocupam posições subjetivas antagônicas e não disputam com exclusividade um bem da vida. O contraditório formal, assegurado pela audiência bilateral estabelecida nos arts. 1.105 e 1.106 do Código de 1973 e 721 do Código de 2015, pela ausência de contrariedade efetiva, não assegura uma cognição exaustiva. Entretanto, se num procedimento de jurisdição voluntária surgir litígio, colocando-se os interessados em posições antagônicas, com ampla possibilidade de formular alegações, propor e produzir provas, se o procedimento for apropriado para uma adequada cognição de todas as questões de fato e de direito suscitadas, se aos interessados é assegurado o acesso a todas as instâncias recursais para a defesa dos seus interesses e se o juiz é competente, com base nas regras que fixam a competência absoluta, então, como já sustentei alhures, não há motivo para suprimir da decisão assim originada a eficácia inerente a um processo litigioso, com a transformação da jurisdição voluntária em contenciosa, evitando decisões contraditórias em sedes diversas e assegurando-se ao *decisum* a mesma estabilidade dos proferidos na jurisdição contenciosa, através da imutabilidade da coisa julgada” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324/325, vol. II).

³⁵ *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 38/39.

³⁶ *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96, vol. I. Mais recentemente: “Portanto, apesar do desaparecimento do citado art. 1.111, não há suporte no Código de Processo Civil de 2015 para sustentar a coisa julgada nos procedimentos da jurisdição voluntária, por falta de cognição exaustiva, a não ser nos casos de conversão em jurisdição contenciosa, por ter efetivamente se instaurado o litígio,

Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material. Há situações, inclusive, em que o litígio na jurisdição voluntária é potencial (exemplo: interdição) ou até mesmo é pressuposto (exemplos: alienação e emancipação).

Na realidade, a existência ou não de litígio é simplesmente irrelevante para a formação de coisa julgada. Ainda que se entenda que o conflito transmuda a natureza da “jurisdição” não é essa a nota caracterizadora da coisa julgada material. Se assim não fosse, seria impossível explicar como o consenso – ou simplesmente a ausência de efetivo conflito – é suficiente para produzir decisões cobertas com coisa julgada material.

Realmente, tradicionalmente a doutrina faz referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada. Esse posicionamento, que expressa entendimento bastante compartilhado na doutrina³⁷ e na jurisprudência, vincula a jurisdição voluntária à ausência de litígio preexistente, o que sem dúvida é o que comumente ocorre. Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material. Há situações, inclusive, em que o litígio na jurisdição voluntária é potencial (exemplo: interdição) ou até mesmo é pressuposto (exemplos: alienação e emancipação).

Com efeito, mesmo que seja inegável que comumente os procedimentos de jurisdição voluntária não sejam previstos pelo legislador para a resolução de conflitos, não é esse o ponto principal para que se identifique eventual aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se, simetricamente, for considerado de modo absoluto que a coisa julgada material somente pode incidir em situações de conflitos, o que,

em que o procedimento específico não tenha sido óbice à mais ampla cognição e à mais ampla eficácia das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e desde que o juiz seja absolutamente competente para conhecer da matéria em sede contenciosa” (GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1863). Essa referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada também é compartilhada por Humberto Theodoro Júnior: “não se pode deixar de observar que os procedimentos de jurisdição voluntária, embora se instaurem sempre sem a preexistência de um litígio, podem, em alguns casos, desviar, por incidente de percurso, para uma crise de litigiosidade. A partir do momento em que o requerimento do promovente encontre resistência de algum cointeressado, o procedimento iniciado administrativamente se tornará contencioso, e a sentença que afinal der solução a esse conflito incidental será, sem dúvida, uma sentença de mérito. Fará coisa julgada material e somente a ação rescisória poderá desconstituí-la” (Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo* nº 198. São Paulo: RT, agosto de 2011. p. 46).

³⁷ “Portanto, apesar do desaparecimento do citado art. 1.111, não há suporte no Código de Processo Civil de 2015 para sustentar a coisa julgada nos procedimentos da jurisdição voluntária, por falta de cognição exaustiva, a não ser nos casos de conversão em jurisdição contenciosa, por ter efetivamente se instaurado o litígio, em que o procedimento específico não tenha sido óbice à mais ampla cognição e à mais ampla eficácia das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e desde que o juiz seja absolutamente competente para conhecer da matéria em sede contenciosa” (GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1863).

como se sabe, não encontra respaldo doutrinário ou normativo. Na realidade, cabe ao sistema legal a previsão do regramento atinente à coisa julgada material e toda teorização desprovida de exame do texto legal não possui consistência³⁸. Antes do atual CPC, por exemplo, dizia-se que somente o que constava do dispositivo da decisão era acobertado pela coisa julgada material, mas essa afirmação só fazia sentido diante do direito positivo então vigente, como fica claro agora com a previsão do art. 503, §§1º e 2º, do CPC. Nesse dispositivo, a propósito, preveem-se limitações à formação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais como forma de compensar precisamente déficits de cognição³⁹, mas nada relacionada à ausência ou presença de conflito, evidentemente, já que a possibilidade de cognição e a potencialidade do contraditório é que importam para a formação da coisa julgada material. Se houve consenso ou se não houve efetiva apresentação de defesa⁴⁰, por exemplo, são situações irrelevantes para fins de formação da coisa julgada. Um procedimento rotulado como litigioso em que não há efetivo litígio e tão apto a formar coisa julgada quanto aquele em que há explícitos comportamentos processuais antagônicos. Não há como confundir conflituosidade com exercício do contraditório e consensualidade como ausência de contraditório. Evidentemente, não é possível mais afirmar que inexistente contraditório em jurisdição voluntária, na medida em que no direito brasileiro inexistente processo ou procedimento sem contraditório.

Deve ser verificado, portanto, se os procedimentos de jurisdição voluntária são incompatíveis com o exercício do contraditório e com a cognição exauriente, para poder se afirmar que não formação de coisa julgada material. Não se pode considerar que há mutabilidade perene do objeto de determinado processo alegando-se simplesmente a inexistência de litígio, salvo se houver regra válida no ordenamento jurídico nesse sentido. Caso não haja – e no CPC vigente não há⁴¹ –, o regime de formação da coisa julgada será uniforme, de modo que, atendidos os pressupostos legais, todas as decisões jurisdicionais serão por ela acobertadas, independentemente de se tratar de ou não de jurisdição voluntária.

Ou seja: o que importa para verificar a ocorrência de coisa julgada material, essencialmente, é a presença do contraditório e da cognição exauriente. Se houver procedimento de jurisdição voluntária em que estejam presentes tais pressupostos, haverá formação de coisa julgada material. Evidentemente, há procedimentos em que não haverá formação de coisa julgada material, como notificações, protestos, interpelações ou processo testemunhável formado a bordo, em razão da própria

³⁸ Cf., ainda com base no CPC de 1.973, CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. *Revista Justitia*, v. 49, n. 140, out./dez. de 1987, p. 57.

³⁹ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1432/1437.

⁴⁰ Sobre revelia e coisa julgada, ver nota anterior.

⁴¹ “A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, §1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194, vol. 1).

natureza cartorária desses procedimentos, não havendo qualquer pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

Entretanto, há outros em que estarão presentes todos os pressupostos exigidos para a formação da coisa julgada material e não se pode deixar de denominar as situações pelos nomes técnicos apenas porque tradicionalmente não se enquadram como próprias daquele campo específico, sem qualquer consideração técnica que justifique a diferença de tratamento.

Em relação à presença do contraditório, é insustentável afirmar que na jurisdição voluntária não se faz presente essa garantia constitucional, cuja observância é obrigatória em todos os processos jurisdicionais ou administrativos. Simplesmente não é possível afirmar que exista processo sem a garantia do contraditório. Na realidade, o que pode ocorrer na prática é a inexistência concreta de efetivo contraditório, mas isso não pode ser confundido com uma heterodoxa imunidade em relação à garantia constitucional. O problema está em considerar que a ausência de litígio produz um contraditório insuficiente para possibilitar a cognição exauriente⁴².

Quanto a limitações probatórias por questões procedimentais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como o campo próprio para ampla atividade instrutória do juiz, precisamente para que se obtenham todos os elementos de prova e, assim, seja tutelado o “interesse público”⁴³. Não deixa de ser interessante que a doutrina tradicional sempre tenha valorizada a possibilidade de ampla apuração dos fatos em sede de jurisdição voluntária⁴⁴ e, ao mesmo tempo, não tenha considerado que a cognição obtida seja apta a formar coisa julgada material. Entretanto, como já mencionado em linhas anteriores, o direito positivo não trabalha com a necessidade de efetivo confronto para que se forme a coisa julgada material, de modo que essa vinculação ao litígio real e estabilidade da decisão não é um problema que impeça, por si só, afirmar que é possível haver coisa julgada material em sede de jurisdição voluntária.

A jurisprudência acompanha a doutrina majoritária e entende também que não há coisa julgada material em jurisdição voluntária, mas os julgados servem para ilustrar exatamente que há forte artificialidade ao tratar do tema de modo

⁴² “Contraditório não significa contenciosidade, luta efetiva de adversários em confronto, o que certamente contribui para uma cognição mais profunda, mas garantia de participação efetiva dos interessados, mesmo que concordantes, ou até de um só interessado” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 34).

⁴³ “Tratando-se de direitos indisponíveis, onde vigora mais o princípio inquisitivo do que o dispositivo, são amplíssimos os poderes do juiz para a pesquisa da verdade. O juiz agirá livremente, investigando os fatos e ordenando de ofício a realização de quaisquer provas” (PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979. p. 263). “O legislador, embora haja litígio, não vacila em incluir a ação entre as de jurisdição graciosa ou administrativa, para que o juiz possa utilizar-se de maiores poderes na descoberta da verdade material” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, p. 5, vol. XI, tomo I). No CPC de 1973 havia a regra do art. 1.107, não reproduzida no Código vigente: “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”.

⁴⁴ “Na jurisdição voluntária, busca-se, tanto quanto o permitam as forças humanas, encontrar a verdade real” (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)* Belo Horizonte: Bernardo Álvares S. A., 1961. p. 99).

genérico, sem atenção ao direito positivo e às peculiaridades inerentes a cada tipo de procedimento⁴⁵.

6. Conceituação de jurisdição voluntária

Há evidentemente imensa dificuldade em conceituar a jurisdição voluntária, já que “todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios”⁴⁶.

Em síntese, a partir de tudo o que foi exposto, consideramos a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional estatal, em que, em regra, inexistem partes com interesses antagônicos⁴⁷, mas há potencialidade de litígio, que deve ser exercida em procedimento em contraditório e julgada por terceiro imparcial, com aptidão, em determinadas circunstâncias, para a formação de coisa julgada material⁴⁸, de

⁴⁵ Confira-se o seguinte excerto de ementa: “Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança” (REsp 1412260/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014). Sobre esse julgado, confira-se a crítica e correta abordagem doutrinária: “O Superior Tribunal de Justiça possui um precedente muito interessante. Embora a parte das premissas da concepção ‘administrativista da jurisdição voluntária’, com as quais esse *Curso* não concorda, chega a esse mesmo resultado: não é possível rever decisão em jurisdição voluntária, ressalvada a existência de fato superveniente, como em qualquer decisão. O caso envolvia decisão em processo de retificação de registro civil. Dois itens da ementa ajudam a compreendê-lo: ‘6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade, não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do *statu quo ante*, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança’. (STJ, 3ª T., REsp n. 1.412.260-SP, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 15.05.2014). Não adianta dizer que não há coisa julgada e, ao mesmo tempo, impedir a rediscussão do tema. Há, inclusive, incoerência na argumentação. *Há coisa julgada, e por isso não se pode renovar o pedido*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196, vol. 1 – itálico no original).

⁴⁶ GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

⁴⁷ GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1742. “Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11. Ainda do mesmo autor: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 91/98).

⁴⁸ “Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. Síntese deste pensamento é a concepção de Frederico Marques, para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária. Os ensaios de Frederico Marques e Lopes da Costa são fundamentais para a compreensão desta corrente. Essa construção doutrinária é um tanto tautológica. Partem da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, *substitutividade*, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão. Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em

acordo com os balizamentos postos pelo direito positivo. Há outras especificidades e características acidentais vinculadas a questões procedimentais, mas que não encontram espaço para desenvolvimento neste texto⁴⁹.

7. Considerações finais

Não basta, porém, definir a natureza da jurisdição voluntária e suas características mínimas. É necessário reiterar e insistir que a jurisdição voluntária está inserida no

jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária não pressupõe lide, a lide não precisa vir afirmada na petição inicial. Pouco importa, por exemplo, que o confinante aceite a retificação do registro imobiliário – e há inúmeros casos em que é realmente isso o que acontece. Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, é verdade, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São frequentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado. Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia. Em segundo lugar, para Giovanni Verde, a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juizes – juizes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juizes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido. [...] Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer coezinha distinção dogmática. Por fim, a questão da coisa julgada. A decisão proferida em sede de jurisdição voluntária tem aptidão para a formação de coisa julgada. Nada no CPC aponta em sentido contrário. Se até mesmo decisões que não examinam o mérito se tornam indiscutíveis (art. 486, §1º, CPC), muito mais razão haveria para que decisões de mérito proferidas em sede de jurisdição voluntária também se tornassem indiscutíveis pela coisa julgada material.[...] Não adianta dizer que não há coisa julgada e, ao mesmo tempo, impedir a rediscussão do tema. Há, inclusive, incoerência na argumentação. *Há coisa julgada, e por isso não se pode renovar o pedido*" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196, vol. 1).

⁴⁹ Segundo Araken de Assis, identificam-se quatro grupos de interesses privados afetos à jurisdição voluntária: a) tutela de pessoas incertas (como na herança jacente e nas coisas vagas); b) tutela de incapazes; c) tutela dos negócios privados; d) tutela da prova (exemplo: justificação) (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 583, vol. I). Para Leonardo Greco, há seis espécies procedimentais de acordo com a natureza da atividade do juiz (*Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27/29): a) *receptícios*: a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade (exemplos: notificações, interpelações e protestos); b) *probatórios*: a atividade judicial limita-se à produção da prova (exemplo: justificação); c) *declaratórios*: o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos da extinção de usufruto (art. 725, VI, do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 735 e segs. do CPC); d) *constitutivos*: são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc. (exemplos: interdição (arts. 747 e segs., CPC); emancipação (art. 725, I, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 725, II, CPC); alienação, arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 725, III, CPC); locação ou administração de coisa comum (art. 725, IV, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 198, 204 e 213 da Lei de Registros Públicos); aprovação do estatuto das fundações (arts. 764 do CPC); divórcio consensual e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens do matrimônio (arts. 731 e segs., CPC); homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 515, §2º, e art. 725, VIII, CPC); e) *executórios*: o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica o mundo exterior (exemplos: alienação de coisas (arts. 725, I, IV e V, 730, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 738 e seguintes, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 744 e segs., CPC); coisas vagas (art. 746, CPC); f) *tutelares*: são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instaurar os procedimentos *ex officio* (exemplos: procedimentos do ECA).

contexto do processo civil brasileiro e suas especificidades procedimentais decorrem de política legislativa, mas não subvertem os paradigmas fundamentais postos pelo Código de Processo Civil, a partir, evidentemente, da Constituição da República.

Nessa linha, é fundamental considerar que a jurisdição voluntária está submetida às técnicas procedimentais previstas no CPC e que não sejam incompatíveis com os aspectos essenciais de suas especificidades, e igualmente deve observar as normas fundamentais ali previstas, como a boa-fé objetiva, o contraditório efetivo, o dever de fundamentação, a participação das partes, entre outras.

É necessário lembrar, também, que a jurisdição voluntária, de outro lado, constitui uma limitação de liberdade e, portanto, deve incidir nos estritos limites legais, não cabendo uma judicialização absoluta das relações privadas⁵⁰.

Há que se ter como critério relevante que os procedimentos de jurisdição voluntária dependem de opções de política legislativa, não havendo, a rigor, qualquer dimensão ontológica que os defina. Exatamente por ser uma questão jurídico-positiva – mesmo que se considere que o conceito em si de jurisdição voluntária possa atingir níveis abstratos, a disciplina dos procedimentos vincula-se ao direito positivo –, há alguns temas em que é possível a opção pela via judicial ou pela extrajudicial, assim como outros podem deixar de ser judiciais futuramente e passarem a ser apenas administrativos ou, ainda, há aqueles que somente podem ser obtidos judicialmente.

É famosa a frase que define a jurisdição voluntária como não sendo jurisdição nem voluntária. Nossa premissa, entretanto, é outra: a jurisdição voluntária possui natureza jurisdicional e pode ser voluntária, de acordo com as escolhas legislativas acerca de determinado assunto. A desconstrução dessa famosa sentença é um exemplo de como pode ser prejudicial a mera reprodução de ideias, sem qualquer filtro legislativo e doutrinário, independentemente da qualidade dos autores que elaboraram ou reproduziram a ideia e do valor retórico da frase. Simplesmente não serve mais e, salvo como registro de um pensamento delimitado no tempo e no espaço, esse tipo de repetição de ideias não contribui para a evolução do debate.

A natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é ainda hoje um tema controvertido e relevante, mas a possibilidade de se tratar de procedimentos obrigatórios ou necessários, não. Há casos em que somente por via jurisdicional situações jurídicas podem ser efetivadas, como a constituição de curatela, mas há tantas outras que podem ser realizadas judicial ou extrajudicialmente, como a notificação e o divórcio consensual em que inexista filho incapaz ou nascituro. Ou seja: é critério de política legislativa e há mesmo a tendência de diversos temas serem desjudicializados, o que é salutar, já que somente o apego a tradições atávicas pode justificar a manutenção da exclusividade jurisdicional para o registro de testamentos ou a modificação de regime de bens de casamento. Sob a epígrafe “jurisdição voluntária” acomodam-se procedimentos e temas heterogêneos, que variam no tempo e no espaço e dificultam a elaboração de uma abordagem abstrata.

⁵⁰ GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária* Moderna. São Paulo: Dialética, 2003. p. 42 e 44.

Com essas reflexões, reiteram-se as devidas homenagens ao Professor Cândido Rangel Dinamarco, cujos estudos influenciam gerações e elevam a produção doutrinária brasileira.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Reflexões e desafios de 2020¹

Ives Gandra*

O Conselho Superior de Direito (CSD) da Fecomercio-SP tem se dedicado, até mesmo no período da pandemia, a estudar os grandes desafios do Brasil para sair da crise.

Tem, inclusive, posicionamentos bem definidos quanto à Reforma Tributária; à Reforma Administrativa; ao consequencialismo jurídico – que, a rigor, desemboca num ativismo judicial –; à reeleição para a presidência do Senado; à manutenção do teto das despesas públicas; às Reformas Trabalhista e Previdenciária; e ao projeto de reforma do Código Comercial, além de outros assuntos jurídicos de menor impacto midiático.

Em relação à Reforma Tributária, o Conselho acredita que tanto a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45 quanto a PEC 110 precisam ser discutidas com mais profundidade, pois faltam projeções mais precisas dos impactos que causarão nas receitas das entidades federativas (5.568 municípios, 26 Estados, Distrito Federal e União) e dos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas. Pesa contra a PEC 45 a manutenção, por até dez anos, de dois regimes quanto aos impostos circulatorios, ou seja, do atual e do novo, o que implicará, necessariamente, um aumento da complexidade e do custo de obrigações acessórias.

Tanto uma quanto outra – o Conselho Superior de Direito prefere a PEC 110 à 45 – gerarão uma infinidade de alterações e, possivelmente, contestações conceituais que levarão anos para serem pacificadas na Suprema Corte, como ocorreu, por exemplo, com a adoção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), em 1967. Talvez o substitutivo apresentado pelo senador Major Olímpio seja a melhor proposta das três; ia por simplificar, de um lado, e mexer menos no aspecto conceitual dos tributos, de outro.

Tem o Conselho a sua própria proposta levada ao Congresso Nacional, consistente em 12 projetos de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária e resolução do Senado, comentadas em outras publicações da Casa. Preferiria, entretanto, o Conselho, no momento, apenas uma simplificação da legislação ordinária.

Quanto à Reforma Administrativa, o CSD apoia a proposta do governo, embora a considere insuficiente. Se não for lancetado o custo da mão de obra pública, o peso dos privilégios sufocará o País, pois gastamos 13,8% do Produto Interno Bruto (PIB)

¹ Artigo originalmente publicado na Revista PB - Problemas Brasileiros / Fecomercio, nº 461, Edição Especial, Ano 58, jan./2021.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

para pagar funcionários, contra 10,2%, em média, dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Em relação ao ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF), que invade constantemente atribuições constitucionais que não lhe cabem – pois pertinentes a outros poderes –, o conselho tem se manifestado contra, num apelo permanente para que os 11 ministros do Sodalício voltem a ser “guardiões da Constituição”, e não ativos legisladores ou recondutores de ações do Executivo.

A clareza do artigo 57, parágrafo 4º, da Constituição Federal (CF), proibindo a reeleição do presidente do Senado, fez o CSD prestigiar o texto da Lei Suprema.

Além disso, tem se posicionado contra algumas decisões judiciais que pretendem, sem sucesso, revogar as Reformas Trabalhista e Previdenciária e defendido a reforma do Código Comercial, pois o projeto teve origem no Conselho, por meio da pena do conselheiro Fábio Ulhoa Coelho.

Acresce-se a discussão mensal de todas as questões que afetam as áreas de comércio e de serviços, com o que seus debates, propostas aos executivos e legislativos, além de livros doutrinários de seus conselheiros, juristas de escol, acredita este departamento superior da Instituição estar contribuindo para a reflexão dos fundamentos de um Estado democrático de direito (artigo 1º da CF), alicerçado na harmonia e na independência dos poderes (artigo 2º da CF), assim como na luta para tirar o País das crises econômica, social e política nas quais se encontra.

O desafio do Ministério Público em potencializar sua atuação para alcançar aos diferentes setores sociais e atender a uma população dividida sobre a pandemia

Manoel Murrieta*

A maneira de pensar e agir, em ritos e costumes, traduz o processo cultural que constitui e une um povo. Um hábito natural do ser humano é contabilizar dados e fatos históricos e, depois, registrá-los, para que jamais sejam esquecidos. A pandemia do novo coronavírus, que em menos de um ano ceifou mais 200 mil vidas só no Brasil, é, sem dúvida, um desses marcos a ser lembrado por gerações futuras, assim como será lembrada a atuação de cada ente no combate à Covid-19.

O primeiro caso de contágio no Brasil se deu em São Paulo, no dia 26 de fevereiro de 2020. Em 12 de março, portanto, um dia após a posse da nova Diretoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp, o Ministério da Saúde publicou uma Portaria, regulamentando as medidas de enfrentamento da emergência em saúde pública, entre elas o distanciamento social e a quarentena, e isso dividiu opiniões. Após o primeiro pico de contaminações e mortes, houve queda nas taxas e, logo no início de 2021, chegou a segunda onda da pandemia para os brasileiros — ainda mais contagiosa, devido às mutações no vírus do tipo Sars-CoV-2.

Desde o primeiro instante, a Diretoria da Conamp teve a consciência de estar diante de um desafio, uma emergência em saúde de nível global, e que as medidas restritivas seriam importantes para salvar vidas. Alertas, promotores e procuradores de Justiça foram orientados a atuar de modo a evitar que a calamidade vivida resultasse em uma elevação das desigualdades e demais tensões sociais já existentes no país.

Com a convicção da importância do papel do *Parquet* para a garantia e a proteção dos direitos coletivos e individuais das pessoas, renovamos o nosso fôlego e mergulhamos em uma missão que só tem sido possível de ser cumprida graças ao comprometimento pessoal de cada servidor. A primeira tarefa foi solicitar, por meio de Ofício encaminhado em nome da entidade ao presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral Augusto Aras, a adoção do teletrabalho e do sistema de rodízio nos órgãos do MP, como prevenção à Covid-19. Medida que consta na Portaria nº 76 de março de 2020, da Procuradoria-Geral da República.

Um ano se passou e, embora a comunidade científica tenha avançado rapidamente na identificação da composição biológica do novo coronavírus, no desenvolvimento de antivirais, e prossiga na busca por medicamentos que combatam a

* Pós-graduado em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos da Amazônia (Naea/Ufpa). Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Coordenador da Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas). Promotor de Justiça do Estado do Pará. Professor de Processo Penal na Escola Superior Madre Celeste (Esmac/PA).

doença, de certo modo, ainda lidamos com o desconhecido. Nesse sentido, o Ministério Público nos Estados e no Distrito Federal e Territórios firmou diversas parcerias, com intuito de potencializar a atuação no atendimento à população. Uma maneira de se manter uma mão forte estendida para todos, independentemente de gênero, cor, raça, credo ou quaisquer outras características de distinção.

Em um Brasil de desigualdades, onde tudo ficou mais latente, a dificuldade no acesso à educação foi alvo de algumas intervenções. Considerando que muitas crianças e adolescentes tinham na merenda escolar a principal fonte alimentar diária, o Ministério Público emitiu recomendações para a continuidade na prestação desse serviço, mesmo em período de suspensão de aulas. Já na fase da adoção do ensino remoto, as recomendações foram para que fossem adotadas medidas que viabilizassem a oferta de aulas remotas aos alunos da rede estadual de ensino, com a adoção de soluções como a disponibilização de computadores e a adequação do calendário escolar. O mesmo se repetiu em outros estados.

Ainda na esfera educacional, no Pará, o Ministério Público no estado, junto com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho convocaram a comunidade escolar para ouvir as opiniões sobre a experiência do ensino remoto, que atingiu cerca de 575 mil alunos de escolas estaduais e 400 mil de instituições privadas de ensino. Foram ouvidas 21.678 pessoas, sendo a maior parte (80,2%) público da rede pública de ensino. Cerca de 35,6% dos participantes alegaram a falta de atividades substitutivas às aulas regulares e 47,8% não tiveram atividades virtuais. E enquanto estados, municípios e entidades representativas de instituições particulares de ensino articulavam uma retomada das aulas presenciais, o Ministério Público ponderava a respeito dos altos índices de contágios. Nesse contexto, também foram emitidas recomendações contra o retorno das atividades presenciais sem a adoção de medidas de segurança epidemiológica.

Sem dúvida, durante a pandemia, o Ministério Público se reinventou para reagir ao isolamento e dar continuidade na sua atuação jurisdicional, extrajudicial e, especialmente, social. Ainda no exercício de sua função de fiscalizador da execução de políticas públicas, o Ministério Público emitiu algumas recomendações a respeito do cumprimento das medidas restritivas em comércios. Fomos em busca de recursos, lançamos campanhas para obter fomento para a compra de equipamento de proteção individual e respiradores que estavam em escassez em hospitais. Formamos diversos gabinetes de enfrentamento à pandemia, onde também são pactuados Termos de Ajustamento de Conduta, possibilitando a captação de recursos destinados aos Fundos de Saúde. Todas as ações desempenhadas conforme a Recomendação Conjunta nº 2 do Conselho Nacional do Ministério Público. O que significa que a intervenção do *Parquet* é concentrada na fiscalização de projetos já implementados e executados pela Administração Pública. O objetivo é evitar judicializar as questões, atuando com diálogo e conciliação, para possibilitar uma resposta rápida à sociedade.

No entanto, além do vírus desconhecido, tivemos o desafio de superar um problema com o qual já convivemos há bastante tempo: a corrupção. A partir de

denúncias e investigações, identificou-se o superfaturamento na compra de diversos insumos. Operações coordenadas por Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), deflagradas em diversos pontos do país, apuraram irregularidades como a compra de respiradores com dispensa de licitação, aquisições de equipamentos falsos e testes de baixa qualidade para identificar Covid-19.

Os casos foram judicializados para viabilizar a reparação do dano financeiro. Mas nada trará de volta as vidas perdidas devido à falha de gestão. Apesar das limitações operacionais impostas, os membros do Ministério Público continuam a desempenhar suas atribuições, com o pensamento de convicção, resiliência e rigor que já fazem parte da cultura interna do *Parquet*. Temos a consciência de que o Ministério Público existe para dar a plena garantia das exigências constitucionais e questões como a pandemia não devem ser politizadas. Agora, estamos na primeira fase da vacinação contra a Covid-19, já com relatos de desvio de insumos e de pessoas furando a fila de grupos prioritários. Todas essas irregularidades têm sido acompanhadas pelo MP. Os casos são investigados em, pelo menos, 11 estados e no Distrito Federal.

A conduta destoante de alguns não nos impedirá de celebrar o fato de que estamos próximos do fim desse ciclo de perdas e dor. Como em um rito, é tempo de guardar com saudade e deixar partir aqueles que, infelizmente, não puderam esperar pela vacina, mas que, enquanto estiveram por aqui, se dedicaram para atender às demandas da população. Em memória a eles, devemos seguir fortes nessa batalha contra o novo coronavírus, com a certeza da importância dessa nossa contribuição para superar esse momento histórico que nos exigiu inovação e muita união.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico

A Justiça Humana e o julgamento do *Outro* na filosofia levinasiana

O “chamado da humanidade” em prol dos direitos humanos

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. A infinidade de contatos humanos como geradora da necessidade de Justiça. 2. Como deve ser estruturada essa Justiça? 3. A importância da equidade na realização da Justiça. 4. A indeclinável responsabilidade do Estado na distribuição equitativa de Justiça. 5. A escuta obrigatória, por parte do Estado não totalitário, do “chamado da humanidade” em prol dos direitos humanos. 6. O relevante papel da Filosofia no julgamento de um caso concreto. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito deste artigo é abordar de forma sucinta o pensamento de Levinas sobre a justiça humana sublinhando-se a importância da equidade e dos direitos humanos.

Résumé

Le propos de cet article est d'aborder de façon succincte la pensée de Levinas sur la justice humaine tout en soulignant l'importance de l'équité et des droits humains.

Palavras-chave: Levinas. Justiça humana. Ética. Equidade. Direitos humanos.

Mots clefs: Levinas. Justice humaine. Éthique. Équité. Droits humains.

1. A infinidade de contatos humanos como geradora da necessidade de Justiça

A relação intersubjetiva, no âmbito da *Ética da Alteridade* desenvolvida pelo grande pensador francês, de origem judaica, Emmanuel Levinas, não se encerra no face a face alargando-se com a aproximação de outros indivíduos, de outros *Rostos*,

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC/RIO.

engendrando, assim, uma infinidade de contatos. São terceiros que entram em cena, seja de forma violenta, seja de modo amistoso, exigindo, de qualquer forma, atenção e, conseqüentemente, responsabilidade. “Mas não vivo num mundo onde só há um ‘primeiro a chegar’; sempre há no mundo um terceiro: ele também é meu outro, meu próximo. Por conseguinte, importa-me saber qual dos dois passa à frente: um não é perseguidor do outro?” (Levinas 2004: 143-144). E, diante dessa “diferença” existente entre os seres humanos, torna-se, a princípio, impossível qualquer tipo de *comparação* entre eles. Aliás, a comparação poderia significar a “quebra da responsabilidade” porque a sujeição ao Outro estaria comprometida com um pré-julgamento ou um pré-conceito. Mas as relações, embora assimétricas, nem sempre são pacíficas. Como resolver o aparente impasse? Como realizar a comparação? “Os homens, os incomparáveis, não devem eles ser comparados? Neste caso a justiça é, pois, anterior à assunção do destino do outro. Devo emitir juízo ali onde devia antes de tudo assumir responsabilidades. Ali está a origem do teórico, ali nasce a preocupação com a justiça que é fundamento do teórico” (*ibidem*: 143).

2. Como deve ser estruturada essa Justiça?

Que tipo de justiça seria essa? Uma justiça “teorizada” pelo próprio homem e formada por uma elite de pessoas comprometidas em realizar a “pesagem”, sem comprometer, entretanto, a relação intersubjetiva fulcrada no *Rosto*, *símbolo* mais autêntico da individuação e verdadeiro *arquétipo* da Ética levinasiana. Segundo o filósofo “São necessários instituições e procedimentos jurídicos. Você torna a encontrar a necessidade do Estado” (Poirié 2007: 110). Mas mesmo a “justiça” não pode prescindir do *Rosto* que lhe serve de supedâneo e que lhe confere autenticidade. Pode-se afirmar que o *Rosto*, exigindo responsabilidade, passa a figurar como princípio fundamental da justiça humana. Ele, o *Rosto*, aquiesce a essa comparação entre “diferentes” que se faz necessária. “Mas é sempre a partir do Rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único” (Levinas 2004:144).

3. A importância da equidade na realização da Justiça

Na visão do filósofo, a justiça pressupõe a ideia de *equidade* que, por sua vez, norteia, em termos de atuação, a própria legislação produzida pelo Estado e a sua correta aplicação pelos juizes: “Nesta necessidade de se ocupar com a justiça aparece esta ideia de equidade, sobre a qual está fundada a ideia de objetividade” (*ibidem*: 144). Ouso afirmar que a opção pela equidade provém dos gregos. O próprio Levinas declara que “É preciso julgar, é preciso conhecer, é preciso fazer justiça. É o momento em que toda a sabedoria grega é essencial” (Poirié 2007:110). O Professor Nicola Abbagnano, no seu Dicionário de Filosofia, define *equidade* como sendo “apelo à justiça com o objetivo de corrigir a lei em que a justiça se expressa” (Abbagnano 2007:

396). E cita Aristóteles que assim a definiu: “A própria natureza da E. é a retificação da lei no que esta se revele insuficiente pelo seu caráter universal” (*Ética a Nicômaco*, V, 14, 1137 b26 (*ibidem*: 396)). E a filosofia teria o importantíssimo papel de gerar a sabedoria, “a partir do âmago desta caridade inicial” (Levinas 2004: 144) emanada do *Rosto*. Percebe-se que a *equidade* amplia a possibilidade de participação subjetiva do julgador porque lhe permite uma aplicação mais humanitária da lei, adequando-a a cada caso concreto. Por isso que se torna possível, através da *equidade*, a observância da “ética da responsabilidade” por parte da justiça humana.

4. A indeclinável responsabilidade do Estado na distribuição equitativa de Justiça

Mas, quem são os personagens dessa justiça humana? Mesmo com a possibilidade de aplicar-se a equidade, é preciso que os juízes estejam conscientes de sua responsabilidade para com o *Outro*. O próprio Levinas reconhece que “a justiça sobre a qual o Estado se baseia, nesse momento, é ainda uma justiça imperfeita. É mesmo preciso pensá-la de uma maneira mais concreta com a preocupação dos direitos do homem que não pode coincidir, em minha opinião, com a presença do governo” (Poirié 2007: 110). E a Justiça é um dos poderes do Estado. E o Estado, segundo o filósofo, não pode deixar de existir devido à multiplicidade humana em que vivemos. Essa justiça se insere, portanto, num algo maior que a abriga e que lhe dá consistência material: o Estado. *Consoante assinalado por Lévinas*, “É então que sou obrigado a pensar o *Outro* sob um gênero, ou no Estado. É o fato de ser cidadão e não simplesmente uma alma. O cidadão é um senhor a quem se colou um gênero, ou um senhor que deu a si um gênero, ou um senhor a quem eu dei um gênero” (*ibidem*: 110).

O Estado detém a responsabilidade de impedir que a violência se transforme em denominador comum na multiplicidade de relações que se estabelecem entre os seres humanos. Se, individualmente, sou responsável pelo *Outro*, como poderia projetar e concretizar essa responsabilidade em relação a todos os demais seres com quem estabeleço relações e mesmo com todos os terceiros de cuja existência tenho noção tão somente por força de estatísticas? Reside aí a importância da existência do Estado.

5. A escuta obrigatória, por parte do Estado não totalitário, do “chamado da humanidade” em prol dos direitos humanos

De qualquer forma, Levinas deixa claro que “O cuidado com os direitos humanos não é uma função estatal, é no Estado uma instituição não estatal, é o chamado da humanidade ainda não realizado no Estado” (*ibidem*: 111). E esse “chamado da humanidade” só pode se tornar efetivo num Estado não totalitário porque num “Estado em que a relação interpessoal é impossível, em que ela é por antecipação dirigida pelo determinismo próprio do Estado, é um Estado totalitário” (Levinas 2004:146). Aliás, o filósofo indaga “Que diferença existirá, entre as instituições

que nascem de uma limitação da violência, e as que nascem de uma limitação da responsabilidade? Pelo menos esta: no segundo caso, podemos revoltar-nos contra as instituições em nome daquilo mesmo que as fez nascer” (Levinas 1993: 199). No Estado democrático, os direitos humanos fazem parte integrante de sua Constituição como direitos impostergáveis, como cláusulas pétreas irremovíveis. E os chamados “direitos humanos” não se circunscrevem à área da justiça em sentido estrito. A *Justiça Social* é condição inarredável para que se possa falar em justiça de “casos concretos”. “Direitos humanos” é expressão que engloba direito à educação, direito à saúde, direito à moradia, direito a julgamentos dignos. Essa responsabilidade com o *Outro* é muito mais abrangente e significa, na verdade, “amor ao próximo”. Nos dizeres de Levinas:

A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor do próximo, amor sem Eros, caridade, amor em que o momento ético domina o momento passional, amor sem concupiscência. Não gosto muito da palavra amor, que está gasta e adulterada. Falemos duma assunção do destino de outrem. É isto a “visão” do Rosto, e se aplica ao primeiro que aparece. Se ele fosse meu único interlocutor, eu só teria tido obrigações! (Levinas 2004: 143).

6. O relevante papel da Filosofia no julgamento de um caso concreto

E, no julgamento de um caso concreto, no momento mesmo da “comparação”, a filosofia seria, nesse sentido, a aparição da sabedoria a partir do âmago desta caridade inicial; ela seria – e não brinco com as palavras – a sabedoria desta caridade, sabedoria do amor” (*ibidem*: 144). A relação juiz-réu se orienta, a princípio, pela imparcialidade ditada pelas leis objetivas. Em seguida, porém, quando da sentença, o *Rosto* passa a ter prevalência ensejando um abrandamento da própria punição, do próprio tempo de punir. É o que se dessume deste trecho de Levinas que transcrevemos abaixo:

“Há, dizem os rabinos, que são vistos como pessoas terríveis, propondo problemas minuciosos e ridículos – forma sob a qual eles tratam as questões mais graves –, há uma questão na Escritura. Um versículo diz: “O juiz não olha o rosto de cada um”, quer dizer, que ele não olha quem está diante dele e que não considera sua situação particular. Para ele, trata-se simplesmente de alguém que tem de responder à acusação. E há um outro versículo, versículo de bênção dos sacerdotes, que diz: “O Eterno vira seu rosto em direção para ti”. Os rabinos respondem à sua maneira: “Antes do veredicto, nada de rosto; mas, uma vez pronunciado o julgamento, Ele olha o rosto”. Fico muito contente de ter podido dar um exemplo do que pode ser a ilustração pelo versículo; eu não parti de maneira

alguma desse texto, eu descobri a relação depois. É de fato muito estranho... (Poirié 2007: 111-112).

Surge, afinal, a questão de se apontar quem seriam os personagens ideais para liderar as instituições e o próprio Estado. Quem seriam aqueles incumbidos de elaborar as leis e de ministrar a justiça, realizando a tão difícil comparação entre os sempre diferentes? Levinas afirma que "devido ao facto de eu estar diante do próximo e do terceiro, é preciso que eu compare, que pese e sopesse. É preciso que eu pense. É então preciso que eu tome consciência. O saber aparece aqui. É preciso que eu seja justo. Este nascimento da consciência, do saber, da justiça, é igualmente nascimento da filosofia como sabedoria do amor" (Levinas 1993: 198). Não seriam os filósofos os mais aptos para o exercício das funções estatais mais relevantes? E aí se recorre a Platão: "Se os filósofos não governarem a cidade ou se aqueles a quem agora chamamos reis ou governantes não cultivarem verdadeira e seriamente a filosofia, se o poder político e a filosofia não coincidirem nas mesmas pessoas e a multidão dos que agora se ocupam exclusivamente de uma ou da outra não for rigorosamente impedida de o fazer, é impossível que cessem os males da cidade e até os do gênero humano" (Rep., V., 473 d) (Abbagnano 2006: 113).

7. Conclusão

Como dar início a essa mudança de paradigma numa sociedade tão injusta? Através da própria *Justiça* na forma em que ela é concebida por Levinas. Na síntese de François Poirié:

A Justiça rompe a relação Eu-Tu que começava a instaurar privilégios e preferências, ela é "a entrada do terceiro – entrada permanente – na intimidade do face a face", *Totalidade e Infinito*, ela me obriga a ocupar-me de um outrem que nada é para mim, e obriga outrem a ocupar-se do terceiro que é o outro de *meu* outro. "O terceiro me olha nos olhos de outrem", *Totalidade e Infinito* (Poirié, 2007: 46-47).

Concordamos com a Doutora Etelvina Nunes quando afirma que:

(...) toda a filosofia de Levinas é uma filosofia da justiça. Não de uma justiça positiva e equitativa, mas da justiça na sua raiz mais fundamental; uma justiça que começa em reconhecer o apelo do rosto, em reconhecer a sua miséria que se confunde com a sua dignidade (33). Em Levinas a conjuntura que une a ipseidade do – eu e o reconhecimento do Outro cria a ordem social, a ordem de justiça – e esta é o fundamento de uma nova metafísica. "São

necessárias obras de justiça – a rectidão do face a face para que se produza a abertura que conduz a Deus – e a “visão” coincide aqui com esta obra de justiça (34) (Nunes, 1991, p. 3).

O que se pode constatar da citação acima é que a justiça em Levinas não se prende a um sistema judiciário estruturado em instituições e mantido pelo Estado. A justiça está muito além dessa exteriorização formal ou legal. Na verdade, Levinas nos revela a própria fonte da justiça humana que emana dessa relação ética primordial estabelecida entre o Eu e o Outro, tendo como princípio Inafastável a *responsabilidade*. As *obras de justiça* demonstram claramente que o ideal de justiça se insere no âmago de cada indivíduo, numa permanente exigência de responsabilidade para com o Outro. Podemos sugerir que os profissionais do direito vejam na *ordem de justiça* levinasiana “o fundamento de uma nova metafísica”, conforme sinalizado por Nunes. Seria primordialmente através dos *sujeitos* que integram as instituições encarregadas de fazer justiça que essa mudança de paradigma pode se concretizar. Pensamos, com Levinas, que se trata de *questão de consciência*:

O terceiro é outro como o próximo, mas também um outro próximo, mas também um próximo do Outro e não simplesmente seu semelhante. Que são eles então, o outro e o terceiro, um-para-o-outro? Que fizeram eles um ao outro? Qual vem antes do outro? [...] O outro e o terceiro, meus próximos, contemporâneos um do outro, distanciam-se do outro e do terceiro. “Paz, paz ao próximo e ao distante” (Isaías, 57,19), compreendemos agora a acuidade desta aparente retórica. O terceiro introduz uma contradição no Dizer [...]. É, por si, limite da responsabilidade, nascimento da questão: que é que eu tenho a ver com a justiça? Questão de consciência. É preciso a justiça, quer dizer a comparação, a contemporaneidade, a reunião. (Levinas *apud* Derrida, 2008: 47)

Referências bibliográficas

Livros:

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi; Ivone Castilho Benedetti. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *História da Filosofia, vol. 1*. Trad. Antônio Borges Coelho; Franco de Sousa; Manuel Patrício. 7ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Adeus a Emmanuel Lévinas*. Trad. Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2008.

LEVINAS, Emmanuel. *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. (2004). *Entre nós – Ensaio sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (coord.) et al. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

POIRIÉ, François. *Emmanuel Lévinas: Ensaio e Entrevistas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

Artigo:

NUNES, Etelvina Pires Lopes. O rosto e a passagem do Infinito: originalidade no pensamento levinasiano. *Revista Portuguesa de Filosofia*. Braga: janeiro-março. Tomo XVII, 1991. Fasc. 1, p. 5-42.

Notas “arriscadas” sobre o diálogo Críton, de Platão

Gustavo Lunz*

Sumário

1. Objetivo do Trabalho. 2. Estruturação do diálogo. 3. O discurso das Leis. 4. A “sombra” de Antígone. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O alvo do texto é estabelecer algumas notas a partir da leitura e estudo do diálogo Críton, sendo o risco referido no título assumido em exercício de confronto entre algumas características do texto analisado e noções construídas em torno da tragédia Antígone. Empreende-se primeiramente uma exposição da estrutura do diálogo de Platão, para posteriormente concentrar-se no grande discurso das Leis e Estado personificados pelo Sócrates ali retratado. Nesse momento, com alguma crítica, insinua-se uma comparação da passiva postura do célebre prisioneiro com a trágica conduta da heroína Antígone para concluir que Platão opta pela prioridade da preservação estatal, enquanto a Antígone de Sófocles apela para uma normatividade que supera o político (posteriormente concebida como um Direito Natural). Ela coloca o homem como anterior à *polis*, governado por normas que não podem ser inteiramente superadas por decisões políticas e que não coincidem com a moralidade própria das falas de Sócrates.

Abstract

The aim of the text is to establish some notes from the reading and study of the Crito dialogue, the risk mentioned in the title being assumed in a confrontation exercise between some characteristics of the analyzed text and notions built around the Antigone tragedy. First, an exposition of the structure of Plato's dialogue is undertaken, to later concentrate on the great discourse of Laws and State personified by Socrates portrayed there. At that moment, and with some criticism, a comparison of the passive stance of the famous prisoner with the tragic conduct of the heroine Antigone is suggested, in order to conclude that Plato opts for the priority of state preservation, while Sophocles' Antigone appeals to a normativity that surpasses the political (later conceived as a Natural Law). It puts man before the polis, governed by norms that cannot be entirely overcome by political decisions and that do not coincide with the morality that punctuates Socrates' speeches.

* Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Lógica e Metafísica, IFCS-UFRJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Bacharel em Filosofia pela UFRJ.

Palavras-chave: Críton. Platão. Antígone. Sófocles. Filosofia Antiga. Estado. Normatividade. Direito Natural.

Keywords: *Crito. Plato. Antigone. Sophocles. Ancient Philosophy. State. Normativity. Natural Law.*

1. Objetivo do Trabalho

O alvo do presente texto é estabelecer algumas notas a partir da leitura e estudo do diálogo Críton, sendo o risco referido no título assumido em exercício de confronto entre algumas características do texto analisado e noções construídas no decorrer do curso de História da Filosofia IV (ministrado no 1º semestre de 2011 pela Prof. Maria da Graça Augusto, Curso de Graduação em Filosofia na UFRJ) e outras reunidas a partir da observação de outro texto da Antiguidade (a tragédia *Antígone* de Sófocles), sempre com o auxílio da bibliografia sugerida no decorrer das aulas ministradas.

Para tanto, empreender-se-á primeiramente uma exposição da estrutura do diálogo, procedendo-se a identificação de seus principais elementos, para posteriormente concentrar-se no grande discurso das Leis e Estado personificados pelo Sócrates ali retratado. Nesse momento, estabelecida alguma crítica, insinua-se uma comparação da passiva postura do célebre prisioneiro com a trágica conduta da heroína Antígone para finalmente extrair-se algumas conclusões.

2. Estruturação do diálogo

A obra platônica inicia-se com a chegada de Críton à prisão onde Sócrates aguarda a execução da sentença condenatória contra si proferida, logo anunciando-se que aquela seria a véspera do judicioso ato, a confirmarem-se os relatos sobre a iminente chegada do navio enviado pela cidade a Delos.

A patente serenidade de Sócrates ante o anúncio da proximidade de sua morte (ponto em que anuncia sua esperança de ter o mesmo destino póstumo de Aquiles¹) enseja o apelo emotivo do visitante Críton, que evoca as possíveis vicissitudes advindas aos amigos e familiares de seu mestre caso este opte pela morte desprezando fuga e exílio facilmente propiciados pela fortuna e rede de contatos de seus discípulos. O completo desprezo às opiniões da maioria poderia ser causa dos maiores males, exemplarmente a injusta condenação do mestre à morte.

Embora as palavras do amigo suscitem em Sócrates sentimentos que talvez o levassem a aceitar a proposta (Críton, 45a), não são suficientes para demovê-lo de preservar sua coerência. A potência da opinião da maioria não se lhe mostra suficiente a operar nada digno de monta na medida em que não pode alterar o caráter de um

¹ Críton, 44b, trecho em que se reproduz o verso 363 do Canto IX da *Iliada*. Sócrates afirma haver sonhado que uma mulher lhe anunciava sua volta à Ftia, terra natal do herói a quem se compara.

homem, mas aparentemente apenas abreviar a duração de sua existência. Estabelecido que o importante não é uma vida longa, mas uma boa, justa, virtuosa vida (*eudamonia*), esse poder da opinião se mostra ilusório ou, melhor traduzido, errático². Num primeiro movimento "arriscado", ousa-se indicar nesse ponto o fim do proêmio do diálogo, o momento em que a "questão sobre fugir ou não é reduzida à questão sobre a justiça ou injustiça de fugir" (ALLEN, 1972, p. 562).

Prosseguindo, e já estabelecendo as bases de uma *homologia* propiciadora do diálogo (o que também se pode observar, por exemplo, no Livro II da República no que diz respeito ao abrandamento de Trasímaco), Sócrates faz apelo à Razão indicando que a opinião a ser seguida é a daquele conhecedor da justiça e de nenhum outro, pena de prejuízos à parcela d'alma particularmente influenciada por esse valor, e de todas a mais importante (Críton, 47 a 49a).

Diferentemente do inicialmente desafiante Trasímaco retratado na República, Críton não se mostra disposto a oferecer resistências aos argumentos de Sócrates. De modo rápido, se conforma à ideia de que não é justo praticar o mal ainda que dirigido contra aqueles que o tenham infligido.

A importância da *homologia* entre aqueles que travam o diálogo é bastante ressaltada por Gomme (1958) em artigo que versa justamente sobre a estrutura desse específico texto:

A fortiori, if we must not retaliate by doing wrong to anyone, we must not do wrong to our parents and to our city to whom we owe so much, even if they do wrong to us?

When Crito agrees with this, the argument is, logically, at an end; there is no more to say. Socrates would be, for his part, as far as one man can, destroying his city if he escaped from prison against the city's will. But the dialogue is very far from stopping there, and this is one of its major points of interest...

Com efeito, a aquiescência do interlocutor é tomada para que se afirmar que a desobediência à sentença condenatória representaria um agravo dirigido àqueles a quem menos se conceberia dirigi-lo: as Leis e o Estado (Críton, 50a). A assertiva constante do texto coloca tais instituições num ápice terreno de bens a serem preservados pelo homem, em contraste bem flagrante com o apreço que se poderia nutrir com uma então não ainda estratificada "esfera inviolável" de direitos do indivíduo. A relação que se estabelece entre indivíduo e Estado é necessariamente assimétrica e o discurso proferido pelas Leis personificadas segundo hipótese de Sócrates trata de demonstrar a justiça e a cogência de um tal vínculo.

² Para maiores esclarecimentos acerca da passagem, remete-se à leitura do artigo de Terry Penner (1997).

3. O discurso das Leis

Mais do que a evidente originalidade consubstanciada na introdução de uma terceira “voz” no diálogo e certo efeito dramático introduzido pela personificação das leis que seriam agravadas, ou mesmo ameaçadas quanto à sua existência se obstruída fosse a condenação (superlativo efeito extraído de um ato isolado num artifício retórico), o discurso em si merece tratamento específico, ainda que limitada a profundidade da abordagem que ora se empreende (DYSON, 1978).

O primeiro grande bloco do discurso é caracterizado pela cobrança de lealdade a um pacto que coloca as Leis na posição de pai/mãe e senhor/amo do cidadão. A própria vida do cidadão emerge como tributária das Leis e do Estado, na medida em que regulam, por exemplo, a forma como homem e mulher devem se unir para a reprodução. A Pátria é assimilada a um pai ou uma mãe a quem não se deve tentar aniquilar (Crítón, 50d a 51c). Digno de nota que é garantido ao cidadão o direito de, através da persuasão, tentar alterar a orientação dessas Leis para aquilo que lhe pareça mais justo: o cumprimento de seus desideratos é o que resta ao fim de um tal processo. A menção tem vínculo direto com a dinâmica política ateniense e modo como os cidadãos participavam de suas assembleias no interesse de julgamentos, criação/modificação de normas e decisões administrativas (PENNER, 1997).

O discurso prossegue para marcar que o Estado é também responsável pela formação/educação de seu súdito, e que nada impediu que, antes da condenação, Sócrates se mudasse da cidade (com seus bens e filhos) para estabelecer-se alhures. A inobservância de tal pacto de lealdade equipara o fugitivo a escravo desleal e confirmaria as imputações inverídicas tomadas como premissas para o édito condenatório. Após afirmar que a vida na Tessália (local do oferecido exílio) traria para si os dissabores de assistir passivo (sem *status* político de cidadão) ao comportamento dissoluto de seus habitantes, Sócrates conclui que prefere ingressar no Hades podendo afirmar às Leis do além que sempre esteve adimplente com aquelas vigentes na Terra.

A prévia “captura” de Crítón já havia selado o destino do diálogo quando do estabelecimento da *homologia*. *Aqueles eventualmente impressionados pelo discurso das Leis talvez entendam que o texto não termina em aporia, mas aqui assume-se novo risco: além dos recursos retóricos que inspiram o discurso que praticamente conclui o diálogo, não parece superado o dilema bem estabelecido nas falas mais longas de Crítón após sua chegada à prisão para a visita.*

Se é bem verdade que a redução da questão ao final do proêmio adrede referido deslocou a investigação das personagens para a justiça/injustiça da fuga, isso não anula o permanente juízo acerca da injustiça da condenação, premissa e motivo das preocupações dos amigos e discípulos de Sócrates. A condenação, de modo algum, instância o valor Justiça/Beleza/Bem e tampouco pode-se assimilá-lo às orientações e desígnios das Leis (se é desejado pelas Leis → é justo), haja vista, entre outros aspectos, sua assumida mutabilidade.

Mais que isso, o *cumprimento das penas exige a colaboração do condenado (sua submissão ao dispositivo da sentença) de modo involuntário ou, dada as circunstâncias*

do diálogo, de modo consciente e voluntário. Como evitar assim o juízo de que mesmo o condenado incorreria na prática do injusto?

Sem dúvida o diálogo acena para a prioridade absoluta da vontade estatal ante valores como a vida, mas, de modo algum, consegue evitar o dilema a que Sócrates é submetido pelo emotivo apelo de Críton.

4. A "sombra" de Antígone. Conclusão

Traçar paralelos com a heroína trágica de Sófocles é tentador. Impossível não lembrar da postura de Antígone ante o abuso do poder estatal. Os paralelos e antinomias são recorrentemente assinalados na literatura existente sobre o diálogo compulsada para a elaboração do presente texto. Explorar todas essas possibilidades desafiaria a composição de uma grande obra, o que não se pode presentemente ousar.

O aspecto a ser abordado entre as duas personagens gravita em torno da anteriormente apontada não superação do dilema (fuga injusta x adimplemento voluntário de obrigação injusta). Considera-se que a tragédia tenha sido composta ante mesmo do nascimento de Platão (por volta de 442 A.C.), que teria vivido entre 424–348. Embora aqui adentre-se em meras especulações, é possível que a obra de Sófocles "rondasse" os pensamentos do filósofo ao elaborar o diálogo. *Inegável que a obra de Platão repercute grandemente o conjunto literário grego, mas nada indica que procurasse qualquer conciliação com o ideário do poeta trágico. Muito ao contrário, Críton mostra-se como um exemplar contraponto.*

E em verdade, se a escolha de Platão para superação do dilema se dá com a opção flagrante pela prioridade da preservação estatal, a postura de Antígone é bem outra e apela para uma normatividade que supera o político (posteriormente concebida como um Direito Natural). Ela coloca o homem como anterior à *polis*, governado por normas que não podem ser inteiramente superadas por decisões políticas e que também não coincidem com a moralidade que pontua as falas de Sócrates.

Se a tragédia seduz por força das terríveis consequências advindas à pia heroína, não se pode ignorar que a percepção da tensão interna existente no diálogo proporcionada pela não superação do dilema dá tintas mais interessantes a esta breve obra. O "fio da navalha" sobre o qual se equilibram os discursos de Sócrates e das Leis não deixa que o diálogo ganhe feições panfletárias ideológicas, embora recursos retóricos e emotivos pontuem sua construção.

Bibliografia

ALLEN, R. E. Law and Justice in Plato's Crito. In: *The Journal of Philosophy*, vol. 69, n.18, Sixty-Ninth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division (Oct. 5, 1972), p. 557/567. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2025373>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DYSON, M. The Structure of the Law's Speech in Plato's Crito. In: *The Classical Quarterly, New Series*, vol. 28, n. 2, 1978. p. 427/436. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/638694>. Acesso em: 14 jun. 2011.

GAZOLLA, Rachel. *Para Não Ler Ingenuamente uma Tragédia Grega*. Brasil: Editora Loyola, 2001.

GOMME, A. W. The Structure of Plato's 'Crito'. In: *Greece & Rome, Second Series*, vol. 5, n.1 (mar. 1958). p. 45-51. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/642076>. Acesso em: 14 jun. 2011.

PENNER, Terry. Two Notes on the Crito: The Impotence of the Many, and 'Persuade or Obey'. In: *The Classical Quarterly, New Series*, vol. 47, n.1, 1997. p. 153/166. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/639605>. Acesso em: 14 jun. 2011.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates e Críton*. Tradução do grego, notas e introdução de Manuel de Oliveira Pulquérian. Lisboa: Edições 70, 2007.

A legitimidade do exercício do poder em Guglielmo Ferrero

Marcelo Machado Costa Lima*
Getúlio Braga Júnior**

Resumo

Na esteira das discussões contemporâneas em busca por uma definição do que venha a ser a legitimidade nas esferas filosófico-política e jurídico-filosófica, o presente texto busca trazer à tona uma síntese das principais ideias de Guglielmo Ferrero, intelectual italiano que, na primeira metade do Século XX, apresenta uma contribuição efetiva para esse propósito. Tendo como ponto de partida escritos do Príncipe Talleyrand-Périgord, personagem central da política francesa em alguns dos momentos mais cruciais na primeira metade do século XIX, o autor italiano acaba nos oferecendo algumas importantes reflexões sobre a legitimidade, levantando questões incontornáveis que, não tendo sido superadas por filósofos e juristas contemporâneos, continuam a buscar respostas acerca da justa relação entre governantes e governados nas diversas configurações em que o Estado de Direito costuma se revelar.

Guglielmo Ferrero (1871-1942), intelectual italiano que desenvolveu aprofundados estudos sobre o período que abarca da Revolução Francesa até o Congresso de Viena, foi um dos primeiros autores a conceder maior atenção à legitimidade no âmbito do pensamento político contemporâneo¹. Impressiona no pensamento de Ferrero, não somente a sua capacidade de se manter atual até os dias contemporâneos, mas também a clareza com que expressa suas posições. Seus estudos vão buscar maior alicerce em uma obra específica, *Mémoires du prince de Talleyrand*², produzida no século XIX, na qual se encontram alguns princípios de legitimidade que conduzirão Ferrero, mais adiante, a desenvolver sua própria visão.³

A escolha de Talleyrand-Perigord por Ferrero se justifica, não somente pela riqueza das contribuições deste para o campo da filosofia política, mas pela expertise do próprio autor italiano em relação ao período histórico em que o Príncipe francês se apresenta como protagonista. Embora não se deva abandonar um sentimento

* Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA e Prof. Titular em Direito Constitucional no Ibmec.

** Doutor em Filosofia pelo IFCS/UFRJ. Professor na UNESA, na UCAM e no Ibmec.

¹ Na linha do estabelecido em BOBBIO, Norberto. Sur le principe de légitimité. In: *Annales de Philosophie Politique*, nº 7. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 47.

² TALLEYRAND-PÉRIGORD, Charles Maurice de. *Mémoires*. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/28427>. Acesso em: 11 jan. 2021.

³ Presente em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999, p. 52-70.

de desconfiança acerca das verdadeiras intenções de um personagem histórico tão controverso como o Príncipe Talleyrand-Perigord, parece-nos plenamente justificável a escolha de Ferrero, pois não há como negar que os escritos em referência se elevam a considerações de valor geral⁴. No caso, reforça-se a tese daqueles que defendem que não se pode desqualificar a obra em razão de supostas inconsistências na biografia de quem a produziu.⁵

Invadindo a temática objeto deste texto, são princípios norteadores a serem observados na determinação da legitimidade pelos governantes, segundo Talleyrand-Périgord, e devidamente destacados por Ferrero, os seguintes: a) a usurpação baseada na força proporciona tão somente uma estabilidade precária e superficial; b) somente governos legítimos podem assegurar tranquilidade e bem-estar ao povo e, por isso, o princípio de legitimidade é sagrado; c) o poder é legítimo quando a sua existência, forma e exercício são “consolidados e consagrados” de um longo período⁶; d) a legitimidade pode fundar-se somente na opinião pública, sob a confiança do povo, sob convencimento deste que um tipo de governo melhor responda às suas exigências e elimine todos os motivos que causem medo⁷; e) o exercício do poder legítimo deve variar segundo os objetos aos quais se aplica, levando em consideração tempo e lugar⁸; f) existência de precisas instituições permanentes e uma dada forma de governo, correspondente às opiniões gerais de cada tempo, sendo insuficiente a mera presunção de bom governo⁹; g) instituições e forma de governo se concretizam em garantias legais, tais como: liberdade individual, liberdade de imprensa, independência do poder judiciário e respeito às suas competências, responsabilidade solidária dos ministros no exercício do poder, formação das leis como união de três distintas vontades¹⁰; h) a ação do governo deve ser efetuada com concurso de corporações modernas aceitas e solicitadas pela opinião pública

⁴ Conforme informa SORGI, Giuseppe. *Potere. Tra paura e legittimità*. Milão: Giuffrè, 1983. pág. 158. O autor, afirma que, embora se possa desconfiar das verdadeiras intenções de um personagem histórico como Talleyrand, não se pode negar que seus escritos se elevem a considerações de valor geral.

⁵ Talleyrand-Périgord, mesmo tendo reconhecidos talentos para a vida política, possui uma reputação muito contestada pelos historiadores. Isso se deve, não apenas por uma suposta ausência de um caráter probo, mas principalmente por seu histórico de vinculações a regimes de cariz ideológico diametralmente opostos. Ocupou altos cargos, tanto no governo revolucionário francês - sob Napoleão Bonaparte -, como também no decorrer do período da restauração da monarquia da Casa de Bourbon.

⁶ Em meio as contraditórias ideologias vivenciadas nas diferentes fases de sua vida (ora revolucionária, ora conservadora), aqui destaca-se um elemento de viés mais conservador externado por Talleyrand-Perigord.

⁷ Para chegar a esta conclusão, Talleyrand-Périgord lembra que anteriormente a legitimidade tinha por base o direito divino. Porém, com a mitigação do senso religioso no decorrer do tempo, teria este se tornado argumento frágil para justificar o exercício do poder perante a cidadania.

⁸ Aqui Talleyrand-Périgord faz mais reluzente um seu lado não conservador, apontando para a necessidade de se conceder um olhar mais contextual para o delineamento do conceito de legitimidade, afastando-se, com isso, das posições naturalistas predominantes no período.

⁹ Talleyrand-Périgord afirma que este princípio é condição para que exista tranquilidade, confiança, respeito, adesão, senso de obrigação no povo, o que parece se aproximar em grau elevado às modernas concepções do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Neste princípio, estão, também, alguns dos principais elementos conformadores do Estado de Direito e do Estado Constitucional de Direito, tais como direitos fundamentais e a ideia de tripartição de poderes.

e extraídas do seio da sociedade governada e i) o princípio de legitimidade é um princípio sagrado sobre o qual se apoia toda a ordem social.¹¹

Ferrero já vislumbrava, na época em que analisou os referidos princípios, a agudeza com que foram percebidos e sua atualidade, mesmo passado quase um século. De nossa parte, não apenas reiteramos tal visão, como nos arriscamos a estender essa avaliação aos dias de hoje, praticamente dois séculos após terem sido elaborados.

Na análise de Ferrero, embora se façam perceptíveis algumas confusões terminológicas¹², aproveita ele os elementos de análises do príncipe francês e estabelece de forma clara os pontos centrais de sua própria teoria, os seguintes: a) a força deve pôr-se a serviço da autoridade; b) o princípio da legitimidade é o fundamento do direito de comandar e implica aos cidadãos o senso de obrigação política; c) a alternativa ao governo legítimo é o reino da força bruta, da desordem, da anarquia, a usurpação violenta, a revolução destrutiva que demole inteiras civilizações.

A legitimidade em Ferrero é visualizada a partir de uma perspectiva em que o poder e seus “sujeitos”¹³ elaboram entre si um acordo tácito e implícito acerca de certas regras e princípios que fixam as atribuições e os limites do poder, bem como as modalidades de seu exercício.¹⁴ O poder se faz legítimo quando aceito por aqueles que obedecem (ou, ao menos, pela maior parte destes) e respeitado por aqueles que governam, ou seja, exercitam-no.¹⁵

Problema fundamental que não passa despercebido pelo intelectual italiano é, então, o que trata sobre a desigualdade no âmbito do exercício do poder. Ferrero tem ciência de que uma das grandes problemáticas políticas suscitadas em todos os tempos históricos – e ainda sem resposta definida – decorre da premissa de que, entre todas as desigualdades humanas, nenhuma acarreta consequências tão importantes (e, por isso, tão necessitadas de justificativas) como a desigualdade derivada do poder.¹⁶ Emerge, então, uma antiga questão, que se coloca como central neste contexto: quem possui o direito de comandar de maneira a que os demais se sintam na obrigação de responder /obedecer? ¹⁷

Segundo Ferrero, duas possíveis respostas se apresentam possíveis: ou têm direito de governar os mais fortes ou têm direito de governar os mais sábios. Aceitar

¹¹ Configuram-se os princípios constantes nas letras “h” e “i” elementos fundantes do princípio democrático.

¹² SORGI, Giuseppe. *Potere. Tra paura e legittimità*. Milão: Giuffrè, 1983. p. 161, ao analisar algumas das obras de Ferrero, observa que, por vezes, para significar o mesmo conceito, o autor se utiliza de “princípios de legitimidade” ou “princípios de autoridade”.

¹³ Aqui, sob o risco de não reproduzirmos adequadamente a ideia do autor, preferimos fazer a tradução literal do italiano “soggetti”.

¹⁴ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 310.

¹⁵ Em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999. p. 39.

¹⁶ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore, 2005. p. 27.

¹⁷ Esse certamente é um dos temas mais instigantes da filosofia platônica e que lhe rendeu a classificação “pensador antidemocrático”, utilizada, muitas das vezes, em sentido pejorativo. Já em Górgias, Platão ataca por meio de Sócrates a tese do “justo por natureza” de Cálicles (provavelmente um personagem representativo de um tipo de pensamento da época) de que sendo leis positivas obra dos fracos, violaria a lei natural que prescreve que o melhor prevalece sobre o pior, que o mais forte prevalece sobre o mais fraco e que o mais capaz prevaleça sobre o menos capaz. (Em PLATÃO. *Górgias*. 38-39, 483b-484^a. Disponível

a primeira resposta nos aproximaria da barbárie, da luta perpétua, da ausência de racionalidade. Já a segunda resposta (que parece ser mais razoável) apresenta a dificuldade prática e concreta de se conseguir reconhecer objetivamente aquelas pessoas que, por possuírem uma superioridade intelectual, sabedoria, capacidade e moralidade, pareçam, indiscutivelmente, mercedoras do direito de comandar, pois que seriam dignas de serem obedecidas.¹⁸

Assim, sem definir claramente uma preferência pela democracia ou por uma aristocracia,¹⁹ um regime legítimo seria aquele no qual o poder é estabelecido e exercitado segundo regras fixadas há um tempo considerável (o que demonstra o apreço de Ferrero por uma posição política de cunho mais conservador, no sentido de não filiação a causas revolucionárias)²⁰, observadas e aceitas por todos, interpretadas e aplicadas sem hesitação e sem “flutuações”²¹ por acordo unânime, segundo a letra e o espírito da lei, reforçados pela tradição.²²

Já no que diz respeito à relação entre legitimidade e legalidade, tão em voga nos dias atuais, a posição de Ferrero assemelha-se àquela que seria posteriormente defendida por Bobbio, o que demonstra que sua visão deixará um legado importante em uma das principais vozes da filosofia política italiana do século XX. O elemento formal de legalidade, em Ferrero, não exaure o conceito de legitimidade, já que esta concede substância a um governo fundamentando sobre a aceitação do povo, que nasce por sentimento, tradição, tempo, por convencimento de direito divino ou enquanto projeção da soberania popular. Essa posição teórica defendida por Ferrero vai conceder material teórico para se buscar um conceito de “consenso” (nos dias atuais

em http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=6699. Acesso em: 07 jan. 2021).

Essa posição é rechaçada por Ferrero. Para solucionar o problema de quem comanda, em PLATÃO. *República*. IV, 6, 428-428b. Disponível também em <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/a-repc3bublica-platc3a3o-fcg-5c2aa-ed-1987.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021, o grande filósofo dá clara precedência àqueles com capacidade intelectual avantajada, os filósofos, em detrimento da vontade expressa pela opinião pública, destituída da *sophia* (sabedoria). Essa é uma posição não de todo afastada por Ferrero, que apenas visualiza a dificuldade de, objetivamente, encontrar essas pessoas.

¹⁸ FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999. p. 56-58

¹⁹ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 25 -27, o autor estabelece que, como princípios de legitimidade, o aristo-monárquico, o hereditário, o eletivo e o democrático, que se encontrariam entrelaçados no decorrer da história, concomitantemente lutando e colaborando entre si. Porém, mais adiante, prefere combiná-los, reduzindo a somente dois: o princípio hereditário (ou monarquia dinástica) e o princípio eletivo, que não coincide exatamente com o princípio democrático, mas o compreende.

²⁰ Vinculando-se à posição de Talleyrand-Périgord quando este afirma que o poder é legítimo quando a sua existência, forma e exercício são “consolidados e consagrados” de um longo período.

²¹ Esse seria uma ideia de pouca aceitação em um tempo histórico como o contemporâneo, em que o direito deve conceder sustentáculo não apenas a uma pluriculturalidade, mas também estar atento às demandas multiculturais, o que lhe exige mudanças de rumo exegéticos constantes.

²² FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 208.

capitaneada, principalmente, por Jürgen Habermas)²³, afastando-se da abstração e generalidade, e aderindo a uma aproximação com a história e com a cultura.²⁴

Isso nos leva a uma questão bastante importante na teoria defendida por Ferrero: a relação entre legitimidade e o tempo histórico vivido. Ele evita colocar sobre o conceito de legitimidade todo o peso de uma racionalidade completa, ideal, metafísica e abstrata.²⁵ Assim, é por ele negado que se possa recorrer a uma unidade de medida que hierarquize e declare um tipo de legitimidade melhor do que outra. Nesta direção, utiliza-se o termo “flutuante” para definir esse fluir histórico que circunstancia o conceito de legitimidade e que nega um ideal absoluto de ordem social perfeita. Ou seja, uma validade objetiva em termos de legitimidade somente pode ser avaliada tendo como referência o tempo vivido concretamente pelos povos. É que submetidos estes às experiências históricas²⁶ que cada tempo proporciona²⁷, daí extraem uma lógica interna coerente para delimitar os contornos dessa legitimidade “delimitada”.²⁸

Finalizando essa breve apresentação, faz-se imprescindível que deixemos claro que nos dias atuais a questão da legitimidade é discutida de forma cada vez mais ampliada e sofisticada, levando-se em conta as configurações do Estado contemporâneo. Porém, o que deve ser ressaltado é que nenhum dos princípios estabelecidos por Ferrero (ou mesmo por Talleyrand) foram abandonados ou perderam seu vigor nessa caminhada histórica. Eles se posicionam como marcos incontornáveis na demarcação de qualquer discussão séria sobre os vínculos que se formam na relação entre governantes e governados e, nesse sentido, a legitimidade do exercício do poder se revela predicado essencial do Estado de Direito em suas derivações democráticas.

Referências

BOBBIO, Norberto. Sur le principe de légitimité. In: *Annales de Philosophie Politique*. nº 7. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 310.

²³ Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 142 e seguintes. Para Habermas, é possível perceber uma conexão clara entre o exercício da soberania popular e a criação de um sistema de direitos colocando a questão nos seguintes termos: “podem pretender legitimidade as regulamentações nas quais todos os possíveis afetados possam estar em acordo como participantes de um discurso racional”.

²⁴ Em FERRERO, Guglielmo. *La rovina della civiltà antica*. Milão: SugarCo, 1988. p. 167 e seguintes, obra publicada pela primeira vez em 1921.

²⁵ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 110.

²⁶ Em FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 59, o autor explica que essas experiências históricas são construídas por meio dos costumes, da cultura, da ciência, das religiões, dos interesses econômicos de uma época, ou seja, da “orientação geral dos espíritos” (expressão que aproxima-se da usada por Talleyrand, ou seja “opinião geral do século”), que representa mais do que a mera opinião pública.

²⁷ Nesta perspectiva, FERRERO, Guglielmo. *Potere*. Lungro: Marco Editore 2005. p. 20-22. Nesta visão, a historicidade dos princípios de legitimidade, como o autor cita na p. 57 da obra referida, possui um ciclo vital: nascem, amadurecem, envelhecem e desaparecem, substituídos por outros princípios.

²⁸ Em FERRERO, Guglielmo. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999. p. 60-63, quando o autor afirma que esta lógica interna e coerência são fundamentais para que a legitimidade se incorpore (materialize) historicamente.

_____. *Ricostruzione. Talleyrand a Vienna (1814-1815)*. Milano: Corbaccio, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. 2ª ed., v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

PLATÃO. *Górgias*. 38-39, 483b-484^a. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=6699. Acesso em: 07 jan. 2021.

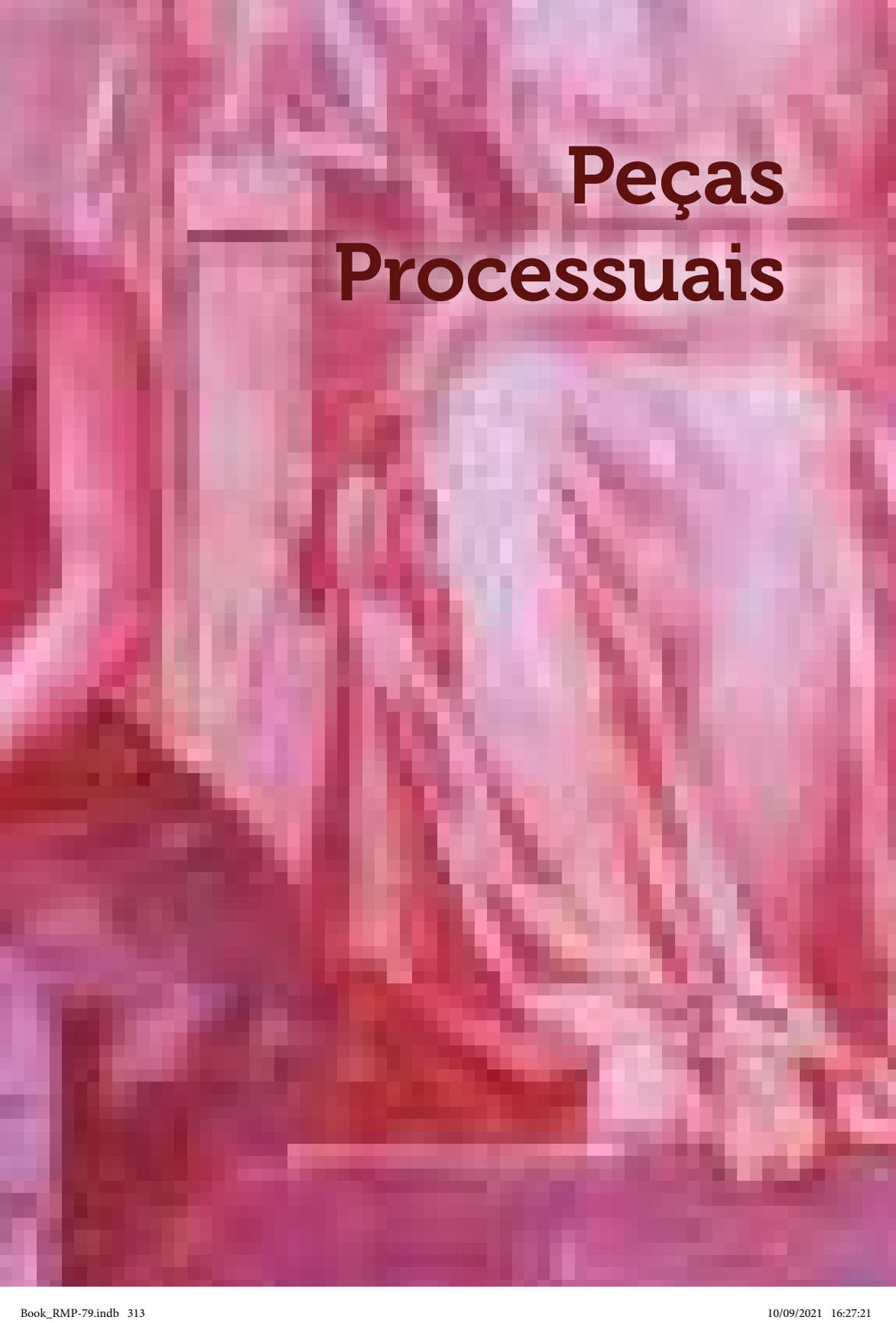
_____. *República*. IV, 6, 428-428b. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/a-repc3bablica-platc3a3o-fcg-5c2aa-ed-1987.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

SORGI, Giuseppe. *Potere. Tra paura e legittimitá*. Milão: Giuffrè, 1983.

TALLEYRAND-PÉRIGORD, Charles Maurice de. *Mémoires*. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/28427>. Acesso em: 11 jan. 2021.



Detalhe da imagem da capa



Peças Processuais

Pareceres

• • •

PARECER

Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça

Processo MPRJ nº 2021.00349556

Origem: Coordenação da Força Tarefa do Caso Marielle Franco e Anderson Gomes

Ref.: Solicita à Chefia Institucional que a Ouvidoria forneça o Protocolo de Internet – IP do denunciante anônimo da comunicação nº 648202

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

1. Trata-se de processo instaurado pela Coordenação da Força-Tarefa instituída com a finalidade de atuar na continuidade das investigações dos assassinatos da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes, no qual é submetida à Chefia Institucional solicitação para que a Ouvidoria institucional forneça o Protocolo de Internet – IP do denunciante anônimo da comunicação nº 648202, cuja cópia encontra-se encartada à fl. 2 dos autos.

2. Apesar de constarem do formulário de comunicação dados referentes ao comunicante, a informação de fl. 5 esclarece que *não há como qualificar o noticiante, visto que todos os dados fornecidos são fictícios (...), bem como que o e-mail utilizado é do domínio mozej.com, que oferece serviços de contas temporárias e descartáveis, restando prejudicado o cumprimento da determinação de fl., eis que a intenção do noticiante certamente era a de permanecer anônimo.*

3. Em cumprimento à determinação de Vossa Excelência, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para manifestação (fl. 7).

II

4. A questão central do caso em tela está diretamente relacionada à possibilidade de o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro utilizar os dados pessoais do comunicante, considerando a sua intensão implícita em preservar o seu anonimato, uma vez que, segundo informação de fl. 5, todos os dados contidos na comunicação nº 648202 são fictícios. Nesse ponto em particular, intui-se que o designio do comunicante em fornecer dados inverídicos na ocasião da comunicação se deu em razão da observação, contida no formulário disponibilizado pela Ouvidoria, que

alerta sobre o possível prejuízo das investigações nos casos em que o comunicante opte pelo anonimato (art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.451/2013¹).

5. Inicialmente, deve ser ressaltado que a Lei nº 13.709/2018² veiculou regras de proteção aos dados pessoais, assim consideradas as “informações relativas a uma pessoa viva, identificada ou identificável, bem como o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa” (art. 5º da Lei 13.709/2018). Podem ser considerados dados pessoais o nome e o apelido, o endereço de uma residência, um endereço de correio eletrônico, o número de um cartão de identificação, dados de localização (v.g.: a função de dados de localização em um telefone celular), um endereço IP (*Protocolo de Internet*), testemunhos de conexão (cookies), o identificador de publicidade do telefone, além de dados detidos por um hospital ou médico, que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca. Portanto, a LGPD visa à proteção da identidade do denunciante.

6. Ainda devem ser esclarecidos alguns aspectos acerca da distinção entre “informação sigilosa” e “informação pessoal”, o que não exigirá maiores esforços, considerando terem sido devidamente diferenciadas e conceituadas pela Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação. Esse diploma normativo, contudo, estatuiu que, quer estejamos perante informação pessoal, quer perante informação sigilosa, o acesso a ambas é restrito.

7. De acordo com a Lei de Acesso à Informação, são consideradas informações sigilosas aquelas submetidas temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado. A proteção das informações sigilosas é tratada no art. 25 da Lei nº 12.527/2011, segundo o qual é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção. O acesso às informações sigilosas é restrito àqueles que tenham a necessidade de conhecer o seu teor. O Decreto nº 7.845/2012 regulamentou procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento da informação classificada em qualquer grau de sigilo.

8. Especificamente quanto aos dados pessoais dos comunicantes em geral, sejam eles utilizados no âmbito da Ouvidoria ou do órgão de execução, é imprescindível que sejam tratados de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. As informações pessoais não são públicas e estão sujeitas a acesso restrito, independentemente de

¹ Salvo no caso de lesão aos direitos humanos, a Ouvidoria não receberá representação, pedido de providência, notícia de irregularidade ou denúncia anônima, exceto aquelas devidamente fundamentadas ou acompanhadas de elemento probatório mínimo.

² Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

classificação de sigilo, devendo o seu tratamento³, como regra geral, ser precedido de consentimento formal do seu titular⁴.

9. Diante desse quadro, poder-se-ia alcançar a conclusão de que, no caso de comunicação anônima, bem como na comunicação na qual se constata a intensão inequívoca do comunicante em permanecer anônimo, como se apresenta no caso em tela, a obtenção de informações destinadas à sua identificação, por meios outros não disponibilizados pelo próprio comunicante, caminharia em norte contrário às normas destinadas à proteção de informações de titulares de dados, entre eles os usuários que apresentam comunicações sobre a prática de infrações penais à Administração Pública.

10. A deferência ao anonimato, especificamente como mecanismo de comunicações anônimas, com o objetivo de combate ao crime e garantia de direitos, deve ser compreendida *cum grano salis*.

11. Concebido o direito fundamental como algo indissociável da pessoa humana, que poderá exercê-lo e usufruir dos benefícios que lhe são inerentes, põe-se o problema de saber se os direitos, mais especificamente aqueles que afetem outros bens e interesses protegidos pela ordem constitucional, podem ser exercidos sem a correlata identificação do seu titular. No que diz respeito à liberdade de expressão, a questão torna-se particularmente relevante em face da fórmula do art. 5º, IV, da Constituição de 1988, que, de modo peremptório, veda o anonimato, significante de origem grega que significa *sem nome*. Com exceção das Constituições de 1824 e de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, todas as demais o proibiram.

12. De início, pode-se afirmar que, longe de se mostrar incompatível com o Estado de Direito, costuma ser invocado e prestigiado em inúmeras ocasiões (v.g.: a utilização do voto secreto, tanto na escolha dos representantes como nas atividades regulares do parlamento). Além disso, pode-se afirmar que a perda de identidade causada pelo anonimato é compensada pelo estímulo à ideologia participativa, permitindo que pessoas em situação de fragilidade não hesitem em expor suas ideias, ou pela garantia de imparcialidade do interlocutor, que não terá seu juízo valorativo influenciado por pré-compreensões a respeito do autor intelectual das informações.

13. A própria ordem constitucional, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, assegurou a todos, no art. 5º, XIV, o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Ao resguardar o sigilo da fonte, terminou por proteger, em última *ratio*, o anonimato. Afinal, o jornalista reproduz o que lhe fora transmitido por outrem, de identidade desconhecida. A experiência tem ensinado que o sigilo da fonte assume vital importância para que os meios de comunicação social possam acessar e divulgar a informação.

³ Art. 5º, X, da LGPD – Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

⁴ Art. 7º, I, da LGPD - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular.

14. A existência de aspectos positivos, no entanto, não permite sejam desconsiderados os negativos. A harmônica convivência social pressupõe a existência de padrões mínimos de respeito mútuo, que podem surgir espontaneamente ou serem impostos pela ordem jurídica, sendo igualmente imperativa a existência de mecanismos de restabelecimento dessa harmonia sempre que ações individuais ou coletivas atentem contra ela. Nessa perspectiva, ao inviabilizar a responsabilização do autor de possíveis ilícitos à honra alheia, o anonimato atua como fator de desestabilização social, ocupando uma posição ontologicamente incompatível com a própria noção de ordem jurídica. Não é por outra razão que algumas ordens constitucionais, como a brasileira, proscvem o anonimato de forma expressa. Para o clássico Barbalho⁵, *“o argumento de ser a proibição do anonymato uma restrição á liberdade não é por si de grande valor. Restrições soffrem e é preciso que soffram todas as liberdades; do contrario, desapareceriam o respeito ao direito e ás suas garantias. A questão é si a restrição é fundada e justa. E isto é inegavel, desde que se observe que ella, no caso, é estatuida para assegurar a responsabilidade do escriptor e que offerece aos offendidos segurança e facilidade de fazel-a effectiva, nada embaraçando á assignatura que o autor diga o que quizer (e deve cada um mostrar essa coragem, si está convencido de que tem razão no que diz). Sobre tudo nas publicações que contêm ataque e allusões ao character, á probidade pessoal ou funccional, a assignatura se impõe como indeclinável, para que a honra offendida não tenha dificuldade de se desaggravar pelos meios legais. E esta exigencia é de si moralisadora; ella dá comedimento; evita a intemperança, as demasias da imprensa; ao passo que o anonymato favorece os abusos e encoraja no máo caminho a covardia que encobre ou disfarça.”*

15. Assim, em linha de princípio, constatada a ilicitude do anonimato, ter-se-ia de concluir pela sua imprestabilidade jurídica. Contextualizada a questão no plano da atividade persecutória do Estado ou, mesmo, da iniciativa privada, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), o anonimato não poderia servir de fundamento ou base empírica para qualquer restrição à esfera jurídica de terceiros. A manifestação de pensamento coberta pelo anonimato ocuparia o plano fático, a montante do direito, não devendo ser por ele tutelada. Essa conclusão, não obstante correta em seus contornos gerais, não deve ser levada a extremos, máxime quando o anonimato é utilizado como forma de viabilizar a colaboração do autor da informação com os dogmas do Estado de Direito. A vedação constitucional ao anonimato possui uma funcionalidade específica, a de evitar abusos no exercício da liberdade de expressão, afetando a esfera jurídica de terceiros sem qualquer consequência jurídica desfavorável para o seu responsável. Partindo dessa premissa, é possível estabelecer uma primeira *summa divisio*: a narrativa de fatos, com referência meramente indireta a pessoas, ocupa extremo oposto aos comentários de ordem estritamente pessoal, geralmente invasivos da privacidade e ofensivos à honra de terceiros. No primeiro caso, o anonimato normalmente viabiliza a colaboração com as autoridades constituídas,

⁵ *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 321.

não devendo obstar a adoção de diligências investigatórias; no segundo caso, serve de instrumento de ofensa à honra alheia, o que aconselha, como regra geral, seja de plano desconsiderado. Entre os extremos, existem caminhos intermédios, que devem ser valorados de acordo com as singularidades do caso concreto, exigindo sejam devidamente ponderados os benefícios a serem alcançados em prol do interesse público e o grau de comprometimento da honra e da imagem alheias.

16. A notícia de um ato ilícito, anônima ou não, a depender da verossimilhança da respectiva narrativa, pode aconselhar a sua devida apuração. Nesse caso, o Poder Público deve agir sempre que estiver autorizado a fazê-lo de ofício: formada uma base probatória mínima, sobre ela se desenvolverá qualquer atividade de persecução do ilícito, não sobre a notícia anônima, juridicamente imprestável. O verdadeiro dogma, com o qual não podem transigir os poderes constituídos, por mais relevantes que sejam os interesses concretos, consiste na impossibilidade de se admitir conexão direta entre a notícia anônima e a consequência jurídica desfavorável na esfera individual (v.g.: indiciamento, acusação etc.). Entendimento similar há de ser adotado em relação às próprias medidas de investigação preliminar que se mostrem invasivas à esfera jurídica individual, como a prisão temporária, a busca domiciliar e a interceptação telefônica. Também elas devem ser antecedidas por apurações preliminares de primeira ordem que apontem para a verossimilhança da narrativa realizada.

17. Para compatibilizar o anonimato com a necessidade de apuração de ilícitos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a própria instauração da investigação deve ser antecedida de “*diligências preliminares*,” de modo a verificar o mínimo de robustez das informações apresentadas pelo noticiante anônimo (2ª Turma, RHC nº 86.082/RS, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 05/08/2008, DJ de 22/08/2008; 2ª Turma, HC nº 90.178/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 02/02/2010, DJ de 26/03/2010; 1ª Turma, HC nº 95.244/PE, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 23/03/2010, DJ de 30/04/2010; 1ª Turma, HC nº 103.418, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 18/10/2011, DJ de 14/11/2011; e 2ª Turma, RHC nº 117.988/RS, rel. Min. p/ o acórdão Celso de Mello, j. em 16/12/2014, DJ de 26/02/2015). Esse entendimento estabelece uma dicotomia entre investigações informais e formais, o que não é digno de encômios. Afinal, toda e qualquer atividade de apuração dos fatos será abrangida pelo conceito de investigação, devendo ser documentada e submetida ao controle dos órgãos competentes, quer para justificar incursões na esfera jurídica individual, quer para explicar a razão dessas incursões não terem sido feitas quando existiam elementos para tanto. De qualquer modo, o que não se deve admitir é o indiciamento de quem quer que seja com base exclusiva em notícia anônima. Por outro lado, é de todo correto o entendimento do Tribunal no sentido de que as interceptações telefônicas não podem ser embasadas exclusivamente em notícias anônimas, devendo ser antecedidas de averiguações preliminares (2ª Turma, RHC nº 99.490/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 23/11/2010, DJ de 01/02/2011; e 1ª Turma, Ag. Reg. no HC nº 120.203/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 10/02/2015, DJ de 4/03/2015).

18. Constata-se que fatos tornados públicos com o auxílio do anonimato podem, a depender das circunstâncias, ser objeto de verificação. O jurídico, no

entanto, conquanto possa encontrar raízes remotas no anônimo, jamais diretas, não o recepciona e o purifica: informações encobertas pelo véu do anonimato não devem contaminar, com sua impureza, investigações e processos comprometidos com a juridicidade, com a pureza conceitual de um sistema fundado no respeito aos direitos fundamentais; o anônimo, assim, deve ser desentranhado do jurídico e posteriormente inutilizado.

19. A expressão do pensamento coberta pelo anonimato, conquanto seja inapta a, por si só, ensejar conclusões a respeito da existência ou da correção de um dado comportamento, não obsta sejam devidamente considerados os elementos probatórios que ofereça, máxime de natureza documental, desde que, por óbvias razões, não estejam cobertos pela garantia do sigilo. O anonimato não tem o condão de apagar fatos já ocorridos na realidade ou tornar injurídicos os elementos de prova que demonstrem a sua existência.

20. A solução simplista, de proscrever o anonimato em todas as suas variantes, não se ajusta à realidade brasileira, tomada pela violência e caracterizada pela vexatória ineficiência do aparato estatal no combate ao crime organizado. O anonimato, em não poucos casos, afasta-se da injuridicidade para tornar-se uma verdadeira garantia, de ordem física e moral, sendo a única forma de viabilizar e estimular a colaboração com as autoridades constituídas. Por outro lado, o recurso ao anonimato não pode obstar que uma pessoa seja responsabilizada pelos ilícitos que venha a praticar, a exemplo do crime de denúncia caluniosa, tipificado no art. 339 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 14.110/2020, *verbis*: “*Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção*”.

21. Sensível à necessidade de proteção dos dados pessoais e ao potencial lesivo do anonimato, a Lei nº 13.709/2018 buscou alcançar um ponto de equilíbrio nessa temática. Além de estabelecer o conceito de dado pessoal (art. 5º, I), que deve ser protegido com especial deferência ao respeito à privacidade e à autodeterminação informativa (art. 2º, I e II), esse diploma normativo dispôs que toda operação envolvendo o tratamento desses dados, incluindo o acesso e a utilização (art. 5º, X), estaria sujeita, como regra geral, ao consentimento do titular (art. 7º, I). De modo correlato a essa regra geral, o seu art. 4º, III, d, excluiu a própria aplicação da Lei nº 13.709/2018 no caso de tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de “*atividades de investigação e repressão de infrações penais*”. E é exatamente isto que ocorre no caso concreto.

22. O comunicante, voluntariamente, dirigiu-se ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e narrou o envolvimento das pessoas que nomeou com os homicídios de Marielle Franco e Anderson Gomes. Tanto a narrativa como os dados afetos ao comunicante, que voluntariamente utilizou uma identidade fictícia, podem ser objeto

de tratamento pela Instituição, sem que haja qualquer afronta à Lei nº 13.790/2018. Estes dados não são cobertos por qualquer espécie de sigilo, pois estão em poder do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em razão de iniciativa, repita-se, do próprio comunicante. Não se verifica, ademais, qualquer ruptura ética nesse obrar, já que o comunicante não foi atraído pela promessa de sigilo de sua identidade ao se dirigir à Instituição.

III

23. Pelo exposto, esta Consultoria Jurídica não opõe óbice ao atendimento do pleito inicial, no sentido de que a Ouvidoria do Ministério Público forneça o IP (*Internet Protocol*) do comunicante às requerentes.

Rio de Janeiro, 21 de maio de 2021.

EMERSON GARCIA
Consultor Jurídico

Peças

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0238988-11.2017.8.19.0001

APELANTE: COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS – CEDAE

APELADO 1: JORGE CLAUDIO DA SILVA

APELADO 2: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ATRIBUIÇÃO: FAZENDA PÚBLICA

Pretensão de responsabilidade civil em face do Município e da CEDAE, empresa pública responsável pelo fornecimento de serviço essencial. Serviço de esgoto entupido. Preliminarmente. Arguição de incidente de assunção de competência. Medida processual contrária à efetividade dos direitos fundamentais de efetividade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei deve impedir sua eficácia. Incidente que atrasa a efetividade da jurisdição e a análise equitativa própria dos dramas individuais vividos pela comunidade, prejudicando o acesso à saúde, e a dignidade do cidadão, que paga pelo serviço público essencial e se vê vítima do mesmo, e do acesso à moradia, que uma vez conquistado, se vê inviabilizado pelo dano causado à saúde, e ao bem estar dos moradores. A forma é exigida por razões de segurança e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo. No mérito. Necessidade de providências de equidade individual que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade dos direitos fundamentais violados. A moradia em condições dignas no que respeita à saúde e condições mínimas de conforto é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III). Sentença omissa quanto à imposição de multa cominatória em caso de descumprimento, posto que como fato beneficiará todos os demais moradores do bairro que estão privados do acesso aos direitos fundamentais. Necessidade de imposição de preceito. Reforma parcial da sentença, para impor

a multa cominatória nos termos deste parecer, afastando-se o incidente, por contrário a natureza do direito pretendido, e pela consequente desvalorização do humano, face a impossibilidade de aferição de juízo de valor, ou seja, de equidade individual, na reparação dos dramas individuais trazidos a análise do Judiciário.

Egrégia Câmara,

Trata-se de recurso de Apelação interposta nos autos de Ação de Responsabilidade Civil com pedido de tutela antecipada, proposta por Jorge Claudio da Silva em face do Município do Rio de Janeiro e da CEDAE – Companhia Estadual de Águas e Esgotos.

O MM. Juiz julgou procedente a pretensão inicial para condenar os réus: i) a promoverem as obras de reparo e desobstrução da tubulação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao imóvel da parte autora, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar do trânsito em julgado; ii) ao pagamento da quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), em favor do autor, a ser corrigido monetariamente a partir da publicação da sentença e acrescido de juros de mora a contar da citação, conforme art. 405 do CC, condenando ainda os réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do inciso I do §3º do artigo 85 do NCPC, na proporção de 50% para cada qual. Julgou, por fim, improcedente a ação reconvenicional.

Razões recursais acostadas (doc. 001044), a Concessionária aduz, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* em razão do refluxo ser causado pela inexistência de galeria de águas pluviais, sendo de atribuição da municipalidade a instalação e manutenção deste aparato público. Afirma que a canalização que abastece os autores é de natureza irregular, assim sendo, a apelada não seria cliente da empresa.

Alega a ilegitimidade ativa da autora, pois os fatos narrados na peça vestibular materializam direito coletivo indivisível, não cabendo ao particular, de forma individual, pretender sua implementação, posto que são problemas crônicos da localidade, devendo esta matéria ser alvo de discussão e apreciação através de Ação Civil Pública.

Quanto ao mérito, declara que sua atividade não é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de Sociedade de Economia Mista. Repulsa o valor do dano moral pelos motivos expostos em preliminar, ao qual alternativamente pede a minoração. Pugna, ao final pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença com a consequente improcedência do pedido.

Contrarrazões (doc. 0001103 e 0001104).

Vejamos a quem assiste razão.

PRELIMINARMENTE

A matéria de fundo versada nos autos além de ser divergente nesse E. Tribunal é atinente à questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público. Tanto é assim que foi suscitado incidente de assunção de competência, pela E. 7ª Câmara Cível, quando o julgamento da Apelação Cível nº 0005852-07.2017.8.19.0001, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO – CEDAE – REDE DE ESGOTO – REPAROS – CANAL DO ANIL – DEMANDA REPETITIVA – INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – INSTAURAÇÃO. – Ação de Obrigação de Fazer objetivando os Autores que a Ré proceda à realização da obra de reparo definitivo da instalação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao seu imóvel, além da reparação moral. – Inequívoco interesse público a justificar a admissão do Incidente, justificando-se, por sua importância, a concentração do julgamento de recursos que, aliás, tem a tendência de se repetir no âmbito do judiciário. – Questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público, a justificar a unificação dos respectivos julgamentos na fase recursal pela E. Seção Cível deste Tribunal, que deliberará, com efeito vinculativo, sobre o julgamento da responsabilidade eventual do Município do Rio de Janeiro e CEDAE sobre as obras e serviços que se pretende realizar no local. – Incidente de Assunção de Competência que se suscita.

O incidente, revela-se contrário à tutela dos direitos fundamentais pretendidos, que são de aplicabilidade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei possibilita sua postergação, como demonstra a Constituição da República, posto que atrasa a efetividade da jurisdição e a análise equitativa própria dos dramas individuais vividos pela comunidade, em razão do entupimento da rede de esgotos e sua consequente situação de insalubridade, prejudicando o acesso à saúde, a dignidade do cidadão, que paga pelo serviço público essencial e se vê vítima do mesmo, e o acesso à moradia, que, uma vez conquistado, se vê inviabilizado pelo dano causado à saúde e ao bem estar dos moradores.

Nesse sentido, a lei ordinária federal, através do Código de Defesa do Consumidor, reafirma sua importância ao conferir legitimação à suas vítimas nas situações de consumo, onde não seja observada, pelo serviço responsável, a efetividade de direitos fundamentais.

Nesse sentido o art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em *juízo individualmente*, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tratando-se de direito fundamental de efetividade imediata, qualquer restrição à sua efetividade contrasta com os comandos da Constituição da República.

Nesse sentido, cabe lembrar, que *a forma é exigida por razões de segurança, e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo!*

Em outras palavras, estamos tratando de direito social fundamental de efetividade imediata, onde a correlação hipotética entre o direito e o titular que o pretende em juízo é adequada, não se devendo confundir efeitos de *fato* da sentença de mérito, com os limites *subjetivos* da *coisa julgada*.

O fato de a sentença, em relação ao autor, beneficiar como *fato* os demais moradores apenas indica a necessidade de análise individual dos dramas de cada família, decorrentes da omissão do Município e da empresa pública responsável pela prestação do serviço.

Devemos ter em conta que a equidade individual deve ser aferida em cada caso concreto, de forma a se realizar a verdadeira justiça e não generalizar o drama com desvalorização do humano, transformando em demanda estrutural reparações que merecem toda a atenção do Judiciário de forma a se realizar uma justiça mais perfeita.

Nesse sentido, a sentença foi ineficiente ao não impor sanção cominatória pelo descumprimento do prazo estipulado para as obras necessárias aos reparos no serviço essencial.

No Direito Romano, “a coisa julgada entre uns não prejudicava outros” (*Res inter alios iudicatae nullun aliis praeiudicium faciunt*) (1 D.44.22). Além desta passagem de Ulpiano, há uma resposta de Paulo que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu Paulo: “Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro” (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 D.3.2).¹

¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p.478.

Já no Direito germânico, a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros.²

Da fusão dessas duas tendências provém, no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não contendores. Ao contrário: ela é FATO jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não pode ser apagado da realidade. Apenas esse FATO não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que DE FATO não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro. Chioenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, DE FATO, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, DE FATO, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos DE DIREITO, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação DE FATO de terceiros, mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, DE FATO, e por via de consequência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui, propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera *de iure, inter partes*, mas de fato, *erga omnes*. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de lhering sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos.³

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas, a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos.⁴

No nosso caso específico, a sentença como FATO beneficiará todos os demais moradores do bairro que estão privados do acesso aos direitos fundamentais à saúde e à moradia com dignidade.

Portanto, é importante sempre repetir, que, para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo

² CHIOVENDA, *Instituições*, Vol. I, p. 572.

³ Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*: Hofmann, *Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, p. 37 e ss.; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. Rosenberg, Lehrbuch, par. 152, p.514, par. 157, p. 532 e ss.; LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 73 e ss., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. Tornaghi sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de Libman, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições*, vol. I p. 479.

⁴ ALLORIO, ob. cit. LIEBMAN, *A coisa julgada nas questões de Estado*, artigo publicado na revista La Ley, Buenos Aires, 1939. Publicado na Revista Forense, vol. 82, p. 272 e ss.

autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Assim, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo. Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

Nesse sentido, estabelece a Constituição da República como direito fundamental de natureza social e dever do Estado de efetividade imediata, o acesso à saúde, que está sendo negado pelas condições a que está sendo submetido o autor, a moradia, que uma vez conquistada é inviabilizada pela má prestação do serviço público, e da dignidade da pessoa, que se vê impelida a viver em condições insalubres apesar de pagar pelo serviço público de natureza essencial.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não se deve esquecer que a moradia em condições dignas no que respeita à saúde e condições mínimas de conforto é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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 os Direitos à saúde e à moradia (art. 6º).

Não é por outra razão que a nossa Constituição cidadã de 1988 assegura a efetividade desses direitos fundamentais.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);

b) das prerrogativas inerentes:

-à nacionalidade (art. 12);

-à soberania (popular arts. 14 a 16);

-à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequências do preceito constitucional:

1º - alarga o campo da jurisdição de equidade;

2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;

3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais⁵.

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§ 1º- As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos⁶. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu

⁵ Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver TORNAGHI, Hélio: *O mandado de injunção*, Revista de Processo nº 5, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz, *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p.133 e ss., Editora Freitas Bastos, 2ª edição 2013.

⁶ Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemónios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada., COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*, p. 233.

em forma de direitos⁷. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que se introduziu entre nós para a proteção ‘dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania’, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo de ferramenta forjadora de direitos⁸.

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”⁹, lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano, “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes”. “Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução”.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.¹⁰

⁷ O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem-estar do povo é a lei suprema. BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia...* p.293.)

⁸ TORNAGHI, Hélio, “*O mandado de injunção*”. Revista do Ministério Público, Vol. I, p.54.

⁹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol.II, p.1 e ss.

¹⁰ A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei. BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia...* p.252.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiquéia), como acontecia, por exemplo na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, em contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto¹¹.

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.¹²

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando ele próprio a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

No presente caso, a falta de providências do Município e da empresa pública deve ensejar *medidas de equidade individual* que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade dos direitos fundamentais violados.

Nesse aspecto, a reparação imediata com a imposição de penalidade pelo descumprimento se revela o mecanismo mais apropriado de forma a se dar cumprimento à Constituição da República.

Em sentido contrário, qualquer medida de banalização do problema e do drama individual, tornando coletiva uma ação individual que pretende a efetividade imediata de um direito fundamental garantido na Constituição da República.

Nesse sentido, nos manifestamos contra o incidente de assunção de competência por considerá-lo contrário à natureza do direito pretendido e sua efetividade constitucional, bem como a perfeita reparação às lesões individuais.

¹¹ TORNAGHI, Hélio, *O mandado de injunção*, Revista de Processo, nº 5, p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco, ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz, *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

¹² FONTES, André, *Jurisdição de equidade e equidade criação*. Revista Justiça & Cidadania nº 34, p. 23.

Tratando-se de direito fundamental, a decisão de efetividade individual beneficia como *fato* todos os demais moradores.

A propósito, não se trata de tutela que expresse possibilidade de irreversibilidade do direito, nos termos do artigo 300 do CPC, posto que sua reparação e imposição de multa pelo descumprimento é mecanismo que pune o desvalor do governo em relação ao indivíduo e impõe sanção pecuniária ao agente político que mal administra os recursos públicos não os direcionando à satisfação das necessidades básicas do cidadão na tutela de seus direitos fundamentais.

Portanto, devem ser impostas medidas que aliviem o sofrimento das pessoas nesta situação indigna de insalubridade e obriguem o Poder Público a realizar as adaptações necessárias à adequação dos seus serviços aos preceitos que regulamentam os parâmetros de valoração do direito fundamental.

Assim, usando do mesmo mecanismo de construção do direito a partir da equidade, da reparação e da sanção por omissão, se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio.

Quando exerce jurisdição lastreada somente na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se tem decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.¹³

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 regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção.

Nesse sentido, deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

¹³ FONTES, André, *idem*, p. 23.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir as hipóteses de falta de efetividade do Direito fundamental.

Desta forma, a reparação de efetividade de direito fundamental deve, como expressão de juízo adequado de equidade à situação posta em análise, ser concedida de forma a amenizar a situação de sofrimento dessas famílias, que, uma vez atendida, impulsionará o Poder Público a tomar as providências necessárias a normalização do serviço essencial.

Por outro lado, a condenação por multa cominatória por descumprimento impõe ao poder público o dever de impedir o crescimento de indenizações que podem alcançar valores compatíveis com a solução do problema por iniciativa dos próprios atingidos.

Em outras palavras, ou faz ou vai pagar tanta multa que o particular pode contratar serviços particulares e buscar a regularização do problema.

Afirmamos isso, posto que as ações coletivas têm afastado o particular de seus efeitos, sempre proferidos por decisões para reestruturação do serviço que na grande maioria das vezes não é atendida, ou atendida parcialmente, sem a participação direta dos atingidos, desvalorando o humano e o direito fundamental correlato.

Por estas razões, a sentença deve ser reformada no sentido de impor sanção pecuniária por mês de descumprimento na regularização do reparo ao serviço de natureza essencial, equivalente ao valor do dano moral, ou seja, pagamento de multa de R\$ 5 mil reais ao morador, a cada mês vencido após os 120 dias impostos na decisão de primeira instância.

Pelo exposto, espera o Ministério Público a reforma parcial da sentença, para impor a multa cominatória nos termos supra referidos, afastando-se o incidente, por contrário à natureza do direito pretendido, e pela conseqüente desvalorização do humano, face a impossibilidade de aferição de juízo de valor, ou seja, de equidade individual, na reparação dos dramas individuais trazidos à análise do Judiciário.

É o que me parece

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2019.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

Procurador de Justiça

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Origem: Vara de Família e da Infância e da Juventude e do Idoso da Comarca de Itaguaí

Processo nº 0004802-03.2019.8.19.0024 (Ação Civil Pública)

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravados: Município de Itaguaí

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR 1º VICE-PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO RIO DE JANEIRO, pelos Promotores de Justiça que esta subscreve, com fundamento nos artigos 1.015, I, do Código de Processo Civil, vem interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

contra a r. decisão de f. 66/71, proferida nos autos do processo em epígrafe em 07.08.2019, que concedeu apenas parcialmente a tutela provisória requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, requer seja o presente recurso levado à livre distribuição, para uma das Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2019.

VINICIUS LEAL CAVALLEIRO

Promotor de Justiça

FERNANDA ABREU OTTONI DO AMARAL

Promotora de Justiça

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Município de Itaguaí

RAZÕES DO AGRAVANTE

EGRÉGIO TRIBUNAL COLENDIA CÂMARA

I – INTRÓITO NECESSÁRIO

O presente agravo de instrumento tem por origem a ação civil pública n. 0004802-03.2019.8.19.0024, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município de Itaguaí, tendo como fundamento, em síntese, a ausência de suporte municipal mínimo a permitir o funcionamento de dois equipamentos de acolhimento institucional da Comarca, quais sejam, a casa Lar Cantinho da Esperança e o Abrigo Infante-juvenil.

Da extensa análise relatada na inicial, extraiu-se que, muito embora o Município de Itaguaí estivesse em condições de arcar com as despesas estabelecidas constitucionalmente para manter os referidos lares, não houve por parte dos seus gestores a necessária diligência para tal cumprimento.

O resultado foi desabastecimento e a precariedade dos equipamentos de acolhimento e, por conseguinte, a flagrante lesão dos direitos daqueles que, por carência de opção, necessitam da prestação desse serviço público.

Conforme vastamente comprovado ao longo das investigações que culminaram com a propositura da ação civil pública, o Prefeito do Município de Itaguaí e a Secretária Municipal de Desenvolvimento Social, responsáveis diretos por esse serviço público, não vêm cumprindo os patamares mínimos de aplicação de recursos para atendimento aos abrigos, apesar de haver previsão em leis orçamentárias.

Está patentemente demonstrado que a opção desses gestores prioriza despesas não essenciais ao Município, em detrimento dos aparelhos de acolhimento infante-juvenil, sendo certo que essas escolhas não encontram respaldo constitucional e legal e, portanto, justificam a intervenção do Poder Judiciário.

Oferecida a demanda, o *Parquet* requereu ao juízo monocrático que determinasse, em sede de tutela de urgência, uma série de medidas necessárias a mitigar as consequências já drásticas, o que foi, em parte, deferido pelo douto Juízo de primeiro grau.

E para que as medidas de tutela provisória requeridas fossem, fática e celeremente, cumpridas pela gestão do Município de Itaguaí, notadamente pelo Prefeito e pela Secretária Municipal de Desenvolvimento Social, foi requerida a

determinação de multa pessoal a esses gestores em caso de descumprimento. Contudo esse pedido específico foi indeferido pelo r. Juízo, sob a seguinte argumentação:

Por fim, o requerimento de fixação de multa pessoal do ordenador de despesas e da Secretário Municipal de Assistência Social também deve ser indeferido, tendo em vista que as obrigações a serem cumpridas são de responsabilidade do ente público local que apenas utiliza tais agentes para manter a máquina pública em funcionamento.

Outrossim, como tais agentes não fazem parte do polo passivo, eventual conduta desidiosa ou capaz de gerar dano ao patrimônio público poderá ser apurada no bojo de um procedimento de improbidade administrativa no juízo pertinente, o qual, em caso de procedência da ação, poderá aplicar aos réus, após o regular contraditório, todas as sanções previstas na Lei nº 8429/1992.

Em decorrência desse entendimento, o douto Juízo optou por fixar multa *ao próprio Município de Itaguaí*, no valor fixo de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), por descumprimento de quaisquer dos pedidos requeridos e deferidos em sede de tutela provisória.

Sobre esse ponto, em que pese o MPRJ não desconhecer a jurisprudência majoritária a respeito da aplicação da multa pessoal ao gestor da pessoa jurídica de direito público interno, também invocada pelo d. Juízo que proferiu a decisão parcialmente transcrita acima, é certo também que é dever ministerial demonstrar que existe entendimento em sentido diverso e que, a nosso ver, tutela de forma mais contundente o interesse público objeto da ação.

Assim, insurge-se o Ministério Público através do presente recurso, conforme o mérito recursal a seguir, objetivando-se a reforma da decisão.

II – MÉRITO RECURSAL: DA NECESSIDADE, *IN CASU*, DE COMINAÇÃO DE MULTA PESSOAL AO PREFEITO DE ITAGUAÍ E À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Conforme mencionado no resumo acima, a r. decisão indeferiu, entre outros pedidos, a cominação de multa pessoal aos gestores diretamente responsáveis pela deficiência do serviço público ora em questão, quais sejam, o Prefeito do Município de Itaguaí e a Secretária Municipal de Desenvolvimento Social.

E como forma de compelir o Município de Itaguaí a cumprir as determinações deferidas em sede de tutela de urgência, a decisão judicial optou por cominar multa ao próprio ente público e tão somente a ele, no valor de R\$80.000,00 pelo descumprimento de quaisquer dos itens citados.

A multa por descumprimento, também conhecida pela nomenclatura *astreintes*, é o meio de coerção utilizado para dotar de efetividade a decisão judicial. No ordenamento vigente, as *astreintes* têm previsão no art. 814 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

O objetivo¹ das *astreintes* é simples: conferir a efetividade necessária ao mandamento ao qual está vinculada, ou seja, permitir, em maior grau, que a obrigação seja cumprida por quem é de direito fazê-la, seja ela decorrente de um título extrajudicial ou de uma decisão judicial, como ora *in casu*.

O entendimento que ora se expõe é que a aplicação dessa coerção puramente à pessoa jurídica de direito público não é o modo mais efetivo de compeli-lo à realização da decisão judicial², uma vez que o ente público apenas blindará eventuais decisões do seu gestor em relação a não efetivação do serviço público. E foi justamente por conta de decisões desidiosas dessa natureza que o Ministério Público ingressou com a presente ação civil pública.

Nesse sentido, parte da doutrina especializada³ expõe a questão das *astreintes* e o prejuízo de o Município, já lesado pelas condutas desidiosas, ser também lesado pela aplicação de multas (ANEXO 1):

(...) não obstante tenha restado pacificado o entendimento tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial de que é cabível a aplicação das *astreintes* nas execuções contra a Fazenda Pública, constatou-se na prática a sua inefetividade, diante da ausência de uma vontade humana específica a ser influenciada psicologicamente pela imposição da referida medida, pelo que acabaria projetando-se por longo período sem acarretar qualquer resultado prático,

¹ Desde os estudos da Ciência Política sobre a formação de um Estado e de suas leis já se fala sobre a importância da cominação de penalidades a fim de ver cumprida uma determinação legal. Nesse sentido: “Governar implica o poder de baixar as leis. É essencial à ideia de uma lei que ela seja respaldada por uma sanção ou, em outras palavras, uma penalidade ou punição pela desobediência [O Federalista. *In*: Os Clássicos da Política (Francisco Weffort – org.). 5ª ed. São Paulo: Ática, 1995, v. 1, art. XV, p. 270 *apud* Bucci, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

² Há até mesmo entendimento doutrinário no sentido de que as *astreintes* sejam revertidas para o próprio ente estatal, o que seria contraditório com a aplicação de multa somente ao ente. Nesse sentido: GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 209.

³ Artigo disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.05.PDF. Acesso em: 07 out. 2019.

esquecida que ficaria na fila dos precatórios. Isso, porque tal situação permite, dentre outras coisas, que o agente público especificamente responsável pelo cumprimento do comando judicial possa dele se esquivar injustificada e reiteradamente, já que, na pior das hipóteses, quem arcará com a multa é o erário.

A pessoa jurídica de direito público interno é, em regra, representada pelo seu gestor máximo (chefe do Poder Executivo ou Presidente das demais entidades da Administração). E, no caso dos municípios, estes serão representados em juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito ou procurador, conforme expressamente dispõe o art. 75, III, do Código de Processo Civil.

No presente caso, o Ministério Público requer sejam compelidos a cumprir a decisão judicial o Prefeito do Município de Itaguaí e a Secretária Municipal de Desenvolvimento Social⁴ a fim de mitigar as equivocadas decisões de gestão por esses mesmos gestores tomadas e fartamente narradas ao longo da petição inicial.

Nessa linha, oportuna se faz a citação do expoente Fredie Didier Junior⁵:

De qualquer sorte, para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada.

Relembre-se que, como argumento, o d. Juízo de primeiro grau inferiu pela não aplicabilidade da multa pessoal em razão de as condutas desidiosas dos gestores serem passíveis de sanção por improbidade administrativa. Contudo, o instituto da improbidade não se confunde com o das astreintes, tendo em vista que a sanção por improbidade administrativa não se confunde com o mecanismo coercitivo em sede de ação civil pública.

Também acompanhando esse raciocínio, Sidney Fiori Júnior⁶, em trabalho doutrinário que desenvolve tese substancial e bastante similar à proposta nessas razões de agravo de instrumento e na ação civil pública em questão, defende (ANEXO 2):

⁴ Escolhida pelo Prefeito para conduzir a pasta de Desenvolvimento Social e, por consequência, ser a responsável pela condução das políticas públicas nessa seara.

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, v. 5, p. 449.

⁶ Artigo disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/multa_pessoal_gestores.pdf. Acesso em: 04 out. 2019, p. 2/3.

Interessante observar que o devedor da obrigação estatal é o ente público e o título deste artigo diz respeito à responsabilidade do gestor pela inércia do Poder Público.

Esta responsabilidade pessoal do gestor é a interpretação mais justa e coerente que se pode fazer do ordenamento, pois não se afigura razoável que o ente público seja punido pela inércia do agente que o representa.

Ora, o impulso para a alocação das rubricas nas leis orçamentárias, a realização de uma licitação para a contratação de um serviço, enfim, a consumação de um ato administrativo depende da vontade do agente público responsável pela ordenação das despesas, pois a administração pública é gerida por pessoas, as quais representam a vontade momentânea do Poder Público. A teoria do órgão, tão bem delineada na doutrina de Hely Lopes Meirelles, revela exatamente estes aspectos orgânicos entre autoridade pública e administração, que se confundem numa vontade só.

Entretanto, segundo a doutrina mencionada, a pessoa jurídica de direito público é quem responde objetivamente (art. 37, §6º, CR/88) pela ação ou omissão de seus agentes, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não podemos concordar com a submissão do poder público a mais uma punição, ou seja, não parece justo/coerente que o Estado seja responsabilizado judicialmente pela omissão de uma pessoa física descomprometida com a causa infanto-juvenil. Primeiro, o ente público foi punido por não ter um gestor eficiente no trato das necessidades coletivas das crianças e adolescentes, figurando como réu (a pessoa jurídica) em ação cominatória de obrigação de fazer e, depois, ainda, será novamente punido na fase de cumprimento de sentença, tendo que pagar quantia certa pela soma das multas?

Em seu trabalho, Fiori Junior⁷ aborda especificamente a peculiaridade da tutela dos direitos de crianças e adolescentes, ao defender que:

(...) calcado no princípio da eficiência, de alçada constitucional, a fixação das astreintes contra a pessoa do gestor representa imensas vantagens para a obtenção da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Sendo certo que o direito da criança e do adolescente compõe o microcosmo da tutela coletiva e que

⁷ Idem, p. 13.

a Lei 8.069/90 é taxativa, em seus artigos 54, §2º, 73 e 216, quanto à possibilidade de se impor responsabilidade pessoal contra o agente responsável pela ação ou omissão do ente estatal, é mister que os operadores do direito se atentem para esta possibilidade, evitando-se o duplo prejuízo aos jurisdicionados, que primeiro não recebem a tutela específica e, depois, ainda veem o ente estatal sendo punido com a imposição de multas diárias.

E no âmbito da jurisprudência, diversos julgados já acolhem a pretensão ministerial acerca da possibilidade da aplicação das astreintes ao representante legal da pessoa jurídica de direito público, entre os quais destacamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. ASTREINTES. VALOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI Nº 7.347/85.

1. O pedido de minoração da quantia arbitrada a título de astreintes não ultrapassa a barreira do conhecimento, uma vez que o valor confirmado pela Corte de origem - R\$ 5.000 (cinco mil reais) por dia - não se mostra manifestamente desarrazoado e exorbitante. Por conseguinte, sua modificação dependeria de profunda incursão na seara fático-probatória. Incidência da Súmula 07/STJ. 2. *A cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei nº 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais.* 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ, REsp 1111562/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 25/08/2009).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. *CONTEMPT OF COURT* E FAZENDA PÚBLICA. 1. A decisão que em sede de mandado de segurança impõe obrigação de fazer é essencialmente mandamental, sendo subsidiariamente substituída por perdas e danos, no caso de real impossibilidade de cumprimento, diante da interpretação analógica do art. 461 do CPC. 2. O *contempt of court* civil do direito anglo saxão, como meio de coerção psicológica do devedor, decorre da concepção de que a autoridade do Poder Judiciário é intrínseco à sua própria existência. 3. *Provido o agravo para que o juiz adote todos os meios capazes de dar efetividade à jurisdição, registrando que a aplicação de astreintes à Fazenda Pública é ineficaz como meio de coerção psicológica, já que sujeitas*

ao regime do precatório. 4. Nas causas envolvendo o erário público, a coerção somente será eficaz se incidir sobre o agente que detiver responsabilidade direta pelo cumprimento da ordem, reiterada e imotivadamente desrespeitada. (TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento 97.02.29066-0, 3ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Ricardo Perlingeiro, j. em 22/05/2001).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PENA DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM-DESTINATÁRIO-IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO AO ENTE PÚBLICO. *Em ação de obrigação de fazer, a multa pelo descumprimento da ordem judicial tem fundamento no art. 14, V e parágrafo único do CPC, deve ser imposta não ao ente público respectivo, mas sim ao agente público que, estando obrigado a cumpri-la, deixa de fazê-lo. (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0216.11.000892-9/001, Rel. Des. Edílson Fernandes, Rel. para o acórdão Des. Maurício Barros, j. em 06/09/2011) – ementa parcial.*

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE ÍNDICE – PLANO COLLOR. DESCUMPRIMENTO. MULTA COERCITIVA. IMPOSIÇÃO À PESSOA JURÍDICA E AOS SEUS REPRESENTANTES. MANUTENÇÃO. PRAZO. PRORROGAÇÃO. *A autoridade impetrada não é estranha ao processo, seja pelo aspecto de defesa do ato impugnado e de sua reforma, caso concedida a segurança, seja por ser o canal de comunicação processual da pessoa jurídica que, não dispondo de vontade nem de psiquismo, não pode ser diretamente constrangida nem convencida a coisa alguma. Para o efetivo cumprimento da obrigação originada da decisão judicial, ou obtenção de resultado equivalente, perfeitamente cabível a imposição de multa coercitiva aos representantes da pessoa jurídica, por serem seu verdadeiro substituto processual. (...) Recurso conhecido e provido, parcialmente. Decisão unânime (TJDFT, Agravo regimental no mandado de segurança nº 1998002003182-7, Rel. Des. Edmundo Minervino, j. em 11 de julho de 2001).*

No corpo deste último aresto, o Desembargador relator, impondo as astreintes pessoalmente ao Governador do Distrito Federal e ao Secretário de Governo, asseverou que:

Em primeiro lugar, a autoridade impetrada não é estranha ao processo, não “apenas quanto ao aspecto da defesa do ato impugnado e de sua

reforma, caso concedida a segurança”, conforme alega. Ela também não é estranha ao processo, porque é ela o canal de comunicação processual da pessoa jurídica, nesta especialíssima ação que é a de Mandado de Segurança, conforme se antecipou na decisão agravada. E é verdadeiro substituto processual da pessoa jurídica, de acordo com entendimento jurisprudencial atual da Egrégia Corte Superior de Justiça.

De sua vez, estranho não é, tampouco, aquele que representa, política e administrativamente, a pessoa jurídica, e de quem dependem, em última análise, as decisões desta.

As pessoas jurídicas, repita-se o que restou assentado na decisão agravada, não são senão ficções do Direito. Elas se expressam através de pessoas físicas. Elas decidem, através de pessoas físicas. Logo, quando a lei processual faculta ao Judiciário a imposição de meios coercitivos atuantes sobre a vontade e o psiquismo das pessoas, de modo a lograr o cumprimento das obrigações já reconhecidas, por óbvio que lhe faculta fazer incidir essa coerção sobre o psiquismo daquelas pessoas que dispõem de vontade, e através de cuja vontade se expressa a “vontade” das pessoas jurídicas. Não reconhecê-lo equivale a negar vigência à lei.

(Agravamento regimental no mandado de segurança n. 1998002003182-7. Relator Des.: EDMUNDO MINERVINO, DJe: 11.07.2001).

Também foi salientado pelo i. Relator o seguinte trecho da sentença recorrida:

Por outro prisma, certo é que a imposição da multa coercitiva (“astreinte”), unicamente à pessoa jurídica, pode resultar inócua, caso não seja capaz de sensibilizar seus agentes responsáveis, a quem não vai ser imposto, diretamente, qualquer sacrifício patrimonial. Com efeito, é isso o que, lamentavelmente, vem demonstrando a experiência judicial em nosso país. Em verdade, tem-se revelado ineficaz, do mesmo modo, a simples previsão da possibilidade (remota) de eventual ação de regresso, da pessoa jurídica contra o agente responsável.

Nessa perspectiva, considerando a finalidade da própria norma (que deve, sempre, balizar sua interpretação), tenho que cabível é a imposição de multa coercitiva também ao agente responsável pelo inadimplemento, como único meio de fazer valer a teleologia do preceito. Se a função da astreinte não é punitiva ou sancionatória, mas sim, coercitiva, o que lhe empresta sentido jurídico é seu

poder de influenciar na vontade, no psiquismo, da pessoa de quem depende o adimplemento da obrigação, de sorte a convencê-la que é melhor fazer cumpri-la do que suportar a multa diária. E é de sabença geral que as pessoas jurídicas se exprimem por seus representantes, por seus dirigentes, por seus agentes (pessoas físicas); elas, como ficção jurídica que são, não dispõem de vontade nem de psiquismo. Logo, não podem ser diretamente constrangidas nem convencidas de coisa alguma.

O MPRJ não desconhece que o mencionado acórdão foi reformado, em sede do Recurso Especial n. 855.738 – DF, “para excluir a imposição de multa diária ao Governador do Distrito Federal e à Secretária de Gestão Administrativa”. Contudo, reafirma que o entendimento contrário melhor se amolda à proteção de direitos fundamentais e que não há decisão vinculante a impedir este Tribunal de analisar a pretensão ministerial ora defendida.

Aprofundando a defesa do acolhimento dessa tese, ressaltamos que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com fulcro no precedente do STJ citado acima (RESp n. 1.111.562), vem se posicionando pela possibilidade de imposição pessoal das astreintes ao gestor público responsável pelo cumprimento da ordem judicial, mesmo que ele não componha a relação jurídica processual:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO MÉDICO – PEDIDO PROCEDENTE – *ASTREINTE IMPOSTA CONTRA O ENTE ESTATAL E CONTRA O AGENTE PÚBLICO OU POLÍTICO RESPONSÁVEL PELO CUMPRIMENTO DA MEDIDA JUDICIAL – POSSIBILIDADE* – OMISSÃO IDENTIFICADA – ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

(TJPR – 5ª C.Cível – EDC – 1201896–5/01 – Arapongas – Rel.: Marcos S. Galliano Daros – Unânime – J. 25.08.2015).

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE À POPULAÇÃO. ENUNCIADO N.º 16 DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO FORMALIZADA POR MÉDICO ESPECIALISTA. IRRELEVÂNCIA DE O FÁRMACO NÃO SE ENCONTRAR INSERIDO NOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DESCUMPRIMENTO DE DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

OU À SAÚDE (CF, ARTS. 6.º E 196) QUE PERMITE A CHAMADA “JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”. *IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA AO AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, AINDA QUE NÃO TENHA PREVIAMENTE INTEGRADO A RELAÇÃO PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DO VALOR DA MULTA PORQUE RAZOÁVEL. CUSTAS PROCESSUAIS DEVIDAS PELO ESTADO DO PARANÁ DE ACORDO COM O ENUNCIADO N.º 37 DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA INDEVIDOS NA ESPÉCIE. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ENUNCIADO N.º 02 DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. APELAÇÃO, PELO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDA, COM A CONFIRMAÇÃO, NO MAIS, DA SENTENÇA RECORRIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.*

(...)

(5) É de ser mantido o valor da multa cominatória quando se mostra razoável ao cumprimento da obrigação imposta porque ela é meio de coerção e não de punição, não interessando à Justiça, por isso, sua aplicação em proveito da parte e sim à efetividade do provimento jurisdicional. (6) *A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial que impõe uma obrigação de fazer poderá ser direcionada ao próprio administrador, por meio de quem se exterioriza a pessoa jurídica de direito público a que pertence, de modo que pela desobediência haverá de ser pessoalmente responsabilizado, mesmo pela imposição de sanção de natureza pecuniária, pois o que interessa à Justiça não é a aplicação da multa em proveito do exequente, mas o cumprimento da obrigação imposta e, por conseguinte, a efetividade do provimento jurisdicional, notadamente porque no caso em exame o bem jurídico constitucionalmente tutelado é a “saúde”, que constitui direito fundamental do cidadão.*

(...)

(TJPR – 5ª C.Cível – ACR – 1338659–1 – Telêmaco Borba – Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira – Unânime – J. 14.07.2015).

A propósito, é imperioso citar o brilhante trabalho desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR, o qual realizou extenso e robusto trabalho acerca da tesa ora

defendida, do qual extraímos os julgados do TJPR acima colacionados e cujo interior teor ora nos reportamos⁸ (ANEXO 4).

O argumento de que a aplicação de multa pessoal ao gestor que não integra o polo passivo da demanda fere o princípio do contraditório e a ampla defesa não merece acolhimento, uma vez que tais gestores, como fartamente já defendido, são os responsáveis legais e diretos do ente público. Sendo esses gestores os responsáveis pela não efetivação direitos fundamentais tutelados em sede de ação civil pública, por que não admitir a possibilidade de os mesmos serem responsabilizados pela reiterada inércia? Sobre esse ponto:

No tocante à eventual lesão às garantias do contraditório e da ampla defesa, o Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira esclareceu, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1189591-9, que o entrave pode ser contornado por meio da concessão de um prazo razoável para o cumprimento da obrigação e da intimação pessoal do gestor público, de forma que seja oportunizada a ele, em tempo, a apresentação de defesa e a intervenção na lide, computando-se a incidência da multa somente após a sua prévia comunicação, conforme orienta a Súmula nº 410 do STJ. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. ORDEM PARA QUE O E. P. PROPORCIONE VAGAS, EM CENTROS DE SOCIOEDUCAÇÃO, AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI. DESCUMPRIMENTO DE DIREITO FUNDAMENTAL À PRIORIDADE ABSOLUTA E À PROTEÇÃO INTEGRAL (CF, ART. 227) QUE PERMITE A CHAMADA “JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS”. LIMINAR DEFERIDA. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA AO AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE, AINDA QUE NÃO TENHA PREVIAMENTE INTEGRADO A RELAÇÃO PROCESSUAL, MAS DESDE QUE TENHA SIDO INTIMADO PESSOALMENTE, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO APENAS PARA SE RECONHECER, POR ORA, INEXIGÍVEL A MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA. (1) “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes” (STF, 1.ª

⁸ CONSULTA N.º 51/2015, disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Consulta_n_51_2015_2PJ_Antonina_Stephanie_ACP_Obrigacao_Fazer_Astreintes_Gestor_Publico.pdf. Acesso em: 04 out. 2019.

Turma, AgR. No AgInstr. n.º 708.667/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.02.2012). (2) Ao não proporcionar meios e condições adequadas ao cumprimento de medidas socioeducativas, seja de internação ou de semiliberdade, mantendo adolescentes em locais impróprios por período superior ao permitido pelo art. 185 da Lei Federal n.º 8.069/1990, como em Delegacias de Polícia, o Estado viola dever constitucional de protegê-los integralmente e perde a oportunidade de transformá-los em cidadãos respeitados. Além disso, deixa de prevenir a ocorrência de outros atos infracionais e de minimizar a exclusão social amargamente vivenciada pela maioria absoluta dos autores de atos infracionais. (3) *A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial que impõe uma obrigação de fazer poderá ser direcionada ao próprio administrador, por meio de quem se exterioriza a pessoa jurídica de direito público a que pertence, de modo que pela desobediência haverá de ser pessoalmente responsabilizado, mesmo pela imposição de sanção de natureza pecuniária, pois o que interessa à Justiça não é a aplicação da multa em proveito do exequente, mas o cumprimento da obrigação imposta e, por conseguinte, a efetividade do provimento jurisdicional.* (4) *Além disso, descumprida a ordem judicial e passando a pessoa jurídica de direito público a ser devedora da multa cominatória imposta, esse ônus pecuniário recairá sobre toda a sociedade, visto que a verba a ser despendida advém do pagamento dos impostos devidos pelos jurisdicionados, vale dizer, trata-se de dinheiro público, não sendo isso justo nem razoável.* (5) *Prudente deve ser, no entanto, a conduta do magistrado porque, no mais das vezes, a pessoa física do administrador não integra a relação processual, não podendo, em tese, suportar o ônus pecuniário decorrente da multa cominatória imposta, sob pena de restarem violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em determinadas situações, no entanto, sendo razoável o prazo estipulado, diante da natureza e da extensão da obrigação a ser cumprida, é possível contornar esse impasse desde que o agente público, a tempo, possa intervir na relação processual e, sendo o caso, alegar o que direito, pois a multa cominatória somente tem incidência após sua prévia intimação pessoal.*

(Súmula 410/STJ). (TJPR – 5ª C. Cível – AI – 1189591–9 – Santa Mariana – Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira – Unânime – J. 12.05.2015).

Ante a todo o exposto, defende o Ministério Público ser dotada de juridicidade e também ser adequada e necessária a medida de imposição de multa pessoal aos gestores como forma de compeli-los ao cumprimento das medidas judiciais. Em que pese a doura decisão ora guerreada e o reconhecimento de que a jurisprudência

majoritária – porém não absoluta – ainda não caminha em consonância com o entendimento ora defendido, a prestação jurisdicional pleiteada na ação civil pública carece de coercitividade incisiva, que só pode ser efetivada por meio da aplicação da multa diretamente aos gestores.

III – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Por todo o exposto, requer o Ministério Público seja o presente recurso recebido e, no mérito, provido, para que se reforme, em parte, a respeitável decisão de f. 66/71, *proferindo-se nova decisão antecipatória parcial de mérito a fim de ser fixada multa pessoal ao Prefeito Municipal de Itaguaí e à Secretária Municipal de Desenvolvimento Social de Itaguaí ante a eventual descumprimento dos pedidos requeridos e deferidos em sede de tutela de urgência*, nos termos acima pormenorizados.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2019.

VINICIUS LEAL CAVALLEIRO
PROMOTOR DE JUSTIÇA

FERNANDA ABREU OTTONI DO AMARAL
PROMOTORA DE JUSTIÇA

ANEXOS

ANEXO 1. Artigo doutrinário: NUNES, Amanda Lessa. *Astreintes nas execuções contra a Fazenda Pública. Possibilidade de incidência no patrimônio pessoal do agente público*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.05.PDF. Acesso em: 07 out. 2019

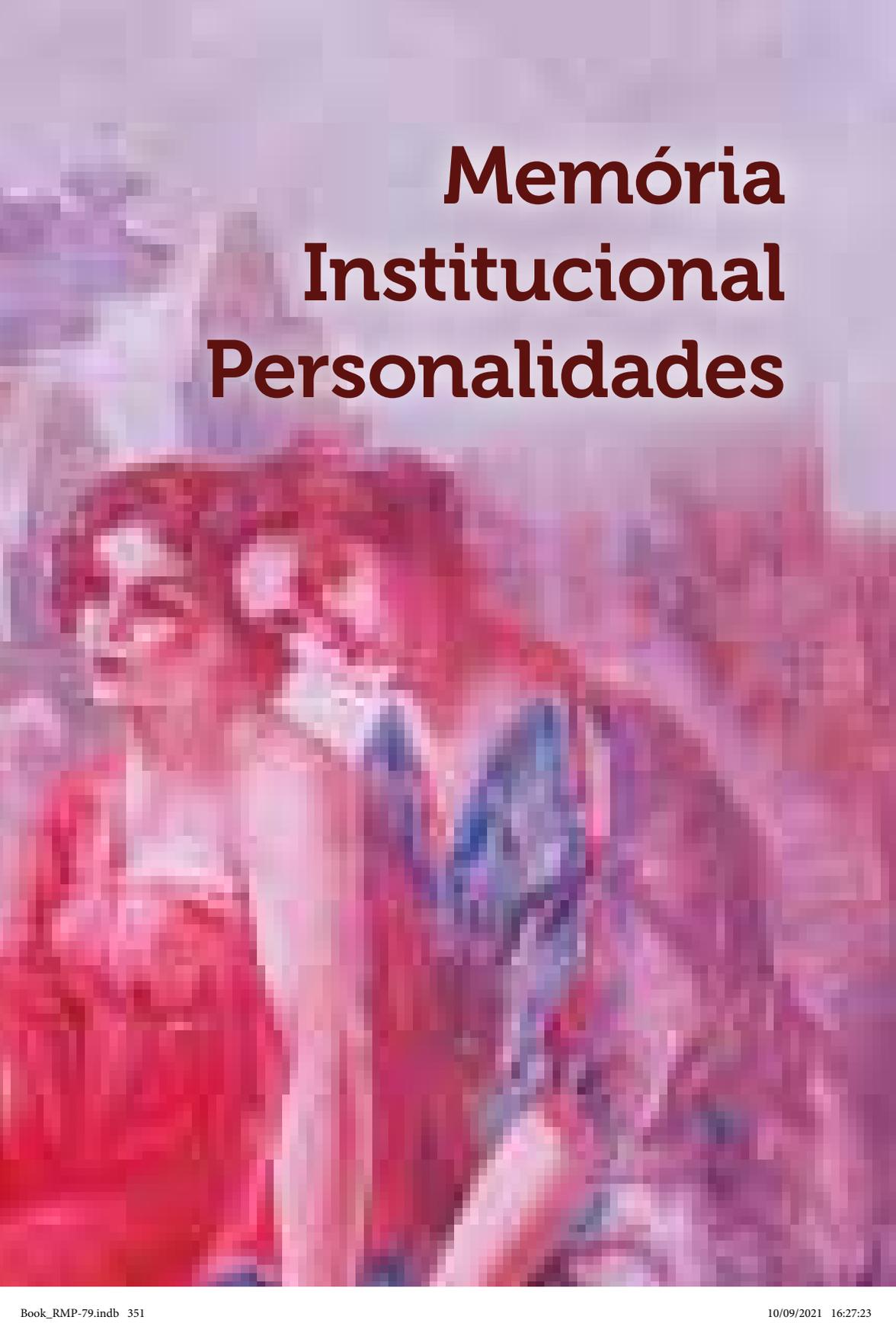
ANEXO 2. Artigo doutrinário: JÚNIOR, Sidney Fiori. *Da imposição de multa pessoal ao gestor pela ação ou omissão do poder público na garantia do direito da criança e do adolescente*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/multa_pessoal_gestores.pdf. Acesso em: 04 out. 2019;

ANEXO 3. Artigo doutrinário: FARIA, Adriano. *A aplicação pessoal das astreintes ao representante da pessoa jurídica de direito público*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1001/R%20DJ%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20pessoal%20astreintes%20-%20adriano.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 out. 2019;

ANEXO 4. CONSULTA Nº 51/2015 – Área Cível, exarada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias das Promotorias de Justiça Cíveis Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Consulta_n_51_2015_2PJ_Antonina_Stephanie_ACP_Obrigacao_Fazer_Astreintes_Gestor_Publico.pdf. Acesso em 04 out. 2019.



Detalhe da imagem da capa



Memória Institucional Personalidades

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

11^a VÍDEOCONFERÊNCIA PERSONALIDADES DO MPRJ

CONVIDADOS:

Procuradores de Justiça
aposentados Leny Costa
de Assis e Luiz Sérgio
Wigderowitz

CDM
MPRJ

SEGREDO DE ESTADO - PROIBIDA A DIVULGAÇÃO DE
JORNADA DE TRABALHO DE ABRIL DE 2021

Leny Costa de Assis e Luiz Sérgio Wigderowitz: duas visões no combate ao crime

Texto e entrevista:

Márcio Klang – Coordenador

Nataraj Trinta – Historiadora

Transcrição:

Nayara Cristina dos Santos

Adaptação:

Nayara Cristina dos Santos e Maristela Santana

Apresentação

Eduardo Gussem: Bom dia a todos. Gostaria de registrar minha imensa satisfação em participar hoje desse evento capitaneado pelo nosso Márcio Klang. Márcio, costumo dizer que se nós fôssemos buscar um profissional como você no mercado, você viria por dispensa de licitação. Você é a pessoa certa, na hora certa, no lugar certo e através dos projetos *Personalidades* e do *Para Matar a Saudade*, resgata uma memória importantíssima do Ministério Público.

Preciso aproveitar essa oportunidade para aqui, de público, dizer o quanto você me emocionou e emocionou a minha família com a homenagem a meu falecido pai, José Ivanir Gussem. Fica aqui o nosso registro de muito obrigado.

Percebo que na sala virtual estão conosco Dra. Dalva Pieri Nunes, Dr. Hugo Jerke, ilustres integrantes do nosso Órgão Especial do Colégio de Procuradores. Nesse momento, saúdo a todos.

Queria dirigir, carinhosamente, minhas palavras à Dra. Leny Costa, que sempre foi uma dama, uma pessoa participativa, atuante. Com sua voz belíssima, eloquente, já nos brindou com uma brilhante entrevista na *Revista Mosaico*, quando eu presidia a nossa Associação do Ministério Público (AMPERJ). Brindou-nos também com o Júlio Roberto Costa da Silva, Procurador de Justiça aposentado, no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Um colega técnico, elegante, ético, e a filha Lenyse Maria Costa da Silva, advogada, que também nos assiste.

Paralelamente, gostaria de dirigir minhas palavras ao Dr. Luiz Sérgio Wigderowitz, um homem icônico no Ministério Público. Sempre também muito gentil, muito ético, técnico. Representou o Ministério Público não só internamente, mas externamente, ocupando inúmeros cargos.

É com muita satisfação que nós recebemos todos vocês aqui, no dia de hoje. Muito obrigado. Tenho certeza de que teremos um excelente evento.

Bloco 01

MKlang: Na sua opinião, quem é Leny Costa de Assis?

LCA: Essa é difícil, hein!

MKlang: Eu sei, é muito difícil. Isso é prova de concurso.

LCA: Tem psicólogo que pergunta isso. Uma vez um psicólogo conversando comigo fez essa pergunta. É o “conhece-te a ti mesmo”, não é? Os gregos já diziam: “Conhece a ti mesmo”. Lá na Grécia, tem essa frase.

Leny Costa de Assis é uma mulher que acredita no lado bom da vida. Que acredita que o ser humano deu certo. Que a fé e o amor são os pilares da nossa sociedade civilizada e da nossa própria humanidade terrestre. Acho que o mal, tudo que é ruim, aparece porque o esgoto sempre aparece em cima da água. As coisas boas nem sempre aparecem, mas a maioria da humanidade me dá fé. Eu tenho fé na humanidade, eu tenho amor. Tenho fé no meu Deus criador de todas as coisas.

MKlang: Você não começou a sua vida profissional como advogada, você começou em uma outra área...

LCA: Eu sou uma professora inata. Gosto de lecionar.

MKlang: Também gosto.

LCA: Com 17 anos iniciei minha vida profissional como professora. Estudei no Instituto de Educação (atual ISEJ). E essa vontade de melhorar o mundo, modéstia à parte, surgiu desde cedo para mim, quando vi o que era o magistério num país de analfabetos. Comecei em Rocha Miranda, tomava três conduções para às 7h da manhã estar na escola E.M. Olegário Mariano e na escola E.M. Itália, duas escolas que lecionei. Chegava empolgada com aquela missão maravilhosa, que ao fim do ano você vê o feito.

MKlang: Não tem preço.

LCA: Não, não tem preço. Porque você não transmite só conhecimento, você transmite valores, comportamento. A educação no nosso país é fundamental para todos os problemas, para todos, sem exceção, ela é a base.

MKlang: Depois você fez a Faculdade Nacional de Direito [UFRJ], não é isso, Leny?

LCA: Isso. Eu estava afastada, casei e fui morar em Curitiba. Lá, tinha filhos, fiz concurso para a Nacional de Curitiba (UFPR) e depois viemos para o Rio e fui transferida para a Nacional de Direito daqui (UFRJ), onde me formei, na época do AI-5. Foi uma formatura terrível porque o nosso paraninfo era Juscelino Kubistchek e a revolução mandou rasgar nossos convites. Rasgar, propriamente não, mas mandou riscar os convites e proibiu todas as nossas festas. Nós não tivemos formatura, tivemos um culto ecumênico e mais nada, porque era pleno 1968.

MKlang: Mas há quem apregoe hoje em dia que os tempos de chumbo não tiveram cerceamento de liberdade, que a democracia era plena.

LCA: Ah, mas não era mesmo!

Bloco 02

MKlang: Por que você resolveu fazer concurso? E por que o Ministério Público?

LCA: Na época não havia concurso direto para o Ministério Público. Eu era assessora jurídica na Secretaria de Administração do Estado da Guanabara. Era uma função gratificada, porque meu cargo efetivo ainda era professora primária, e sobre ele havia a função gratificada de Assessoria Jurídica do Departamento Geral de Pessoal. Mas eu queria um cargo, uma situação mais participativa do grupo social. E só havia concurso para a Promotoria através da Defensoria Pública da Guanabara.

MKlang: Sim. Era o quadro inicial da carreira.

LCA: Então, fiz dois concursos simultâneos: para a Promotoria do antigo estado do Rio e para a Defensoria Pública da Guanabara. Ambos foram marcados estrategicamente no mesmo dia.

MKlang: Fazia-se isso sim. Aconteceu comigo no vestibular. A Faculdade Nacional de Direito marcou a prova no mesmo dia que a PUC.

LCA: Pois é. Faz você fazer a opção da sua vida, não é? Para mim foi bom. A passagem pela Defensoria foi muito rápida, dada a minha classificação no concurso. A classificação da Dalva Pieri, minha querida amiga, também foi muito boa, nós passamos no mesmo concurso. Ficamos pouco tempo na Defensoria, mas o tempo lá foi precioso, um tempo em que conheci um novo mundo.

MKlang: Pois é. Eu queria que você falasse um pouco das suntuosas instalações, da infraestrutura sensacional, americana, que você encontrou na Defensoria Pública. Fale um pouquinho sobre isso.

LCA: Ah, sim! Entrei no primeiro dia para assumir meu cargo na 5ª Vara de Família, se não me engano, 5ª ou 6ª, não me recordo bem agora.

MKlang: No prédio antigo ou no prédio novo?

LCA: Não, não era aquele na rua Dom Manuel. Já era o novo. Não tão bonito quanto agora, depois ele foi acrescido de outras instalações, mas já era o prédio novo.

Entrei, assim, maravilhada. De uma forma diferente da que já havia entrado em estágio, me sentindo em um reino, parte de um reino. Algo assim como uma nave espacial. Quando cheguei na Vara perguntei: “Onde é o gabinete da Defensoria?”. Olha a minha ingenuidade. Responderam: “Não tem gabinete. Só tem o do Ministério Público, que tem a Curadora”. Era a Mirian Steinbruch, se não me engano. Falei: “E onde vou trabalhar?”. Responderam: “Ah, não tem sala”. Bom, não tinha o que fazer, não é, a não ser pegar a minha varinha de condão e transformar alguma coisa em uma sala.

MKlang: Eu conheço isso.

LCA: Eu falei: “Então vamos transformar”. Perguntei como se falava com o almoxarifado. Liguei e disse: “Tragam cadeiras, muitas cadeiras, quinze, dezesseis, dezessete, dezoito cadeiras e duas escrivaninhas”. Perguntaram: “Pra que a senhora quer cadeiras?”, eu disse: “Já vão ver”. Tinha uma parte da Vara que ficava numa espécie de espaço morto, tinha uma parede e duas portas, uma da Curadoria outra do Cartório da Justiça gratuita. Falei: “É aqui que vai ser minha sala”.

MKlang: Tinha janela?

LCA: Não tinha janela.

MKlang: Ah, porque janela era luxo.

LCA: A janela vinha indireta lá das outras salas, quando estavam abertas.

Coloquei todas as cadeiras em volta, coloquei as mesas. Fiz das cadeiras parede, como se fosse um cercadinho. E ali, naquele cercadinho, muitas vidas foram modificadas.

MKlang: O ar-condicionado era muito potente?

LCA: Não, não tinha ar-condicionado. Eu distribuía senha para o pessoal que ficava no corredor lá da Vara.

MKlang: Aquele corredor sem janela, o “Belém-Brasília”¹?

LCA: Isso! Foi uma experiência e tanto. Não tinha máquina de escrever, não tinha nada.

MKlang: A tônica era “não tinha”.

LCA: É. Mas aquilo foi bom. Foi uma água fria que caiu em mim e eu disse assim: “Você aqui está para lutar. Isso daqui não é para você usufruir, é para lutar”. Então essa é uma palavra que me acompanhou durante toda a minha carreira: lutar.

Bloco 03

LCA: Depois que fui para o Ministério Público também encontrei situações diferentes. Situação de ter que dividir... Não me lembro se foi na 6ª Vara Criminal que trabalhei, mas a Defensoria e a Promotoria ocupavam o mesmo espaço: uma sala.

MKlang: Olha que espetáculo. Os depoimentos que iam ser...

LCA: É. Quando o réu queria falar com a Defensoria Pública, o meu colega se levantava e ia para fora, e eu ficava falando. Quando era assunto da Promotoria, eu quem me levantava e saía.

MKlang: Era literalmente o seguinte: “Agora é a Defensoria, ponha-se daqui para fora. Agora é a Promotoria, ponha-se daqui para fora.”

LCA: Eu trabalhava em uma sala com Hamilton Carvalhido e o nosso querido Sérgio Demoro Hamilton estava de férias. Foi quando eu fui para a 18ª Vara Criminal. A Defensoria trabalhava numa espécie de dispensa, uma salinha, uma coisa esquisita, com uma mesinha. Graças a Deus, nessa altura, já estava na Promotoria, não é? Mas já briguei muitas vezes por máquina de escrever. Quando estive na Vara de Execuções Penais, em uma ocasião, Francisco Horta, que era o juiz, muito autoritário...

MKlang: Não! Ele era juiz e era autoritário?! Ele tinha certeza de que era Deus? Oh! Mas que coisa surpreendente!

¹ Apelido de um corredor localizado no Palácio da Justiça.

LCA: Absoluta. Naquele tempo, o livramento condicional dependia da anuência do Ministério Público, não podia libertar sem o MP concordar, nessa época a legislação nos permitia. Um dia ele brigou e disse: “A última palavra tem que ser minha. Aliás, amanhã eu vou tirar tudo da sua sala: escrivaninha, máquina. É tudo meu”. Eu disse: “O senhor pode tirar. Vou chamar a imprensa e vou receber sentada no chão. Vou colocar meus processos e sentar no chão para que publiquem e fotografem a Justiça no Rio de Janeiro”.

MKlang: Leny, passei exatamente por isso em Nova Iguaçu. Eu era Curador nessa época, não sei se era cível ou de família. E todas as Varas tinham uma sala com mesinhas, essas mesas de máquina, e esse era o nosso instrumental de trabalho. Mas nós tínhamos uma sala. Um belo dia chego para trabalhar, ponho a chave na porta e a chave não abria. Chamei a escritvã e disse: “O que está acontecendo?” Muito sem graça ela disse: “Ah, doutor, é que o diretor do Fórum precisou dessa sala para fazer o depósito”. Respondi: “Que bonitinho. E agora, onde vou trabalhar?” Ela disse: “Ah, doutor, não sei”. Ah, Leny. Eu que vinha de escritório de advocacia de banqueiro americano fui trabalhar em uma condição daquela!? Respondi a ela: “Não tem problema, não. A senhora avisa ao diretor do Fórum: está vendo aquele boteco? Ali eu vou botar minha plaquinha de Promotor. Como ele tem que abrir vista para mim, vou despachar dali”. E fui para o boteco. No intervalo do expediente encontrei com esse distinto cavalheiro e ele disse: “Ah, doutor, o senhor é muito nervoso”. Eu disse: “Não sou nervoso, gosto de respeito. O senhor não gosta não? Que tal se o senhor chegasse para trabalhar e sua mesa não estivesse na sua sala e o senhor não tivesse sido avisado de nada?”

Bloco 04

MKlang: Queria que você falasse um pouquinho de um processo criminal doloroso, de muita repercussão nacional, que aconteceu no dia de *Réveillon*, dia 31. O famoso caso do iate *Bateau Mouche*. Queria que você desse uma panorâmica desse caso que foi um caso de repercussão, inclusive, internacional, em que morreram muitas pessoas.

LCA: Vou procurar fazer um sumário, sumaríssimo, porque realmente a situação se estendeu em vários níveis. Em primeiro lugar, foi

uma experiência muito rica no sentido do pleno exercício do Ministério Público. Na parte investigatória, fiz a investigação junto com a polícia, dentro da Secretaria de Polícia Civil, acompanhei pessoalmente as perícias.

MKlang: O que não era muito comum nessa época?!

LCA: Não era comum! Eu fui designada para acompanhar o inquérito e ação penal do *Bateau Mouche*.

MKlang: Isso foi em 1980...

LCA: 1988 para 1989. Vou explicar o fato rapidamente, para falar da questão jurídica, que é importante também. O fato ocorreu na noite de *Réveillon*, como você já ressaltou. Estavam embarcadas famílias que haviam conjugados esforços para passar juntos o *Réveillon*.

MKlang: Era uma festa conhecida, badalada?

LCA: Era uma festa conhecida, badalada, o *Bateau Mouche*. Eu estava no Copacabana Palace com minha família, queria oferecer um *Réveillon* diferente à minha mãe e irmã e lá fomos nós.

José Benedito Assis também foi comigo, estava junto, nós estávamos felizes. A minha irmã teve uma espécie de uma intuição quase à meia noite. Ela estava com uma taça de champanhe nas mãos, colocou as mãos nos olhos e disse: “Nossa, que coisa horrível! Tantos gritos, uma escuridão”. Mamãe perguntou o que houve, pensou que ela estava passando mal. Enfim, chegamos em casa mais cedo, não ficamos para o café da manhã. O *Réveillon* lá tem café da manhã e tudo, como você sabe. Voltamos para casa, moro aqui em Copacabana, bem perto do Copacabana Palace. E logo em seguida recebo o telefonema do [Carlos Antônio] Navega, me dando ciência do que tinha acontecido.

MKlang: O então Procurador-Geral de Justiça.

LCA: Ele era o Procurador-Geral. Liguei a televisão e tal. Ele me disse que o então Governador pediu a ele um Promotor desde o início das investigações e ele me designou. E eu, claro, aceitei. Não era uma coisa para dizer que não. Daí comecei. Primeiro, nós lidamos com o crime de exposição ao perigo concreto. Exposição de embarcação ou qualquer meio de transporte marítimo a perigo de naufrágio.

MKlang: Pelo que eu sei, você já comentou em outra oportunidade, era um barco adaptado, não é isso?

LCA: Sim. Exato. O perigo estava todo ali. Você tinha várias coisas: o perigo, o resultado naufrágio, o resultado morte, agravantes, que o próprio Código Penal mostra quando o resultado é morte. Então, era uma expectativa de pena de 12 anos, no mínimo. Se dobrasse seriam 24 anos.

MKlang: Você se recorda, mais o menos, em ordem de grandeza, quantas vítimas foram?

LCA: 55 mortos. Mas dos outros, não teve ninguém que tenha saído propriamente incólume. Porque o naufrágio foi agravado pelo tipo de móveis que existia dentro do barco. O barco em si era um esquite, preparado para ser colocado debaixo das águas. Inclusive, quando fizeram a suspensão do barco de dentro das águas, essa foi a impressão que eu e o Dr. Wladimir Sérgio Reale, Delegado que presidia o inquérito, tivemos. Foi de arrepiar todo mundo na Secretaria de Polícia Civil. Quando saiu das águas aquele barco velho, branco, horroroso, a gente pensou: "Meu Deus do céu, tanta gente nesse barco!".

MKlang: Mas por quê? O material dos móveis era inadequado?

LCA: Era. Tinha mesas de mármore.

MKlang: Meu Deus! Mesa de mármore em navio?

LCA: Era do restaurante *Sol e Mar*, colocaram as mesas no iate para o *Réveillon*. O próprio formato do iate, triangular, a parte mais leve, que deve ser a parte de cima, era a parte mais pesada, tinha 14 toneladas.

MKlang: Quer dizer, fazia pressão para baixo?

LCA: Para baixo. Tiraram várias divisórias que existia no barco e também acabaram com a estanqueidade. Então o barco não tinha condições de levar muitas pessoas.

MKlang: Mas me parece que houve um incidente antes.

LCA: Sim, para mostrar o dolo. Quero falar exatamente do que você vai falar, o incidente, da volta do barco.

MKlang: Sim. O incidente no percurso passeio nesse dia.

LCA: Isso! Esse incidente não foi um incidente propriamente dito. Foi uma seta determinante, que depois o Tribunal ignorou. O Tribunal acabou por corrigir a sentença absolutória dando uma sentença condenatória muito aquém da infração cometida.

O barco saiu visivelmente inclinado para a esquerda. Ali, perto do *Sol e Mar* tinha um corpo de bombeiros ao lado, eles viram isso e, inclusive, depois falaram: “Realmente, o barco saiu muito inclinado”.

No meio da Baía, antes de sair, foram abordados por sargentos da Marinha, que subiram a bordo e teriam contado 169 pessoas. O barco tinha uma autorização, entre aspas, para 153 e, coloco aqui os dados da perícia que levamos a efeito: só cabiam 61 pessoas de pé nesse barco, por perícia oficial. Então, esse barco já estava superlotado com 153, com 169 estava mais ainda.

O barco foi convidado a voltar ao cais pelos sargentos militares. Muito bem, voltou. Nesse momento começa o dolo, porque até determinado momento você tinha uma culpa, no mínimo consciente, porque colocaram o barco de tal maneira...

MKlang: Nessas condições, com essas características, com superlotação, com toneladas de concreto, é dar sorte ao azar, não é?

LCA: Exatamente. Então, quer dizer, na hora que eles assumem o risco, que o dolo eventual fica bem claro, é quando eles chegam no porto e eles se arranjam com os sargentos... Eu ainda tentei puni-los, fiz um argumento jurídico sustentando que eles deveriam ser processados no Direito comum e não militar, mas eles saíram fora no *habeas corpus*. Mas houve um arranjo, houve duas testemunhas que viram os réus, dois deles, um que era da *Itatiaia Turismo*, que havia vendido em dólar as passagens; e o outro que era o dono da empresa. Então, ambos conversaram, trocaram documentos, não se sabe exatamente...

MKlang: Isso em terra?

LCA: Em terra. E o barco esperando. Muita gente quis saltar, eles disseram que não, não ia saltar ninguém. Teve uma jornalista, Elaine, se não me engano, ela quis saltar e eles disseram: “Não pode, não

vai saltar ninguém”. Por que não podia saltar ninguém? Porque se alguém desistisse do passeio por insegurança, eles iam perder, teriam que devolver os dólares.

MKlang: Sim. A imagem ficaria arranhada, os negócios seriam prejudicados.

LCA: Ali assumiram o risco de mandar aquele barco... Os sargentos da Marinha desceram, foram em outra embarcação que acompanhou o barco. E o barco retornou ao mar.

Bloco 05

MKlang: Mas parece que uma pessoa conseguiu sair, não é?

LCA: Sim, foi, um ficou. Um senhor, o senhor Aníbal, acho, que ficou do lado de fora, não entrou. A esposa dele parece que depois morreu. O barco chega do lado de fora, quando ele sai, perto da Ilha de Cotunduba, ali é um lugar muito escuro, você fica sem visão e começam as águas do mar.

MKlang: A entrada ou saída da Baía de Guanabara e o Oceano Atlântico.

LCA: A essa altura dos acontecimentos, conforme depoimentos, o barco já estava cheio de água no porão, os vasos sanitários pareciam chafarizes, todos inundados, o barco abaixo da sua linha, aquela que fica no barco. Já havia pânico, as pessoas se perguntando o que estava acontecendo. Então, ele tomou, como disse na minha denúncia, o último gole: quando entrou no mar revoltado ele virou à esquerda. E aí não tinha ninguém para socorrer.

O exercício do Ministério Público acompanhando o inquérito desde os primeiros momentos, foi muito importante para se apurar toda a verdade. Nós tivemos assistentes de acusação brilhantes, que me ajudaram. A parte investigatória, não só acompanhei como ajudei a promover. Acompanhei todos os depoimentos. Dr. Sérgio Reale, que era o Delegado responsável, eram vários delegados, tinham quatro, cinco gabinetes na Secretaria de Polícia Civil escutando as testemunhas, inclusive as estrangeiras, antes que fossem embora. Nós tivemos antecipação de prova testemunhal, tivemos tudo que você vê no Código de Processo Penal. Os advogados contratados

pela empresa dona do barco foram Evaristo de Moraes Filho, Tício Lins e Silva.

Contrataram bons advogados. Eu também tive bons auxiliares. O filho do Fragoso, Fernando Fragoso, teve outros, a Marcia Diniz, João Alfredo. Que se apresentaram como assistentes de acusação, o que me possibilitou depois da denúncia ainda fazer prova. Eu fiz provas depois da denúncia, provas que ainda não tinham sido feitas na fase policial. E foram muito boas essas provas. Nós saíamos atrás. Sabe aqueles grupos? Ver o nome de uma pessoa em um depoimento e dizer: “Eu quero ouvir essa pessoa, onde ela anda?” E alguém responder: “Ah, não está mais lá”. E eu dizer: “Mas eu quero ouvir. Ele trabalhou ali e sabe exatamente o que foi posto e o que foi jogado fora”.

MKlang: Agora, Leny, é admirável o seu empenho, a sua luta e a sua capacidade de enfrentar tanta adversidade, como posso imaginar que você pode ter enfrentado, em um caso desse que envolvia pessoas que podiam contratar bons advogados.

Agora, queria perguntar a você o seguinte, como se diz no popular, o resumo dessa opereta: alguém foi preso, alguém cumpriu pena, alguém pagou uma indenização?

LCA: Bom, são três perguntas e três respostas.

Foi preso. Pedi prisão com pena para 12 anos. A primeira instancia absolveu todos, porque houve parecer no sentido de que a culpa era do Mestre Arrais, como se ele fosse o comandante.

MKlang: Ah, eu acho que não. Acho que a culpa era do peixe.

LCA: Pois é, talvez o peixe não tivesse nadado a favor das ondas. A sentença absolutória foi um escândalo aqui no Rio de Janeiro. Só de recorte de jornal eu tenho uma pilha. Tivemos absolvição em primeira instância. Foi um choque porque as alegações finais eram robustas. Eu fiz um caderno, editei com as provas, índice, prova testemunhal. Estavam riquíssimas as alegações finais, então não esperava que o Juiz tomasse esse tipo de decisão. Quer dizer, desconfiava que seria, porque desde o princípio da ação penal ele demonstrou uma má vontade muito grande com os sobreviventes, os advogados, comigo, claramente ele mostrava má vontade. Então eu sabia que alguma coisa mais estranha estava acontecendo.

MKlang: Mais estapafúrdia, para dizer o mínimo.

LCA: Estapafúrdia. Então a absolvição foi um choque, a população reagiu, a imprensa reagiu. Foi fácil fazer a apelação, num instante eu fiz. E o Tribunal entendeu, por um parecer do próprio Ministério Público da segunda instância, que a culpa realmente seria do Mestre Arrais e também endossou o parecer no sentido da absolvição, da sentença absolutória. Isso por exclusão da criminalidade, porque o autor real seria Mário Trilha, um engenheiro civil que trabalhava no *Sol e Mar*.

Com isso, nosso colega Paulo Frederico Bandeira de Mello Thedim Lobo – por causa dos nossos filhos que se conheciam, conversei com ele – era o Procurador de Justiça da data do julgamento da apelação. E ele disse que ia usar a palavra para pedir a condenação nos termos das alegações finais da Promotoria.

Foi meio complicado porque o Ministério Público é uno e indivisível.

MKlang: Mas existe a independência funcional, não é?

LCA: Independência funcional. Então ele disse que não era obrigado a concordar com o que o ilustre colega Luiz Brandão Gatti disse. E sustentou o pedido de condenação. Mas uma coisa é você estar com o processo há muito tempo, horas e dias, e outra é pegar o processo na hora. Então, claro que a sustentação dele, por maior boa vontade que tinha, talvez não tenha conseguido convencer a câmara. Houve dois votos pela condenação por crime culposo, e um voto favorável a defesa. A defesa entrou com embargos infringentes. Aquele menino, José Lisboa Gama Malcher, como ele disse: “Não posso mais mexer na parte das provas”, mas fez elogios e disse que o crime realmente era doloso e as pessoas mereciam punição. Então, se por um lado ficamos frustrados na prestação jurisdicional, por outro lado também sentimos que tínhamos feito o certo, correto.

Tivemos lutas no Supremo Tribunal Federal em *habeas corpus*, mandado de segurança. Fui à Brasília, ouvi testemunhas por precatórias, feitas para nos afastar do processo. Quando eu dizia que iria atrás das testemunhas nas comarcas afirmando que o Promotor de lá não precisava se preocupar, a defesa desistia da testemunha. Era uma briga diária.

Como você perguntou o que sobrou. Bom, eles foram condenados e houve recurso, mas o nosso recurso não era para falar de provas, não cabia recurso ordinário nem extraordinário. Enfim. Estava em julgamento um recurso dos réus que queriam absolvição e não

penas culposas, queriam o regime semiaberto. O processo ficou em Brasília e enquanto estava lá, eles fugiram.

MKlang: Não me diga!

Bloco 06

MKlang: E na área civil houve alguma indenização paga?

LCA: Até hoje ainda estão sendo julgadas essas...

MKlang: Ah sim, os 937 recursos? Até prescrever? Quando prescrever acabam os recursos. Conheço isso!

LCA: Algumas pessoas receberam, porque não só morreram turistas, morreram funcionários, cozinheiros, pessoas pobres, humildes, cuja ação foi proposta pela Defensoria. E a Defensoria foi brilhante. Fez um trabalho maravilhoso. Tive que trabalhar também com o Tribunal Marítimo. Fui às audiências do Tribunal Marítimo onde a empresa perdeu todo o direito a navegação. Ficou constatada a incapacidade de gerir uma atividade de navegação, porque foi perfeitamente provado tudo isso que disse para você. Era um juízo colegiado. Fui lá dar força, foi uma atividade global.

E quando eu já estava no término dessa ação penal, já tinha passado para a segunda instância, porque na segunda instância eu não tinha mais atribuição, era um Procurador que cuidaria do caso, fui nomeada para o Grupo Especializado Contra o Crime Organizado (GECCOR). Foi tudo concomitante, eu ainda não tinha terminado o caso *Bateau Mouche*.

MKlang: E já começou na outra atividade.

Bloco 07

MKlang: Na sua opinião, quem é Luiz Sérgio Wigderowitz?

LSW: Márcio, como você mesmo disse a pergunta não é nada fácil. Considero-me hoje um sonhador, um idealista. Minha vida inteira lutei por aquilo que acredito, que é o bem comum. Uma palavra

que gosto muito é alteridade. A gente ter a consciência do outro, que é igual a nós, que é nosso irmão. A preocupação com a própria sociedade, o bem social, o bem comum. Sonho sempre com isso.

Servi ao Ministério Público enquanto pude, até me botarem para fora pela compulsória. Quando fiz 70 anos fui aposentado por implemento de idade. Ainda não tinha passado a “PEC da bengala”, então me puseram para fora, na verdade, eu não saí. Mas por 41 anos servi ao Ministério Público, entrei em 1963.

Assim como Leny, entrei como Defensor Público, fiquei mais tempo até do que ela. E olha, assim como Leny também vou dizer que até hoje tenho saudades da minha atuação, da atividade como Defensor Público.

Tenho uma tese, que sei que não é simpática e muita gente não gosta, mas acho que para chegar a ser Promotor ou Juiz, o profissional deveria passar uma temporada, um estágio, na Defensoria Pública. Isso porque acho que o Promotor e o Juiz lidam muito com papel, o Defensor Público lida com gente, com pessoas. Pessoas carentes, passando dificuldades, necessidades. Tinha dias na Defensoria de atender 30, 40, 50 pessoas.

Bloco 08

MKlang: E quando você entrou, também eram as suntuosas instalações que Leny encontrou: funcionários, assessores, banheiros, cafezinho, era assim também?

LSW: Pior, Márcio, muito pior. Ela falou já do prédio novo, ali da rua Erasmo Braga. No meu tempo, aquilo não existia, eu vi construírem aquele prédio. Quando entrei para o Ministério Público o que existia eram os prédios da rua Dom Manuel. Não existia ainda o prédio novo da rua Erasmo Braga, que hoje virou o enorme Palácio da Justiça, que foi sendo construído em blocos. Naquela época só havia três prédios: o 19, onde funcionava a maior parte da justiça, inclusive o Tribunal, o júri e tudo mais. O prédio do meio, que era o pretório, hoje é a Escola da Magistratura (EMERJ) e o terceiro prédio, que hoje é o Museu da Marinha. Funcionava ali o Foro Criminal, todas as Varas Criminais funcionavam naquele prédio. Era um prédio bastante antigo, com elevadores antigos.

MKlang: Ele continua antigo.

LSW: E com instalações. Mas olha, hoje está reformado, está bonito. Naquela época estava em condições muito piores do que está hoje. Nós, tanto a Defensoria quanto o Ministério Público, não tínhamos sala nem gabinete, nem nada disso.

Leny se referiu ao gabinete do Promotor, já no prédio novo. No prédio antigo, isso não existia. Só quem tinha gabinete era o Juiz e havia a sala de audiência. Então, normalmente, nós atendíamos enquanto Defensoria Pública na sala de audiências. Ou na sala do próprio cartório. Era o espaço que tínhamos. Como Leny colocou bem: não havia máquina de escrever, não havia nada disso.

Eu, por exemplo, tinha uma maquininha portátil, que tinha ganho do meu pai, quando era ainda estudante na faculdade. Levava aquela maquininha comigo e as minhas peças, de um modo geral, eram datilografadas naquela máquina. Ou então, muitas vezes, fui obrigado a redigir peças manuscritas, tanto na Defensoria quanto depois mais tarde na promotoria.

MKlang: Luiz Sérgio, quando entrei no Ministério Público, em 1977, já era o novo Estado do Rio de Janeiro. Mas a estrutura era mais o menos parecida com essa que você acabou de descrever. Quando reclamava de alguma coisa na Procuradoria a resposta que eu tinha era a seguinte: “Não me aborreça”. E estava resolvido o problema, eu não podia aborrecer. Para que existia Procuradoria? Para procurar não sei o que, porque se eu procurasse a Procuradoria ela dizia “Não me aborreça”.

LSW: Olha, eu não culpo a administração. É claro que podiam ter dado uma resposta mais educada, mais gentil para você, mas a verdade é que a administração não tinha o que fazer, porque o Ministério Público não tinha recursos. Nós tínhamos naquela época uma situação, que você sabe melhor do que eu, não tínhamos um estatuto jurídico. O Ministério Público na nossa legislação estava previsto, no código de organização judiciária, como órgão auxiliar da justiça.

MKlang: Olha que espetáculo. Cansei de ouvir Juízes dizendo: “Ah, tenho ótimos auxiliares, inclusive o Promotor”.

LSW: Pois é. Mas era assim que nós estávamos classificados na legislação: órgão auxiliar da justiça, juntamente com os peritos, os cartórios.

MKlang: Oficial de justiça.

LSW: Tudo bem. O que não significa que eles sejam menos nobres ou mereçam menos do que a gente. Mas não é a verdadeira função do Ministério Público. Até porque o Ministério Público, como hoje a Constituição de 1988 diz: é um órgão permanente, de interesse social do próprio Estado. Então, naquela época, nós não tínhamos esse status.

Bloco 09

MKlang: Por que você escolheu o MP e não outras carreiras?

LSW: Olha, como disse a você, considero-me um idealista, sempre tive essa preocupação de trabalhar e lutar pelo bem comum, pela sociedade, pelas pessoas mais carentes, menos favorecidas.

Eu cheguei a cogitar fazer concurso para a magistratura, mas acho que, com todo apreço que tenho pelos magistrados e pela carreira, o papel do Juiz, pelo menos teoricamente, é um pouco passivo, não é? O Juiz só pode agir quando provocado. Então me pareceu que o Ministério Público era mais adequado, porque era a quem cabe a iniciativa da investigação e da ação penal. É o Ministério Público que tem esse papel, de representar a sociedade, de agir em nome da sociedade para buscar uma melhor justiça.

MKlang: Daí a nomenclatura francesa: *magistrature de parquet*, porque a gente fica em pé, tem uma atuação mais dinâmica, não é?

LSW: É. Magistratura de pé. Minha escolha deve ter tido também a influência paterna, porque meu pai foi Promotor da área militar, Procurador da Justiça Militar. Lá eles não eram chamados Promotores, mas sim Procuradores. Então talvez isso tenha influenciado. Eu conversava muito com ele, desde a época da faculdade, dos estudos, e tudo isso influenciou.

Na época em que fiz o concurso, foram abertos, na mesma ocasião, os concursos para juiz e para o Ministério Público, dos dois, realmente preferi o Ministério Público.

MKlang: E as provas também coincidiam datas?

LSW: Não necessariamente. Não, não houve essa preocupação não. Pelo que me lembre, inclusive, no nosso concurso, que na época era concurso para Defensor Público, cargo inicial da carreira do Ministério Público, na Guanabara, o nosso concurso começou e terminou antes. O de Juiz demorou mais alguns meses, não foi grande coisa, mas aconteceu um pouco mais tarde.

Bloco 10

MKlang: Luiz Sérgio, você ocupou muitos cargos na administração superior em várias gestões. Você foi Diretor-Geral de Administração, que depois passou a nomenclatura para Secretário-Geral do Ministério Público. Como era o funcionamento da máquina naquela época que você ocupou esse cargo tão espinhoso?

LSW: Como você mencionou agora pouco, a Procuradoria-Geral tinha muito pouco recurso e dava muito pouco apoio aos colegas que estavam no campo de batalha, lá no *front*. Porque realmente não havia como, era uma luta constante para se conseguir recurso, conseguir verba. Não tinha funcionário, não tinha nada. Olha, a primeira sede que o Ministério Público teve foi o segundo andar da Av. Nilo Peçanha, 12.

MKlang: Na gestão do Arnaldo Wald, não é isso?

LSW: Exatamente. Professor Arnaldo Wald, que tinha sido meu professor na faculdade.

MKlang: Você estudou no Catete ou na Nacional?

LSW: No Catete. E foi ele quem conseguiu para nós a primeira sede, foi uma grande vitória. Naquela época, não havia ainda computador, mas em todo caso, pelo menos tinha máquina de escrever.

MKlang: Oh! Máquina de escrever?! Imagine. E telefone, existia?!

LSW: Tínhamos até um mimeógrafo a álcool, imagina?

MKlang: Imagine! Mas que coisa fantástica.

LSW: Pois é, pois é!

Nessa época, eu ainda era Defensor Público e o professor Arnaldo Wald me convidou para trabalhar. Foi o primeiro encargo que tive na Procuradoria-Geral na época, ainda na Defensoria Pública. Trabalhei junto com o Dr. Sérgio de Andréa Ferreira.

MKlang: Ora, pois. Também, meu professor.

LSW: Que, como nosso Procurador-Geral Eduardo Gussem acabou de dizer, está na sala virtual. É muita satisfação e muita honra para mim saber que Dr. Sérgio está nos ouvindo. Ele deve lembrar que nessa época fizemos alguma modificação, conseguimos melhorar um pouco o trabalho da Defensoria Pública. Não sei se o tempo nos permite, mas nessa época vivemos uma experiência que me marcou muito, ainda na Defensoria.

É o seguinte. O que acontecia, segundo a lei que regia a matéria da justiça gratuita, se não me falha a memória a Lei n. 1.060/1950, a gratuidade de justiça deveria ser requerida na inicial. Depois, em um parágrafo do artigo, a lei dizia que, não sendo possível, poderia ser feito um requerimento de gratuidade em separado.

Na prática, o que vinha acontecendo era que a Defensoria Pública na época não tinha estrutura para distribuir as iniciais, então eles distribuía simplesmente um pedido de gratuidade. Esse pedido era deferido pelo Juiz e então saía um ofício para a Corregedoria para anotar a distribuição, e isso levava cerca de 6 a 8 meses. Só então a parte ia ser atendida pelo Defensor que iria formular a inicial. Então nós, com a ajuda de um professor da Fundação Getúlio Vargas...

MKlang: Que já era a Fundação Getúlio Vargas.

LSW: Com quem eu tinha muita amizade, conversando sobre isso, ele ficou horrorizado e ofereceu o serviço gratuito da turma dele da Fundação. Ele era professor de "Organização e Métodos". A turma de alunos dele que estava se formando, fez uma pesquisa lá na Defensoria Pública, então Ministério Público, e elaborou uma outra forma de fazer as coisas com muito mais velocidade, muito mais simplicidade. Assim foram criados os núcleos da Defensoria Pública. Os Defensores passaram a atender diretamente as pessoas e já distribuía a inicial com o pedido de gratuidade.

Aí vem a grande experiência que nós tivemos. Tivemos que ir de um em um nos Cartório, principalmente das Varas de Família e Órfãos, para explicar que estávamos simplificando o trabalho. Ao invés de distribuir um pedido que levava seis meses para ser resolvido e só

então se dar entrada na inicial, estávamos entrando diretamente com a inicial. Houve resistência.

MKlang: Como sempre.

LSW: Em alguns casos nós tivemos que recorrer ao Tribunal porque alguns juízes foram muito influenciados pelos Cartórios, que não queriam mudar sua rotina de trabalho, embora fosse para melhor. Houve dois ou três juízes que negaram nosso pedido e nós tivemos que agravar dessas decisões. Fizemos uma espécie de recurso padrão, que a gente mimeografava, porque naquela época não havia computador, nem xerox tão pouco, era na base do mimeografo. E assim nós entrávamos com recurso. E tanto Sérgio de Andrea quanto eu íamos de Vara em Vara, de Cartório em Cartório, com a lei na mão, explicando.

Enfim, acabamos vencendo a batalha. E acho que até hoje a coisa está funcionando dessa forma, que era a maneira mais fácil de funcionar. Foi a primeira experiência que eu tive nessa área administrativa.

Gostaria de fazer um parêntese: eu não gostava, como não gosto até hoje, de trabalho burocrático. Realmente amava, gostava do trabalho lá na trincheira, no front, tanto na Defensoria como na Promotoria, mas, por sorte ou por azar, fui convidado por vários Procuradores-Gerais para trabalhar no gabinete. O primeiro deles, como já mencionei, foi Arnaldo Wald. Depois foi Dr. Hermano Odilon dos Anjos...

MKlang: Ah, você fez parte da creche?

LSW: Eu não fiz parte, fui o chefe da creche.

MKlang: Explique um pouquinho “a creche”.

LSW: Eu fui o dono da “creche”.

Dr. Hermano, cujo nome hoje designa a praça em frente ao prédio dos Procuradores, me convidou para assumir a Secretaria, ser Diretor-Geral da Secretaria. Naquela época a estrutura administrativa do Ministério Público, tanto quanto me lembro, se resumia a três cargos: o Procurador-Geral, o Corregedor-Geral e o Diretor-Geral de Secretaria. Não havia subprocuradores, não havia nada disso. Então nós tínhamos uma série de tarefas, de funções a desempenhar. O Dr. Hermano, quando me convidou, disse que eu teria liberdade para escolher os meus auxiliares.

MKlang: Então a administração era dividida em três cargos e você podia convidar quem você quisesse?

LSW: É. Eu convidei alguns colegas que já conhecia, com quem já tinha, de alguma forma, contato, até mesmo do tempo lá da Defensoria. Não sei se vou me lembrar de todos, mas convidei o David Milech que foi meu assistente, meu auxiliar direto. E foi um excelente colega e companheiro de trabalho. Depois ele foi Diretor de Secretaria. Tinha Gastão Lobão Araújo também, grande figura. Luiz Noronha, infelizmente já falecido. Jocymar Dias de Azevedo, Télius Alonso Avelino Memória também, e outros colegas. Esse pessoal todo era gente nova, eles eram ainda Promotores ou Defensores.

Nas administrações anteriores, de um modo geral, todas as funções eram exercidas por Procuradores de Justiça, raramente um Promotor tinha essa atividade. Então o pessoal mais antigo, mais tradicional, apelidou o nosso grupo de trabalho de “a creche do Hermano”, exatamente porque nós éramos bem mais novos na carreira e não éramos ainda Procuradores.

MKlang: E também porque o jovem, especialmente o novo, não é, ele sempre causa um certo medo, que é o medo do desconhecido. Então é aquele “Vamos deixar como está porque eu já domino”.

LSW: É aquele problema que acabei de falar da Defensoria Pública. Quando nós tentamos mudar a rotina dos processos.

MKlang: Você tirou todo aquele grupo de pessoas da zona de conforto deles. E eles não gostaram.

LSW: Exatamente. Todo o pessoal dos cartórios, os juízes e tal, ficaram em ter que mudar para uma coisa nova. Essa foi uma das grandes lições da minha vida: o ser humano tem medo do novo.

MKlang: Isso até hoje, não mudou nada.

LSW: Acho que faz parte da nossa natureza humana, não é? Servi com vários Procuradores-Gerais, gostaria de citar o Nerval Cardoso, que depois teve problemas sérios de saúde. Foi ele quem deu posse no concurso de 1983. E hoje tem uma porção de empossados naquele ano aí assistindo e participando intensamente da vida do Ministério Público e do Tribunal, porque vários já passaram para o Tribunal pelo Quinto Constitucional. Esse pessoal todo trabalhou

com a gente naquela época. Estava citando os Procuradores-Gerais professor Clóvis Paulo da Rocha, Nelson Pecegueiro do Amaral, enfim. Trabalhei até com Carlos Antônio da Silva Navega. Navega me convidou.

MKlang: Com o Antonio Carlos Silva Biscaia não?

LSW: Com o Biscaia não me lembro. Dou-me muito bem com ele. Biscaia fez parte da creche, inclusive, já ia me esquecendo.

MKlang: Vou brincar com ele quando encontrar. Vou dizer: “Quer dizer que você já fez parte da creche?”

LSW: Fez parte da creche também. Agora não me lembro se cheguei a exercer alguma função quando ele foi Procurador-Geral. Mas é isso, tenho muita saudade da Defensoria, mais ainda da Promotoria.

Bloco 11

MKlang: Quería que você falasse um pouquinho dessa questão dos nossos atuais colegas, que não têm mais essa preocupação que tivemos – também sou dessa linha de raciocínio – na qual o Ministério Público não pode abrir mão, não pode ser autôfágico. Parece que essa *Carta de Ipojuca*, famigerada *Carta de Ipojuca*, *startou* uma postura um tanto quanto autôfágica. Você pode me falar um pouquinho sobre isso?

LSW: Olha, Márcio, eu não gostaria de generalizar, porque não estou acompanhando a atuação do Ministério Público atual e não creio que todos os colegas vivam esse problema. Acredito que muitos deles, tal como nós, também tenham essa preocupação de ocupar os espaços que são oferecidos ao Ministério Público e atuar da maneira mais eficiente possível. No meu tempo, havia um certo número de colegas, não era nem maioria, mas era um número significativo, que se recusava a falar em uma série de processos, de modalidades, de feitos judiciais, entendendo que não haveria interesse público que devesse ser patrocinado, tutelado pelo Ministério Público. A *Carta de Ipojuca*, que você mencionou, foi um documento que foi editado nessa época, em que se discutia esse problema. Então eu posso colocar meu sentimento, meu modo de pensar.

Acho que o Ministério Público chegou aonde chegou porque soube ocupar espaço, soube ser útil à sociedade. E a sociedade reconheceu o valor do Ministério Público e por isso nós conseguimos conquistar uma posição relevante, principalmente através da Constituição de 1988. Acho que se o Ministério Público renuncia às oportunidades de se manifestar, de exercer o seu papel em determinados tipos de processos, por exemplo, mandado de segurança. Tem muitos colegas nossos que se recusam a falar em mandados de segurança porque entendem que não há interesse público

MKlang: Desculpe interromper, Luiz Sérgio, mas isso é subproduto da *Carta de Ipojuca*. Ao ponto de que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou uma resolução, uma deliberação que em mandado de segurança não era obrigatória a intervenção do Ministério Público. O CNMP quis revogar a lei do mandado de segurança, que tem um dispositivo expresso, que fala que o Ministério Público terá que se manifestar obrigatoriamente.

LSW: Claro! Eu concordo plenamente com você. Eu só não quero, primeiro, generalizar, porque sei que não são todos os colegas que pensam e que agem assim. Em segundo lugar, não quero colocar a *Carta de Ipojuca* como sendo a causa, porque a carta surgiu quando esse movimento já existia dentro do nosso Ministério Público.

MKlang: Sim, ela apenas formalizou. Deu uma normatização, vamos dizer assim.

LSW: Exatamente. Foi uma forma de o grupo que pensava assim externar sua opinião. Respeito muito a opinião, não sou dono da verdade e nem pretendo ser, mas quero manifestar, já que você indagou, o meu ponto de vista.

Sempre tive o seguinte pensamento: fui Procurador de Justiça perante Câmaras Cíveis e depois grupos de Câmaras Cíveis, hoje acho que os grupos já nem existem mais. E muitas vezes recebia processos que, na minha opinião, não havia necessidade de o Ministério Público falar, mas eu falava. E muitas vezes eu disse, no meu parecer: “Com todas as vênias, entendo que não seria o caso de manifestação do Ministério Público, mas uma vez que me foi concedida essa oportunidade, não me furto de manifestar a minha opinião. Então, pelo que possa valer, minha opinião é essa”. Já que me deram oportunidade de falar, eu falo.

MKlang: Claro!

LSW: Eu acredito que o Ministério Público deveria agir assim: ocupar todos os espaços que puder e tentando sempre ser o mais útil possível.

MKlang: Bom, agora faço uma pergunta para Leny.

LCA: Sim, querido. Ah, estou ansiosa para falar! Deixa-me pegar um pouquinho disso que o Luiz Sérgio falou. Fiz parte do grupo que lutou muito em 1987, 1988, pelo nosso lugar Constitucional, pelas prerrogativas, para erigir o Ministério Público como um pilar da democracia. Então essa posição, essa postura, meio exclusivista, que surge da *Carta de Ipojuca*, não pode ser realmente aceita, porque justamente ela vai de encontro àquilo que nós pretendemos em 1988, quando quisemos erigir o Ministério Público como um órgão de defesa democrática.

Então nós temos, como disse Luiz Sérgio, que ocupar espaços. Por que ocupar espaços? É para nós, para a instituição? Não, é uma garantia da sociedade democrática. Nós somos a garantia do equilíbrio social. Há interesse público em tudo que fazemos, nós cuidamos do direito das crianças, dos deficientes, dos idosos, daqueles que estão nos hospitais psiquiátricos. Nós cuidamos do ordenamento jurídico, para que seja aplicado de forma justa, de forma legal. Então não há espaços que o Ministério Público não possa atuar. Onde existir aplicação da lei, desequilíbrio, onde houver necessidade justiça, nós estaremos do lado.

MKlang: Leny, quero acrescentar ao que você disse uma curiosidade. Quando a Lei do Ventre Livre foi editada, em 1871, não existia Ministério Público, porque Ministério Público enquanto instituição é uma instituição republicana – mas já existia o Promotor. Desde que o mundo é mundo, existe Juiz e existe promotor.

Bom, a Lei do Ventre Livre criou a figura do Curador dos Inocentes. Quem era o Curador dos Inocentes? Era um Promotor de Justiça que ia tutelar os direitos daquela criança que já tinham nascido do ventre livre, filho de escravos ou ex-escravos, e que já era livre pela Lei de 1871. E quem patrocinava a defesa dos interesses deles era um Promotor de Justiça. Era o Curador dos Inocentes.

LCA: É inato, não é? É da própria...

MKlang: É do nascedouro nosso, não é?

Bloco 12

MKlang: Então eu vou para o último bloco. É um bloco que tem perguntas das pessoas que estão nos ouvindo.

Isaura: No momento temos três perguntas. A primeira delas é da Joice Moreira Rodrigues. “Quais as principais dificuldades, materiais ou formais, vencidas na atuação no combate ao crime?”

LCA: Bem, vamos por partes. Combater o crime é uma proposta ministerial, constitucional, democrática e importante na sobrevivência das sociedades, seja ela no nosso país ou internacional. Enquanto houver relações humanas, evidente que você tem que combater a infração. E você luta contra realidades, contra indivíduos. Agora, acredito até que a Joice esteja pensando nas dificuldades atuais, porque mudam com a lei, ela copia os fatos. A norma jurídica surge com os fatos.

Nós tivemos uma evolução negativa das organizações criminosas. Antes você combatia o crime, o criminoso, o ladrão, o assassino. Quando se uniam em quatro, uma quadrinha. Você conseguia combater de forma mais fácil, com pouco material, com os esforços da polícia e do Ministério Público que, aliás, devem sempre trabalhar em conjunto. Mas hoje, de algum tempo para cá, nós estamos lidando com um arcabouço criminoso muito difícil de combater, porque há muito dinheiro nesse substrato, é muito rendoso o crime hoje em organizações criminosas refinadas. Existem não só os líderes da frente de batalha deles, mas os líderes que sustentam o poder econômico, que aplicam dinheiro no crime. Então hoje, combater o crime, tornou-se uma tarefa mais difícil e...

MKlang: Mais sofisticada, eu diria.

LCA: Mais sofisticada. Mais perigosa, inclusive. Porque hoje eles se expandem de tal forma que tem cronogramas, bancos, dinheiro no exterior, infiltração no poder político. Muitos se infiltram na polícia, são pessoas que estão lá para praticar ilícitos, para tirar vantagens. Se infiltram na política, no futebol, nos esportes, eles se organizam muito.

MKlang: E tem um agente facilitador, não é, Leny, que é a internet?

LCA: Exatamente. Hoje a gente está conversando aqui, provavelmente, de alguma maneira, estão ouvindo nossa conversa em algum lugar, onde não foram convidados por nós. Hoje não temos mais privacidade, a privacidade desapareceu. Então, isso tudo facilita o crime. Agora vai sair o *Pix*², já existe um grupo pensando em como fraudar o *Pix*. Quer dizer, o crime já está nascendo antes do fato.

MKlang: Antes do próprio produto financeiro.

LCA: Eu fui do Cível, fui Curadora de Registro Civil, Curadora de Resíduos, mas o sangue fervia quando eu combatia o crime. E aquela coisa de Curador, de Patrimônio, de interdição, sabe, parecia uma coisa menor, muito menor, do que você lutar, tendo como objeto, a libertação dos inocentes. Por vezes, você já deve ter feito, no exercício da Promotoria, pedimos absolvição, de alguém cujas provas...

MKlang: Sim, podemos até recorrer se o réu for condenado.

LCA: Recorrer pelo inocente, por aquele que você acha inocente. Então, é um papel muito maior do que muitas vezes a sociedade pensa: “Ah, Promotor é só para acusar”. Não é não!

MKlang: Isso é o sistema americano, não é o nosso.

LCA: O Promotor é o equilíbrio da sociedade. Enquanto houver pessoas, nós vamos lutar sempre para isso, porque a sociedade tende ao desequilíbrio. O mal coloca um peso muito grande no prato da balança.

MKlang: Deixa agora eu puxar a sardinha um pouquinho para o meu lado. No cível, a coisa tomou um gosto mais, vamos dizer assim, forte, apimentado, com as Ações Cíveis Públicas. E por meio das Ações Cíveis Públicas, que você tutela interesses da comunidade, tutela interesses do consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico-artístico. Isso tomou um rumo mais...

² *Pix* é um meio de pagamento eletrônico criado pelo Banco Central e que entrou em vigor a partir de 16/11/2020.

LCA: Colocou um manto mais bonito, de interesse social, dos valores defendidos.

MKlang: Exatamente.

LCA: Você tem razão. Na minha época, ainda não trabalhava nessa parte.

MKlang: Estava surgindo.

LCA: Tutela Coletiva. Isso tudo realmente deu um engrandecimento à atuação no nível, é verdade.

LSW: Das dificuldades materiais nós já falamos. Na época, nós tínhamos essa deficiência da própria legislação, não é? Então, muitas vezes era preciso inventar, criar novas formas de combater a criminalidade, de defender os interesses sociais. Eu também trabalhei um pouco nessa área porque fiz parte do primeiro grupo que lidou com a questão dos chamados Direitos Difusos, Direitos Metaindividuais. Inclusive a preocupação maior nessa época era o Direito Ambiental, porque a legislação era nova. Nós criamos um grupo de trabalho dentro do Ministério Público para atuar nessa área. Mas sempre com bastante dificuldade, por causa da deficiência do instrumental jurídico e dos recursos materiais. Na área ambiental, por exemplo, o tempo todo é preciso trabalhar com peritos, com perícias.

MKlang: Perícias ambientais.

LSW: Perícia de química, de física, de botânica, zootecnia. Tanta coisa. E nós não tínhamos esses recursos, era preciso recorrer a repartições públicas do Estado, da união, e pedir que nos fornecessem dados, elementos, pessoas que pudessem nos ajudar.

MKlang: Se e quando elas quisessem.

LSW: Sim, claro. Porque uma coisa é você ter o seu quadro próprio, outra é você depender de alguém que vem de fora para te ajudar. Hoje eu sei que o Ministério Público tem todo um quadro de peritos que são dedicados e que, José Eduardo Ciotola Gussem que está nos ouvindo sabe melhor do que eu. Ele foi, inclusive, um dos grandes incentivadores dessa área. Então, são mudanças que realmente nos alegam.

Bloco 13

LSW: Gostaria de contar um pequeno fato. Quando eu estava na Procuradoria-Geral, nós tínhamos o Centro de Estudos do Ministério Público, que hoje evoluiu e, se não me engano, virou um instituto, não é?

MKlang: Instituto Roberto Bernardes Barroso [IERBB].

LSW: Pois é. Quando foi lançado no Brasil o Código do Consumidor, nós conseguimos, através desse Centro de Estudos, com apoio do governo estadual e do Estado de São Paulo – o Ministério Público de São Paulo também contribuiu – organizar aqui no Rio, no prédio do antigo Ministério da Fazenda, um evento internacional, com vários professores que vieram da Bélgica, da Inglaterra, da Itália, se não me falha a memória, ao lançamento de apoio ao Novo Código de Defesa do Consumidor. Se Márcio me permite, se tenho tempo, vou contar um pequeno episódio.

Desse grupo de professores estrangeiros que veio, alguns inclusive, trouxeram os cônjuges, a esposa, o marido. Havia lá um grupinho de uns três ou quatro professores estrangeiros que insistiam muito conosco que gostariam de assistir à cerimônia de algum rito afro-brasileiro. Na época, Teresa, minha esposa, e eu éramos professores na Universidade Santa Úrsula, e lá na universidade havia um padre que estava desenvolvendo uma tese de doutorado sobre religiões afro-brasileiras. Nós pedimos e ele nos pôs em contato com um cidadão que era um, não sei como qualificar, mas era uma espécie de chefe, mestre de cerimônia. Lá entre eles chamavam de *Pai de Santo*.

MKlang: É um líder, não é?

LSW: É um líder que organizava e dirigia uma comunidade, um terreiro. Lembro-me até hoje, ficava ali perto da Praça da República, uma daquelas ruas. Nós tínhamos uma van que tinha sido alugada, com a verba do congresso, para conduzir os professores estrangeiros, não só para as atividades do próprio evento, mas também para que pudessem sair à noite para jantar, assistir a algum show. Então, lá fomos nós, eu e Tereza fomos também, nessa *van* assistir a uma cerimônia de candomblé. Lá passamos a noite, foi muito interessante. Os professores estrangeiros gostaram muito, fizeram os maiores elogios. Isso tudo com muito respeito, não era como se a gente fosse para um circo, não. Todo mundo era muito consciente.

MKlang: Eu sei, vocês foram conhecer o que eles não conheciam.

LSW: E houve uma conscientização prévia, inclusive, com a ajuda desse sacerdote católico, o padre, que tinha contato com o pessoal dessas religiões. Houve uma preparação para que o pessoal soubesse que era uma cerimônia religiosa, que merecia todo respeito como qualquer outra religião.

E foi muito interessante, inclusive, eu aprendi muita coisa. Foi uma coisa que marcou.

Na época, quem trabalhava comigo lá no Centro de Estudos era a nossa colega Irenice Nunes Azevedo Lima, queridíssima. Irenice realmente foi o grande suporte, o grande esteio desse nosso Centro de Estudos durante vários anos.

Bloco 14

Isaura: Pergunta da Laise Costa Pinheiro para a Dra. Leny.

“Seria possível explanar um pouco mais sobre sua experiência no grupo de combate ao crime organizado?”

LCA: Sim. O Grupo Especializado Contra o Crime Organizado (GECCOR) foi a primeira, até onde eu sei, sementinha das tarefas dos grupos para enfrentar a organização que vinha surgindo no crime. Hoje há a *Força Tarefa* em Curitiba e temos uma previsão legal das Varas Colegiadas. O GECCOR foi assim um embrião, porque nós tínhamos muito pouco apoio logístico quando Navega criou esse grupo e me entregou a coordenação. Éramos também especializados em sequestros, havia muitos sequestros nessa ocasião. Roberto Medina³ e outros tantos donos de viação, estavam entre os que foram sequestrados à época. E havia muita coisa em comum nesses sequestros: rastros fora do Estado, no Espírito Santo, em Minas Gerais, por exemplo. Então, havia a necessidade de uma maior organização. No grupo especializado tínhamos: Evandro Barbosa Steele, Carlos Roberto de Castro Jatahy, Luiz Carlos Cáffaro e Marcellus Polastri para tratar dos temas de sequestro e tráfico de drogas em quadrilha, que era uma ampla frente para ser sequenciada e enfrentada. Bem, esse grupo trabalhava no oitavo andar do Tribunal de Justiça, em uma sala que estava sem uso. Navega forneceu um escrivão, que veio trabalhar conosco e três

³ Empresário cujo sequestro motivou a criação do grupo especializado.

funcionários, para podermos pegar os processos nas outras varas. Foi até um momento interessante. Hoje a norma legal já prevê o aparente deslocamento do Promotor e do Juiz Natural. Nessa lei anticrime, por exemplo, coloca uma previsão, que ainda não está em vigor, das câmaras colegiadas que vão poder acompanhar os processos contra o crime organizado até a parte de execução penal. Enfim, voltando à época de 1990. Tínhamos esses recursos e uma kombi para nos levar onde quiséssemos.

Qual era a característica mais importante desse grupo, por que ele se diferenciava da atividade normal dos outros Promotores e das outras varas? Nós acompanhávamos de perto as atividades. Por exemplo, alguém quer estourar um catifeiro, alguém descobria o refém em algum lugar, na hora de ir até o Ministério Público, ela também ia, também assistia ao primeiro interrogatório, fosse qual fosse a hora. Isso foi excelente. Parece pequeno, mas foi excelente.

Fiscais da lei
Promotores investigam evasão de impostos no RJ

que não deixa nada escapar, em uma cidade que costuma ser próspera com o comércio.

Na primeira semana de trabalho no plantão, a filha do chefe não havia ainda se familiarizado com o trabalho de promotor. A primeira experiência foi feita ainda antes da saída da primeira sessão do Conselho de Defesa do promotor Eduardo Buarque Neto, também integrante do grupo. Desde então, a filha do chefe não deixou de acompanhar o trabalho de promotor. Ela já passou por várias situações, inclusive a de acompanhar o trabalho de promotor e de acompanhar o trabalho de promotor.

Uma mulher no mundo masculino

Uma mulher no mundo masculino. A imagem mostra a Dra. Leny Costa de Assis, coordenadora do Grupo Especializado Contra o Crime Organizado (GECCOR), em uma reunião.

Loucura sem método
O pecado da família Buarque

Depois de uma reunião com a família Buarque, o promotor decidiu investigar a situação de saúde mental de um dos membros da família. O trabalho de investigação foi feito em conjunto com a família e com a ajuda de um psicólogo. O trabalho de investigação foi feito em conjunto com a família e com a ajuda de um psicólogo.

Matéria sobre a atuação do Grupo Especializado Contra o Crime Organizado (GECCOR), coordenado pela Dra. Leny Costa de Assis

O que o réu dizia lá e com as provas que tínhamos dava para iniciar a investigação e chegar rapidamente à denúncia e realizar a coleta de outras provas.

O grupo funcionou de forma muito interessante, foi uma colaboração com a polícia muito importante, aliás acho que deve ser a tônica do nosso sistema democrático, da área de combate ao desequilíbrio, área que combate o crime, a infração, ela tem lugar para todo mundo, todo mundo precisa estar junto para trabalhar. Nós trabalhamos muito junto com a polícia, a Delegacia de Investigação e Combate ao Crime Organizado (DICOR) e também pelo controle externo.

Lembro que processos que iam para a DICOR, que baixavam com diligência, inquéritos ainda, eu e os colegas cobrávamos, dizíamos: “30 dias são 30 dias, se o processo não voltou, nós vamos buscar”. Eu entrava na kombi junto com um colega e ia à DICOR. O Delegado estranhava, na primeira vez, estranhou muito. Quando cheguei ele perguntou o que eu queria e eu disse que fui buscar o processo porque já tinha passado do prazo. Ele informou que faltava costurar, e eu disse que não precisava, costurava lá no MP. Pegava uma bolsa e trazia o processo. Entendeu?

MKlang: Conheça esse filme.

LCA: Então, são pequenas coisas que, claro, o controle externo é muito mais do que isso. Mas, o principal, nós exercitamos bem. Outro exemplo é a cooperação com Minas Gerais e o Espírito Santo. Minas chegou a mandar um grupo da Polícia Militar para ver como atuávamos. O DEA, Departamento Antidrogas dos EUA mandou uma pessoa para nos conhecer, pensando que tivéssemos uma grande estrutura...

MKlang: Que fossem *Os Intocáveis*, não é. Aquela coisa...

LCA: O jornal chegou a colocar uma caricatura nossa com a legenda “Os Intocáveis”. Eu estou horrível na caricatura. Mas, quer dizer, não éramos os intocáveis. Quando chegaram lá, viram uma geladeira, uma escrivaninha. Aí perguntaram assim: “Cadê a segurança de você?”. Olhei para o Polastri e apontei para o céu. Aí ele perguntou: “Está no andar de cima?”. Respondi: “No céu. É Deus!” Nós não tínhamos guarda nem proteção nenhuma. Eu saía de noite, pegava meu carro no estacionamento e era Deus que me protegia. Até tive por um tempo uma pistola na bolsa, uma 22. Mas cheguei à conclusão que era bobagem portar aquela arma, porque se alguém

quisesse atingir a mim ou a algum colega, ia atingir de surpresa, não ia dar tempo de abrir a bolsa, pegar a pistola...

MKlang: Nós, para darmos um tiro, Leny, pensamos duas vezes. O bandido não.

LCA: Não, ele já sai atirando, não é? Então, essa parte da arma até deixei para lá. Mas, enfim, voltando ao que estávamos falando, sobre o nosso Grupo Especializado.

Teve até um controle externo interessante para eu falar. Se não me engano, que veio à tona. Em uma ocasião, e não foi só uma ocasião, mas essa foi manifestadamente, veio uma moça no nosso oitavo andar, de roupa bastante vistosa, uma afrodescendente muito bonita, toda enfeitada com joias e coisas, e ela queria falar comigo, com a chefe do grupo. Eu não era chefe nem nada, era coordenadora, estávamos todos juntos, na mesma posição, não havia hierarquia nenhuma. Mas ela viu uma mulher, os outros eram todos homens, e se sentiu mais a vontade de falar comigo. Ela veio se queixar de que era namorada de um dos sequestradores que estava sendo procurado e que a polícia tinha enfiado o pé na porta da casa, estragado tudo que tinha lá: rasgaram sofá, rasgaram tudo, procurando coisas, estragaram a televisão. Ela não tinha a quem se queixar, porque não confiava na polícia para fazê-lo, porque não sabia até que ponto essa diligência tinha tido uma ordem. Então veio se queixar a mim, que representava o órgão de persecução criminal responsável por prender o marido dela também. Na mesma hora, assumi a posição do *custos legis*...

MKlang: De fiscal da lei.

LCA: Fiscal da lei. E entrei em contato com o Secretário de Polícia Civil, ele era bem conhecido, mas agora não me lembro o nome.

Ele foi muito delicado. Disse a ele que na nossa gestão eu não queria mais esse tipo de diligência, porque não levava a nada. Nós temos dispositivos constitucionais para que a pena não passe do indiciado, da pessoa que infringiu a lei. Então, não se justifica você agredir, ou pressionar ou sequestrar ou esconder pessoas da família do réu ou do bandido, do infrator, para justificar a prisão dele, para que ele se apresente ou sei lá.

O Estado estaria agindo igualzinho ao sequestrador. o Estado estaria litigando com as mesmas armas desonrosas daquele que está

persequindo. A moça não apareceu de novo, não fui atrás, mas acredito que não tenha havido mais perseguição a ela. Depois o namorado deve ter sido preso, não lembro dele. O fato é que nós tínhamos esse diálogo permanente com a polícia. E isso é importante dizer.

Nós ficávamos até as tantas fazendo as audiências, porque como lidávamos com os processos de todas essas pessoas: tráfico de drogas, sequestro, quadrilha, para agilizar a ação penal ficávamos nos depoimentos das testemunhas que às vezes acontecia sete e meia da noite, sete e tanto da noite. Teve uma vez, recordo um fato bem rápido, fui fazer a audiência com aquele Juiz que era pastor protestante, como era o nome dele?

MKlang: Mair?

LCA: Isso. Eduardo Mair. Obrigada por me lembrar. Eram sete da noite, estávamos ouvindo depoimento sobre tráfico de drogas, era um dos chefes. Eu falei para ele: “Ah, Dr. Mair, estou tão cansada. Às vezes me pergunto por que estou aqui”. Ele respondeu de uma maneira muito bacana: “Doutora, Deus sabe onde coloca as pessoas. A senhora está onde deveria estar”. Uma frase simples, mas...

MKlang: Gentil e verdadeira.

LCA: É. Verdadeira. Realmente pensei: “Acho que realmente estou onde poderia estar, então tenho que fazer o melhor. O que se espera é que se faça o melhor”. Mas era essa a ideia.

Ao final surgiu uma coisa muito boa também, o DICOR foi substituído pela Central de Inquéritos. Claro, não era a mesma coisa, não era um grupo especializado. Mas foi um nascedouro também bom da Central de Inquéritos, de agilização, de diminuir a judicialização do inquérito: vai do Promotor para o Juiz, do Juiz para o Promotor, aquela coisa toda.

O nosso grupo foi desfeito na era do Biscaia. Biscaia desfez e criou a Central de Inquéritos, com excelentes propósitos. Nós conseguimos, em segunda instância, em menos de um ano 119 presos. Quando Cáffaro morreu, foi um momento tão triste pra mim, porque nós fomos lá para Niterói, no enterro dele. Cáffaro era tão dedicado. Jatahy, tão dedicado, Marcelo Polastri tão dedicado, sabe. Era uma dedicação que não tinha hora para começar nem para terminar. E eu tinha a felicidade de ter ao meu lado um marido maravilhoso, que me incentivava. O meu trabalho para ele tinha a mesma sacralidade que

o trabalho dele para mim. Então, para casar com uma Promotora de Grupo Especializado de Combate ao Crime Organizado, sem ter hora para nada, precisa ser um homem muito, muito bom, maravilhoso, cooperador. Já que partiu, faço essa homenagem a ele: um grande marido, um grande homem que esteve ao meu lado por 47 anos: José Benedito de Assis.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 147.584 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): JOAO PAULO BENICIO DE MELO

IMPTE.(S): MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUAMA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTIMAÇÃO – DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES – MANIFESTAÇÃO – OPORTUNIDADE – NULIDADE RELATIVA. A falta de intimação, após o encerramento da instrução, para manifestação das partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento pressupõe a insurgência em momento oportuno.

ROUBO – GRAVE AMEAÇA – FUNDADO TEMOR. A efetiva intenção do agente de realizar o mal prometido não se revela imprescindível à caracterização da grave ameaça exigida pelo tipo penal roubo, bastando seja o meio utilizado para a subtração do bem revestido de aptidão a causar fundado temor ao ofendido.

ROUBO – GRAVE AMEAÇA – CORRÉUS – VÍNCULO SUBJETIVO. Ante a vinculação subjetiva, a caracterizar concurso de agentes, a circunstância de não ter o corrêu implementado grave ameaça é desinfluyente – artigo 29 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão realizada por videoconferência, em 2 de junho de 2020, presidida pela Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de junho de 2020.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

02/06/2020
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 147.584 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): JOAO PAULO BENICIO DE MELO

IMPTE.(S): MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Caio Salles:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no inquérito nº 03887/2007, apresentou denúncia contra o paciente e outra pessoa, imputando-lhes a prática da infração prevista no artigo 157, § 2º, inciso II (roubo com causa de aumento alusiva ao concurso de agentes), do Código Penal. Segundo narrou, na condição de empregado da empresa vítima, era responsável por realizar movimentações bancárias, recebendo significativas importâncias em dinheiro. Conforme descreveu, na data dos fatos, o paciente e outro funcionário da empresa foram abordados pelo corréu, que, mediante grave ameaça exercida por simulação de portar arma de fogo, exigiu-lhes o dinheiro que estavam transportando. Sublinhou que, na ocasião, o paciente, previamente ajustado com o suposto assaltante, fingiu também ser vítima, entregando a quantia que estava carregando.

O Juízo da Quinta Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, no processo nº 0020322-82.2013.8.19.0001, condenou-o a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial de cumprimento semiaberto, e ao pagamento de 64 dias-multa, em virtude do cometimento do delito mencionado.

A Oitava Câmara Criminal proveu parcialmente apelação interposta pela defesa, redimensionando a pena pecuniária no patamar de 13 dias-multa. O título condenatório transitou em julgado.

No Tribunal de Justiça, foi formalizada a revisão criminal nº 0045209-65.2015.8.19.0000, por meio da qual se sustentou: a) configurada nulidade processual, tendo em vista não haver sido oportunizado às partes, após o encerramento da instrução,

manifestação acerca de diligências complementares, nos termos do artigo 402 do Código de Processo Penal; e b) desclassificada a conduta para o crime de estelionato. O Segundo Grupo de Câmaras Criminais julgou-a improcedente. Quanto à nulidade, afirmou haver a Defensora Pública, incumbida da defesa técnica do paciente, após a inquirição das testemunhas, assinado a ata de audiência sem insurgir-se ante a não abertura de prazo para diligências, apresentando regularmente alegações finais. Concluiu ausente prejuízo a viabilizar o reconhecimento de ilegalidade. Destacou inadequada a desclassificação da conduta, uma vez que o corréu, acordado com o paciente, abordou outro funcionário da empresa utilizando-se de grave ameaça, dizendo que estava armado e proferindo palavras como “perdeu, perdeu, me dá o dinheiro, moleque”. Ressaltou que, embora soubesse o paciente tratar-se de falso roubo, a vítima desconhecia a situação, tendo entregue os valores que estavam consigo.

A Terceira Vice-Presidência inadmitiu recurso especial.

No Superior Tribunal de Justiça, o Relator conheceu do agravo nº 959.515 para negar provimento ao especial. A Quinta Turma desproveu agravo regimental. A Presidência negou seguimento a recurso extraordinário. A Corte Especial desproveu agravo interno. O acórdão transitou em julgado em 31 de maio de 2017.

Os impetrantes afirmam caracterizada nulidade processual, apontando que o Juízo, ao término da instrução, não ofereceu às partes oportunidade para requererem diligências. Sustentam desrespeitado o artigo 402 do Código de Processo Penal. Arguem inadequada a capitação jurídica conferida aos fatos. Frisam ajustar-se a conduta ao tipo penal de no que, pois, segundo aduzem, foi simulado roubo, no qual os acusados pretendiam manter o ofendido em erro, com a finalidade de obter vantagem ilícita. Sublinham ter o paciente fingiu ser vítima do assalto, não realizando grave ameaça.

Não houve pedido formal de liminar. Postulam seja o processo-crime anulado, observado o artigo 402 do Código de Processo Penal e, sucessivamente, desclassificada a conduta para o delito de estelionato.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

02/06/2020
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 147.584 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A falta de abertura de prazo, após o encerramento da instrução, para manifestação das partes acerca do interesse na feitura de diligências complementares – artigo 402 do Código de Processo Penal – constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento pressupõe seja o inconformismo veiculado em momento oportuno, isto é, quando da apresentação das alegações finais. Precedentes: *habeas corpus* nº 73.671, Primeira Turma, relator o ministro Celso de Mello; e agravo regimental no recurso em *habeas corpus* nº 133.931, Segunda Turma, relator o ministro Teori Zavascki. A defesa do paciente deixou de apresentar insurgência nas alegações finais e nas razões da apelação. A par desse aspecto, os impetrantes sequer apontaram quais seriam as diligências não requeridas.

Quanto à desclassificação da conduta, observem os contornos da impetração: o paciente, fingindo-se vítima, ajustou-se previamente com o corréu, que, por meio de grave ameaça consistente em simulação de portar arma de fogo, subtraiu do ofendido os valores que estava transportando. O enquadramento dos fatos no tipo penal previsto no artigo 157 do Código Penal mostrou-se adequado, tendo em vista qualificar-se o roubo como crime complexo, cuja estrutura típica exige a realização da subtração patrimonial mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

O fato de o assalto envolver situação forjada entre o paciente e o corréu não viabiliza o reconhecimento do tipo penal de estelionato, no que, além de a simulação não ser de conhecimento da vítima, a caracterização do roubo não pressupõe a efetiva intenção do agente de realizar o mal prometido, bastando seja a forma utilizada para a subtração da coisa alheia móvel revestida de aptidão a causar fundado temor ao ofendido.

A ameaça praticada pela simulação do porte de arma de fogo constitui meio idôneo a aterroizar, valendo notar que a entrega do dinheiro ao suposto assaltante decorreu da abordagem feita.

A circunstância de não ter o paciente feito grave ameaça contra a vítima não surge relevante, porquanto a vinculação subjetiva com o corréu, a configurar o concurso de agentes, legítima sejam os fatos, em relação a ambos os acusados, enquadrados no tipo de penal de roubo, observada a teoria monista, conforme dispõe o artigo 29 do Código Penal:

Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Indefiro a ordem.

É como voto.

**02/06/2020
PRIMEIRA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 147.584 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente. Boa tarde, Ministro Marco Aurélio, Ministro Luiz Fux e Ministro Roberto Barroso. Cumprimento também a Doutora Cláudia Sampaio, parabenizando-a pela sustentação, e o Doutor Marcos Crissiuma, igualmente parabenizando-o pela sustentação. Quero também cumprimentar o João Paulo e agradecer todo o trabalho desenvolvido durante esse período como secretário da Primeira Turma.

Presidente, em rápidas palavras, acompanho integralmente o eminente Ministro-Relator. Como salientado por Sua Excelência, em primeiro lugar, não há prova de eventual prejuízo da defesa por não ter apresentado as diligências ou não as ter requerido em momento adequado. Consta, inclusive, que, após o final da instrução, colhida a prova oral, quando a juíza determinou que se manifestassem em alegações finais, a Defensoria Pública tomou ciência da ata, apresentou alegações finais e não arguiu a necessidade de diligências.

Outro ponto, que me parece talvez o mais importante, é que poderíamos, eventualmente, a meu ver e com todo respeito às posições em contrário, entender por uma desclassificação para estelionato, se fossem duas pessoas que pretendessem auferir vantagem econômica combinando uma simulação de roubo. Mas aqui há uma terceira pessoa, o funcionário Robson.

É verdade que, quando chega um dos dois que combinaram e anuncia o roubo, simulando a arma de fogo, para essa terceira pessoa, o funcionário Robson, aquilo era efetivamente um roubo – ele não tinha a mínima ciência de eventual simulação entre os dois. Nunca se sabe as consequências dessa grave ameaça se, eventualmente, Robson reagisse. Para todos os efeitos, aquela conduta, em relação a Robson, foi subtrair, mediante grave ameaça simulando arma de fogo, vantagem alheia. A meu ver, o crime de roubo, em relação ao terceiro, está presente.

Com essas rápidas considerações, indefiro a ordem, acompanhando o eminente Ministro-Relator.

**02/06/2020
PRIMEIRA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 147.584 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Boa tarde a todos, Ministro Alexandre, Ministro Fux e Ministro Marco Aurélio. Senhor Secretário João Paulo,

também eu me associo aos agradecimentos pelo largo período de serviços bem prestados à nossa Turma e ao Tribunal. Cumprimento a Doutora Cláudia Marques Sampaio – é sempre uma alegria tê-la de volta aqui ao nosso convívio – e também o Doutor Marcos Crissiuma, que fez uma excelente sustentação, com um ponto que me chamou particular atenção: o fato de que a empresa teria “perdoado” o funcionário que procedeu dessa forma, tendo inclusive ajudado em sua defesa, ao contratar advogado altamente qualificado.

Devo dizer que, em rigor, não há prova disso e, tecnicamente, não faria grande diferença jurídica, embora ache que, do ponto de vista moral, faz diferença sim, porque revela que a empresa continua a depositar alguma fé e que teria superado o episódio. Porém, para nós, a essa distância dos fatos, não resta alternativa senão julgar à luz dos elementos que temos.

Esses elementos, a meu ver, caracterizam o crime de roubo, com essa observação relevante do Ministro Alexandre de Moraes de que uma terceira pessoa não fazia parte do plano e, conseqüentemente, para essa pessoa, houve efetivamente um assalto, com todo o evidente estresse emocional que isso traz. Mais ainda, como observou o Ministro Alexandre, o risco de uma reação que pudesse ter terminado senão em tragédia, no mínimo em uma cena de violência.

Tenho aqui minhas reservas em mandar para o sistema penitenciário uma pessoa que se tenha arrependido de maneira efetiva – ainda que não eficaz do ponto de vista técnico –, mas acho que estamos jungidos às circunstâncias do processo. Estou certo de que o advogado conseguirá, em breve, uma progressão de regime e, desejavelmente, a ressocialização do paciente.

Com essas breves considerações, Presidente, estou acompanhando a posição do Relator.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

HABEAS CORPUS Nº 147.584

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE (S): JOAO PAULO BENICIO DE MELO

IMPTE.(S): MARCOS VIDIGAL DE FREITAS CRISSIUMA (130730/RJ, 415825/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, indeferiu a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Luiz Fux. Falaram: o Dr. Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma pelo Paciente e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral

da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 02.06.2020.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

João Paulo Oliveira Barros

Secretário da Turma



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 5.615 / SÃO PAULO**

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: USP-UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIME JURÍDICO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. LEIS COMPLEMENTARES Nº 1.074/2008 E Nº 1.202/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO. CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 39, *CAPUT*, DA CF. UNICIDADE DE REGIME. IMPROCEDÊNCIA.

1. Compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista, sendo que a Constituição Federal não excluiu a possibilidade de ser adotado o regime de emprego público (celetista) para as autarquias.

2. Para que haja produção completa dos efeitos do art. 39 da CF, é indispensável que o Ente federativo edite norma específica instituindo o regime jurídico de seus servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas.

3. No caso do Estado de São Paulo, não foi editada norma específica instituindo o regime jurídico dos servidores estaduais. A Lei paulista nº 10.261/1968, a qual dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado, não pode ser considerada para esse fim, pois foi editada sob a Constituição de 1967, que não continha essa exigência, e ela própria trata de restringir

o seu alcance, quando estabelece, em seu art. 2º, que aquelas normas “*não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial*”.

4. A ausência da lei instituidora de um único regime de servidores na Administração Direta, autárquica e fundacional, apesar de se mostrar como uma situação constitucionalmente indesejável, não possui o condão de censurar as normas que estipulem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de mora legislativa.

5. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em julgar improcedente o pedido formulado, para declarar a constitucionalidade das Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013, ambas do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros EDSON FACHIN e ROBERTO BARROSO, que divergiam do Relator para declarar a inconstitucionalidade das Leis com modulação dos efeitos. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro DIAS TOFFOLI (Presidente).

Brasília, 29 de maio de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

29/05/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.615 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: USP-UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): O Procurador-Geral da República propõe esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que não há requerimento de cautelar, em face das Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013, ambas do Estado de São Paulo, que criaram milhares de empregos públicos na Universidade de São Paulo.

Eis o teor da legislação impugnada:

Lei Complementar nº 1.074/2008

Artigo 1º Ficam criados, no Subquadro de Empregos Públicos da Universidade de São Paulo, 8.893 (...) empregos públicos técnicos e administrativos, distribuídos na seguinte conformidade:

I – 2.593 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Superior, Faixa Inicial I, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP;

II – 3.729 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Técnico, Faixa Inicial I, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP;

III – 2.571 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Básico, Faixa Inicial I, Nível “G”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP;

Parágrafo único – Os empregos públicos de que trata o *caput* deste artigo serão preenchidos, gradativamente, dentre as categorias profissionais previstas nos Anexos I, II e III desta lei complementar.

Artigo 2º Para fins de aplicação desta lei complementar, consideram-se:

I – emprego público: conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a servidor;

II – grupo: conjunto de empregos públicos com a mesma exigência de grau de escolaridade;

III – faixa: símbolo indicativo do grau de complexidade da função, identificado por algarismo romano;

IV – nível: símbolo indicativo da hierarquia de salário do emprego público, identificado pelas letras “A” a “K”.

Artigo 3º Os empregos públicos de que trata esta lei complementar serão preenchidos mediante prévia aprovação em concurso público

de provas ou de provas e títulos e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Parágrafo único – A identificação da categoria profissional e os requisitos específicos exigidos para o preenchimento do emprego público constarão do edital de abertura do respectivo concurso público.

Artigo 4º As despesas resultantes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento da Universidade de São Paulo.

Artigo 5º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Lei Complementar nº 1.202/2013

Artigo 1º Fica acrescido à Lei Complementar nº 1.074, de 11 de dezembro de 2008, o Anexo IV, para criar, no Subquadro de Empregos Públicos da Universidade de São Paulo, os empregos públicos de Professor de Educação Infantil-PROFEI/USP e Professor de Ensino Fundamental e Ensino Médio – PROFEM/USP.

Artigo 2º Os empregos a que se refere o artigo 1º desta lei complementar destinam-se ao atendimento:

I – da educação infantil nas Unidades de Educação Infantil;

II – do ensino fundamental e médio na Escola de Aplicação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.

Artigo 3º Para o ingresso nos empregos públicos criados por esta lei complementar será exigida a habilitação específica prevista na Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Artigo 4º Os salários dos empregos constantes do Anexo IV desta lei complementar, corresponderão ao Grupo Superior, Faixa Inicial 1, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da Universidade de São Paulo – USP.

Artigo 5º As despesas resultantes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento da Universidade de São Paulo.

Artigo 6º Esta lei complementar e suas Disposições Transitórias entram em vigor na data de sua publicação.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 1º Os atuais servidores ocupantes de empregos públicos pertencentes à categoria profissional de Educador, atualmente lotados no Quadro de servidores da Escola de Aplicação, em exercício das funções de magistério, terão a nomenclatura do emprego alterada para Professor de Ensino Fundamental e Ensino Médio – PROFEM/USP.

Artigo 2º Os atuais servidores ocupantes de empregos públicos pertencentes à categoria profissional de Educador e aqueles pertencentes à categoria profissional de Técnico de Apoio Educativo, que sejam portadores da habilitação exigida pela Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em exercício de funções de magistério, lotados nas Unidades de Educação Infantil da Universidade de São Paulo, passarão a integrar a categoria de Professor de Educação Infantil – PROFEI/USP.

A inicial subscreve a tese de que as referidas leis estariam em antagonismo com pelo menos dois preceitos constitucionais: o art. 37, IX (lido de perspectiva *a contrario sensu*); e o art. 39, *caput*. Argumenta que, ao criar 8.893 empregos públicos na estrutura da USP, a Lei Complementar nº 1.074/2008, alterada pela Lei Complementar nº 1.202/2013, teria afrontado o “*regime jurídico único*” veiculado pelo art. 39, *caput*, da CF, para contratações de servidores pela Administração Pública de todos os entes federativos, incluindo suas autarquias e fundações públicas.

Assinala que, embora alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, o *caput* do artigo 39 da CF teve sua eficácia suspensa pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da medida cautelar na ADI 2.135, quando a CORTE reconheceu vício formal no dispositivo, o que resultou na reabilitação de sua versão originária. Segundo a mensagem primitiva do art. 39, *caput*, conjugada com a leitura *a contrario sensu* do art. 37, IX, da CF, a contratação via emprego público somente se viabilizaria para preenchimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, mas não para o provimento indiscriminado do quadro funcional, tal como formalizado pelas leis impugnadas.

Acrescenta o Procurador-Geral da República que a contratação para ocupação de emprego público ocorreria apenas em empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades da administração indireta de âmbito federal, nos termos da Lei nº 9.962/2000, cujo regime, além de exigir aprovação em concurso público, não seria extensível às Administrações de Estados-Membros e Municípios. Eventual contratação fora desses limites, após a concessão da cautelar na ADI 2.135, configuraria atentado à decisão deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Na medida em que a USP seria autarquia estadual, aplicar-se-ia plenamente, ao seu modelo de recrutamento de pessoal, o art. 39, *caput*, da CF, na redação originária, cuja força normativa teria sido completamente revigorada após 6/3/2008, data da

publicação do acórdão da liminar na ADI 2.135 no Diário da Justiça. Como as leis aqui impugnadas são posteriores a essa data, tendo elas determinado a criação de empregos públicos, postula o requerente a declaração de inconstitucionalidade de ambas.

Ante a ausência de pedido cautelar, o caso seguiu o rito previsto nos arts. 6º e 8º da Lei nº 9.868/1999.

O Governador do Estado de São Paulo (peça 12) prestou informações em que defende a legitimidade dos atos normativos atacados, pugnando, subsidiariamente, pela modulação dos efeitos de eventual decisão de procedência do pedido. Aduz que as leis sob exame teriam sido editadas de acordo com permissão do art. 19, III, da Constituição local, para sanar questionamentos originados no Tribunal de Contas do Estado. No mérito, sustenta ser legítima a contratação, via emprego público, tendo em vista (i) a natureza de autarquia em regime especial da USP; (ii) a ausência de autoaplicabilidade do art. 39, *caput*, da CF; (iii) o fato de o Estado de São Paulo ainda não ter instituído, para seus servidores e empregados, regime jurídico único; (iv) a própria ressalva feita no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei Estadual nº 10.261/1968) de que este não se aplicaria aos empregados das autarquias, entre outros; (v) o fato de a própria Constituição, nos arts. 37, II e IX, e 40, § 13, prever a investidura em emprego público não temporário.

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (peça 16) também prestou as informações requeridas, quando realçou a regularidade da tramitação legislativa dos atos atacados, inclusive no tocante à iniciativa, oriunda do Governador do Estado. Afiançou que eventual procedência das teses de inconstitucionalidade defendidas na inicial dependeria de questão prejudicial, a ser resolvida no julgamento definitivo da ADI 2.135. Quanto ao mais, defendeu a constitucionalidade da criação de empregos públicos, tendo em vista (i) sua previsão no artigo 37, I e II, da Constituição Federal, e menção em outros dispositivos constitucionais; e (ii) a inaplicabilidade imediata da norma do art. 39 da CF.

A manifestação da Advogada-Geral da União (peça 21) também foi conclusiva pela legitimidade das leis complementares estaduais, no pressuposto de que o texto originário do art. 39, *caput*, da CF, revitalizado pelo julgamento cautelar na ADI 2.135, tem eficácia limitada, dependendo da edição de leis específicas para se tornar realidade no plano de cada entidade federativa. Anotou, ainda, que o Estado de São Paulo ainda não instituiu a unidade de regime jurídico para seus servidores. Ponderou, por fim, não haver contradição entre as leis impugnadas e o art. 37, IX, da Constituição Federal, pelo fato de não se destinarem as normas hostilizadas a atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em parecer (peça 23), o Procurador-Geral da República reportou-se às razões apresentadas na petição inicial, manifestando-se pela procedência do pedido.

É o relatório.

29/05/2020
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.615 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013, ambas do Estado de São Paulo, que criaram empregos públicos na Universidade de São Paulo – USP. Em breve resumo, o então PGR questionou a constitucionalidade dos diplomas normativos em razão da não observância do regime jurídico único de servidores públicos, em afronta aos arts. 37, IX, e 39, *caput*, da Constituição Federal.

Anoto que a presente ação direta foi movida por autoridade legitimada para a propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VI, da CF), em face de legislações estaduais, questionadas em confronto com preceitos da Constituição Federal, por petição em que se discriminou o pedido de inconstitucionalidade, com seus fundamentos e especificações (art. 3º da Lei nº 9.868/1999). Assim sendo, conheço da ação.

A questão controvertida nos autos consiste em saber se leis do Estado de São Paulo poderiam ter criado empregos públicos no âmbito da Universidade de São Paulo – USP, que é uma Autarquia de regime especial daquele Estado. O tema central da presente ação, portanto, gira em torno do alcance da expressão “regime jurídico único”, disposta no *caput* do art. 39 da Carta Magna.

A respeito desse dispositivo, compete lembrar que esta CORTE suspendeu, em medida cautelar, a eficácia da alteração promovida pela EC 19/1998, no que diz respeito à nova redação do *caput* do art. 39 da CF. Na ocasião, prevaleceu o entendimento de inconstitucionalidade formal da emenda por descumprimento do regime de tramitação e aprovação das emendas constitucionais, nos termos do art. 60, § 2º, da CF. O julgado recebeu a seguinte ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE

PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público.

2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.

3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.

4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência.

5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e

de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(ADI 2135 MC, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Rel. p/ acórdão Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 7/3/2008)

Cumprе ressaltar, no entanto, que a decisão do precedente em referência foi tomada em caráter liminar, de modo que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL futuramente irá se debruçar a respeito da questão meritória daqueles autos, concernente à validade formal da alteração trazida pela EC 19/1998.

Apesar de a hipótese em análise também tratar do art. 39 da CF, entendo não haver uma relação de prejudicialidade direta entre a presente ação e a ADI 2.135. Isso porque naquela ocasião se discutiu a validade constitucional do processo de votação para aprovação de emenda constitucional, prevalecendo o entendimento de ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Por mais que tenha havido debate a respeito do alcance da redação original do art. 39, a CORTE não tratou de definir o sentido da expressão “regime jurídico único”, o que torna oportuna a discussão do caso em exame.

A propósito, veja-se o que a CORTE entendeu, no âmbito da 2ª Turma, sobre essa questão (grifos aditados):

(...) 4. Na ADI nº 2.135/DF-MC, em sede de juízo liminar, o STF assentou a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade formal da norma e deferiu provimento cautelar, após os Ministros da Suprema Corte ponderarem que a alteração da redação do dispositivo pela EC nº 19/98 teria possibilitado, no âmbito do mesmo ente federativo, a instituição de regimes jurídicos distintos (não “único”, como previsto na redação original) para seus trabalhadores. 5. *A decisão liminar na ADI nº 2.135/DF, portanto, não teve o condão i) de declarar inconstitucional os diplomas normativos que tiverem instituído as regras da CLT para a regência do vínculo entre a Administração Pública e seus servidores, tampouco, ii) de declarar a inconstitucionalidade de leis editadas antes da vigência da EC nº 19/98.* 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(Rcl 19837-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 28/4/2016)

Portanto, reforço o entendimento da ausência de prejudicialidade direta entre o que ficou decidido, em caráter liminar, na ADI 2.135 e a conclusão da matéria tratada nos presentes autos.

Como se viu, após o deferimento da medida cautelar em comento, voltou a ter eficácia a redação original do *caput* do art. 39 da Carta Magna, cujo teor segue abaixo:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Em sede doutrinária, muito se discute a respeito do sentido do dispositivo constitucional acima, de modo que é possível verificar ao menos três correntes de pensamento sobre o tema, conforme afirma JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 603):

(a) A primeira corrente sustenta que:

A Constituição vigente instituiu o *regime jurídico único* para os servidores civis da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, o que significa ter afastado o regime trabalhista, utilizado por algumas Administrações para a contratação de seu pessoal para certas atividades.

(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 355)

(b) De outro lado, tem-se o seguinte entendimento:

A Constituição de 1988 restringiu ainda mais, pois, de um lado, previu regime jurídico único (hoje não mais exigido, em decorrência da Emenda Constitucional nº 19/98), regime esse que poderia ser estatutário ou contratual, a critério de cada unidade da federação; (...) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 493)

(c) Por fim, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO lembra de uma terceira vertente a respeito do tema, apresentada por TOSHIO MUKAI:

(...) admite-se a opção por um regime único para a Administração Direta e outro para autarquias e fundações públicas. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 603)

Apesar da contrariedade de entendimentos sobre o *caput* do art. 39 da CF, é preciso se ter em mente que o texto constitucional é formado por um sistema normativo próprio e harmônico, o que impede haver incongruências ou incompatibilidades entre

suas normas, uma vez que elas fazem parte de um todo uniforme. Assim, o sentido de um dispositivo da Constituição deve ser alcançado com base em uma interpretação que se leve em conta todas as demais normas, de modo a manter a harmonia do sistema constitucional.

Sobre o tema, ANDRÉ RAMOS TAVARES lembra que:

(...) não se pode tomar uma norma como suficiente em si mesma. Não obstante todas as normas constitucionais sejam dotadas da mesma natureza e do mesmo grau hierárquico, algumas, em virtude de sua generalidade e abstratividade intensas, acabam por servir como vetores, princípios que guiam a compreensão e a aplicação das demais normas, devendo-se buscar sua compatibilização. (...)

A doutrina tem assinalado a imperiosidade em proceder, sempre, a uma harmonização dos significados atribuíveis às normas constantes de uma mesma Constituição. Isso significa afastar a ideia de contradições dentro de uma mesma Constituição, entre suas normas originárias, como já se referiu. Essas ideias desenvolvem-se tendo como suporte a interpretação sistemática.

Sendo a Constituição um sistema, deve-se admitir a coesão entre as normas, de maneira a considerá-las ordenadas e perfazendo um corpo harmônico. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 190/191)

Assim, o conteúdo do art. 39 da CF não pode ser examinado de forma isolada.

Com base nessas premissas, entendo que o constituinte originário, ao dispor sobre “regime jurídico único”, constante do *caput* do art. 39 da CF, não pretendeu impor, necessariamente, a adoção do regime estatutário para os *servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*. Isso porque a leitura de outros dispositivos constitucionais sugere o contrário.

O art. 38 da Carta Magna, por exemplo, o qual dispõe sobre a disciplina de servidores públicos ocupantes de cargos eletivos, estabelece o seguinte:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

- III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;
- IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;
- V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

Nesse dispositivo, o *caput* restringe sua aplicação apenas aos servidores públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Aqui, entendo que o texto constitucional considerou o sentido amplo do conceito de servidor, ou seja, englobando tanto ocupantes de cargos efetivos quanto empregados públicos. Nesse sentido (grifos no original):

A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: *peças jurídicas* (União, Estados e Municípios), *órgãos* (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e *servidores públicos*; estes ocupam *cargos ou empregos* ou exercem *função*. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 492)

Nos seus incisos, particularmente nos incisos I, II e III, o texto constitucional traz algumas regras a respeito da ocupação de cargos eletivos por servidores, estabelecendo que eles devem afastar-se de seus cargos, *empregos* ou *funções* públicas (incisos I e II) ou, havendo compatibilidade de horários, perceberão *as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo* (inciso III).

Assim, quando o legislador constituinte estabeleceu que servidores de autarquias devem se afastar, ou verificar a compatibilidade de horário, de seus cargos, *empregos* ou *funções*, por ocasião de exercício de mandato eletivo, percebo que a Constituição possibilitou a existência do regime jurídico celetista dentro de uma estrutura autárquica.

Caso a intenção do constituinte fosse no sentido de estabelecer, dentro das autarquias, apenas o regime estatutário, não haveria razão de ser de incluir o termo

“emprego”, referente a emprego público, no dispositivo em análise. Sabe-se que não existe, no texto constitucional, a utilização de palavras ou termos vazios, ou seja, sem sentido.

O mesmo entendimento pode ser aplicado quando se analisa o teor do art. 61, § 1º, II, “a”, da CF, abaixo transcrito (grifos aditados):

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
(...)

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou *empregos públicos* na administração direta e *autárquica* ou aumento de sua remuneração.

Ora, se não fosse possível a instituição de regime celetista nas entidades autárquicas, por qual motivo o constituinte faria constar a reserva de iniciativa do Presidente da República para propor a criação de empregos públicos para as autarquias? Como se viu, o texto constitucional é expresso em permitir ao Chefe do Executivo a iniciativa legislativa para criar cargos ou *empregos públicos* na “administração direta e autárquica”. Logo, vislumbra-se que a Constituição Federal não excluiu a possibilidade de ser adotado o regime de emprego público (celetista) para as autarquias. Aqui, novamente, entendimento pela exigência de ser adotado o regime estatutário no âmbito das autarquias faria letra morta o termo “empregos públicos” do dispositivo citado.

A leitura que faço a respeito do alcance do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, portanto, é no sentido de que compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista. Tenho que a intenção do constituinte foi de evitar disparidades entre servidores que atuam numa mesma realidade dentro de uma mesma estrutura federativa, sobretudo em razão dos postulados de igualdade, consagrados pela Lei Maior.

Conforme ressaltei em sede doutrinária:

A redação originária do art. 39 da Constituição Federal previa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituiriam, no âmbito de sua competência, ou seja, em cada esfera governamental,

regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Como salientado por Alvacir Correa dos Santos,

*percebe-se, pela redação da norma, que o objetivo foi o de unificar, no âmbito de cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal), o regime jurídico dos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas. O princípio da isonomia, por certo, inspirou o constituinte, no particular, já que referidos servidores estarão submetidos, entre si, aos mesmos direitos e obrigações perante a entidade política a que servem. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 421)*

Uma vez definidas as premissas que dão base ao entendimento do “regime jurídico único”, nos termos do *caput* do art. 39 da Carta Magna, cumpre examinar a compatibilidade das Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013 perante a Constituição Federal.

Antes, porém, é importante pontuar que o citado dispositivo constitucional não é dotado de autoaplicabilidade, ou seja, o comando do texto exige, para sua completa produção de efeitos, a complementação por parte do legislador infraconstitucional.

A respeito da classificação das normas constitucionais apresentada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, já tive a oportunidade de observar:

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.” (...) (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 11)

Ainda que dependam de complementação legislativa, as normas de eficácia limitada não são totalmente destituídas da capacidade de produzir efeitos. De fato, as normas de eficácia limitada possuem carga normativa mínima, cuja função é evitar que seu conteúdo seja contrariado pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, cumpre relembrar as lições de MARIA HELENA DINIZ, como pude registrar em sede doutrinária:

Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não

produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 13)

A respeito da matéria, no julgamento do RE 287.170-AgR, como bem lembrado pelo Governador do Estado de São Paulo (doc. 12) e pela Assembleia Legislativa de São Paulo (doc. 16), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a eficácia limitada da norma do *caput* do art. 39 da CF, nos termos do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE:

Ademais, o acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência desta Corte quanto à única questão constitucional apreciada, no sentido de não ser autoaplicável o art. 39 da Constituição Federal na sua redação original quanto à instituição do regime jurídico único no âmbito da competência legislativa de cada ente federado (v.g. RE 169.173, 1ª T, Moreira Alves, DJ 16.5.97). (RE 287.170 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 3/12/2004)

Assim sendo, para que haja produção completa dos efeitos do art. 39 da CF, é indispensável que o Ente federativo edite norma específica instituindo o regime jurídico de seus servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas.

No caso do Estado de São Paulo, como ressaltado pelo Governador do Estado de São Paulo (doc. 12), pela Assembleia Legislativa de São Paulo (doc. 16) e pela AGU (doc. 21), a norma específica instituindo o regime jurídico dos servidores daquele Estado ainda não foi editada. A bem da verdade, a Lei paulista nº 10.261/1968, a qual dispõe sobre o *estatuto dos funcionários públicos civis do Estado*, não pode ser considerada a norma estatual que institui o regime jurídico para todos os servidores daquele ente, pois, (a) além de ter sido editada numa época em que não havia essa exigência, durante a Constituição de 67; (b) a própria lei trata de restringir o seu alcance, quando estabelece, em seu art. 2º, que aquelas normas “*não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial*”.

A propósito, esta CORTE já havia reconhecido esse estado de mora legislativa por parte do Estado paulista, por ocasião do julgamento do RE 213.157, de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. SERVIDOR DISPENSADO SEM JUSTA CAUSA. PRETENDIDA OFENSA AO ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO. Alegação improcedente, se verificado o ato impugnado quando ainda não instituído, pelo Estado, como exigido no referido dispositivo da

Carta, o regime jurídico único dos servidores das administrações direta, autárquica e fundacional, vale dizer, quando subsistentes, não apenas o regime estatutário, mas também o trabalhista, que não prevê estágio probatório, com as garantias que lhe são inerentes. Recurso não conhecido. (RE 213157, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ de 20/11/1998)

Naquela ocasião, Sua Excelência, o Ministro relator, assentou o seguinte:

(...) e, ainda, à sujeição dos servidores desses entes ao regime estatutário, na forma do art. 39 da mesma Carta, com o que foi prequestionada a matéria alusiva a esse último dispositivo.

Trata-se de norma que, todavia, não teve o condão de estabelecer, *per se*, a unidade estatutária dos servidores das administrações diretas, das autarquias e das fundações públicas das diversas unidades federativas.

Limitou-se ela, ao revés, a impor-lhes a obrigação de instituir o referido regime, no âmbito de sua competência, sem, para isso, contudo, haver estabelecido prazo.

O Estado de São Paulo é uma das unidades federadas, dentre muitas outras, que ainda se acha em estado de *mora legislatoris* sobre o assunto, posto ainda não convertido em lei nenhum dos projetos que tramitam na Assembleia Legislativa, com vista à introdução do regime jurídico único dos servidores civis estaduais (cf. DO nº 218, de 25.11.94, p. 268).

Com base nesse cenário, considerando que: (a) o texto constitucional deve ser visto como um sistema harmônico entre si; (b) o art. 39, *caput*, da CF não impôs o regime estatutário para os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional; (c) o alcance do texto constitucional possibilita ao Ente federado optar entre o regime estatutário ou celetista para reger seus servidores; (d) essa norma constitucional possui eficácia limitada; e (e) ausente a atuação legislativa do Estado de São Paulo para instituir um único regime de servidores, entendo que as leis ora combatidas não afrontam a Constituição Federal.

A ausência da lei instituidora de um único regime de servidores na Administração Direta, autárquica e fundacional, apesar de se mostrar como uma situação constitucionalmente indesejável, não possui o condão de censurar as normas que estipularem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de *mora legislativa*.

Mesmo considerando eventual efeito paralisante do *caput* do art. 39 da CF, as normas em análise não se mostram incompatíveis com o conteúdo do dispositivo, que é justamente a adoção do regime estatutário ou celetista para a Administração Direta, autárquica e fundacional. Situação diversa seria, por exemplo, lei estadual que estipulasse o regime estatutário no âmbito de empresas públicas ou sociedades de economia mista, o que esbarraria no efeito paralisante do art. 39 da Carta Magna.

Além disso, é oportuno mencionar que a criação de empregos públicos para a USP não é uma realidade isolada dentro do Estado de São Paulo, uma vez que o Ente adota o regime celetista no âmbito de outras entidades autárquicas. Apenas como exemplificação, cito a Lei Complementar nº 1.195/2013 (*que transformou o Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN em autarquia*); a Lei Complementar nº 1.322/18 (*que instituiu o Plano de Carreiras e Classes, de Empregos Públicos e Sistema Retributório para os empregados da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo*); a Lei Complementar nº 1.242/2014 (*que dispôs sobre a criação de empregos públicos, no Quadro de pessoal do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – CEETEPS*); entre outras.

Por fim, a inicial ainda sugere contrariedade ao disposto no inciso IX do art. 37 da Carta Magna. Sobre esse dispositivo, assim me manifestei na doutrina:

Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação *temporária* sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 371)

No caso dos autos, as leis em análise não são destinadas à contratação de serviço temporário e sequer dispensaram a exigência de concurso público. Pelo contrário. As Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013 visaram à realização de concurso público para preenchimento do quadro de pessoal, por meio de empregos públicos, no âmbito da USP, o que afasta a relação de congruência entre o parâmetro apontado na inicial e o objeto contestado. Como bem ressaltado pela AGU (doc. 21):

Por outro lado, cumpre salientar que os empregos públicos de que cuidam as Leis Complementares nº 1.074/2008 e nº 1.202/2013 não se destinam a atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, uma vez que têm por essência o desempenho das respectivas atribuições de forma permanente. Desse modo, não se vislumbra a alegada violação ao disposto no artigo 37, inciso IX, da

Constituição, haja vista que os diplomas impugnados não tratam da hipótese prevista pelo referido dispositivo constitucional.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação direta.

É o voto.

29/05/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.615 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: USP-UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o relatório minudenciado pela Procuradoria-Geral da República, em Parecer juntado em eDOC 23:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade dirigida contra as Leis Complementares nº 1.074, de 11 de dezembro de 2008, e nº 1.202, de 24 de junho de 2013, ambas do Estado de São Paulo, as quais criam empregos públicos na Universidade de São Paulo (USP).

Este é o teor das normas:

Lei Complementar nº 1.074/2008

Artigo 1º Ficam criados, no Subquadro de Empregos Públicos da Universidade de São Paulo, 8.893 (...) empregos públicos técnicos e administrativos, distribuídos na seguinte conformidade:

I – 2.593 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Superior, Faixa Inicial I, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP;

II – 3.729 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Técnico, Faixa Inicial I, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP;

III – 2.571 (...) empregos públicos pertencentes ao Grupo Básico, Faixa Inicial I, Nível “G”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da USP.

Parágrafo único – Os empregos públicos de que trata o *caput* deste artigo serão preenchidos, gradativamente, dentre as categorias profissionais previstas nos Anexos I, II e III desta lei complementar.

Artigo 2º Para fins de aplicação desta lei complementar, consideram-se:

I – emprego público: conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a servidor;

II – grupo: conjunto de empregos públicos com a mesma exigência de grau de escolaridade;

III – faixa: símbolo indicativo do grau de complexidade da função, identificado por algarismo romano;

IV – nível: símbolo indicativo da hierarquia de salário do emprego público, identificado pelas letras “A” a “K”.

Artigo 3º Os empregos públicos de que trata esta lei complementar serão preenchidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Parágrafo único – A identificação da categoria profissional e os requisitos específicos exigidos para o preenchimento do emprego público constarão do edital de abertura do respectivo concurso público.

Artigo 4º As despesas resultantes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento da Universidade de São Paulo.

Artigo 5º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Lei Complementar nº 1.202/2013

Artigo 1º Fica acrescido à Lei Complementar nº 1.074, de 11 de dezembro de 2008, o Anexo IV, para criar, no Subquadro de Empregos Públicos da Universidade de São Paulo, os empregos

públicos de Professor de Educação Infantil-PROFEI/USP e Professor de Ensino Fundamental e Ensino Médio – PROFEM/USP.

Artigo 2º Os empregos a que se refere o artigo 1º desta lei complementar destinam-se ao atendimento:

I – da educação infantil nas Unidades de Educação Infantil;

II – do ensino fundamental e médio na Escola de Aplicação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.

Artigo 3º Para o ingresso nos empregos públicos criados por esta lei complementar será exigida a habilitação específica prevista na Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Artigo 4º Os salários dos empregos constantes do Anexo IV desta lei complementar, corresponderão ao Grupo Superior, Faixa Inicial 1, Nível “A”, da Escala de Vencimentos aplicável aos servidores técnicos e administrativos da Universidade de São Paulo – USP.

Artigo 5º As despesas resultantes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento da Universidade de São Paulo.

Artigo 6º Esta lei complementar e suas Disposições Transitórias entram em vigor na data de sua publicação.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 1º Os atuais servidores ocupantes de empregos públicos pertencentes à categoria profissional de Educador, atualmente lotados no Quadro de servidores da Escola de Aplicação, em exercício das funções de magistério, terão a nomenclatura do emprego alterada para Professor de Ensino Fundamental e Ensino Médio – PROFEM/USP.

Artigo 2º Os atuais servidores ocupantes de empregos públicos pertencentes à categoria profissional de Educador e aqueles pertencentes à categoria profissional de Técnico de Apoio Educativo, que sejam portadores da habilitação exigida pela Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em exercício de funções de magistério, lotados nas Unidades de Educação Infantil da Universidade de São Paulo, passarão a integrar a categoria de Professor de Educação Infantil – PROFEI/USP.

Sustenta a petição inicial que as normas afrontam os arts. 37, inciso IX (interpretado *a contrario sensu*), e 39, *caput*, da Constituição da

República e a interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 3.125/DF.

Adotou-se o rito dos arts. 6º e 8º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 7).

O Governador do Estado defendeu a possibilidade de a USP contratar empregados públicos celetistas, em razão de possuir natureza jurídica de autarquia de regime especial. Alegou que o art. 39, *caput*, da CR não determinou que o regime jurídico único de pessoal da administração pública fosse necessariamente o estatutário. Ressaltou que o preceito configuraria norma constitucional de eficácia limitada, dependente de edição de lei infraconstitucional do respectivo ente, a qual ainda não foi editada no Estado de São Paulo (peça 12).

A Assembleia Legislativa trouxe informações sobre o processo legislativo das normas questionadas e defendeu sua compatibilidade com a Constituição da República, na linha das razões apresentadas pelo Governador (peça 16).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por improcedência do pedido (peça 21).

O i. Relator apresenta voto pela improcedência da ação, propondo a seguinte ementa ao julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIME JURÍDICO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. LEIS COMPLEMENTARES Nº 1.074/2008 E Nº 1.202/2013 DO ESTADO DE SÃO PAULO. CRIAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 39, *CAPUT*, DA CF. UNICIDADE DE REGIME. IMPROCEDÊNCIA.

1. Compete a cada Ente federativo estipular, por meio de lei em sentido estrito, o regime jurídico de seus servidores, escolhendo entre o regime estatutário ou o regime celetista, sendo que a Constituição Federal não excluiu a possibilidade de ser adotado o regime de emprego público (celetista) para as autarquias.

2. Para que haja produção completa dos efeitos do art. 39 da CF, é indispensável que o Ente federativo edite norma específica

instituinto o regime jurídico de seus servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas.

3. No caso do Estado de São Paulo, não foi editada norma específica instituinto o regime jurídico dos servidores estaduais. A Lei paulista nº 10.261/1968, a qual dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado, não pode ser considerada para esse fim, pois foi editada sob a Constituição de 1967, que não continha essa exigência, e ela própria trata de restringir o seu alcance, quando estabelece, em seu art. 2º, que aquelas normas *“não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial”*.

4. A ausência da lei instituidora de um único regime de servidores na Administração Direta, autárquica e fundacional, apesar de se mostrar como uma situação constitucionalmente indesejável, não possui o condão de censurar as normas que estipulem um ou outro regime enquanto perdurar essa situação de mora legislativa.

5. Ação julgada improcedente.

Com a devida vênia, manifesto entendimento divergente do e. Relator, compreendendo ser a presente ação procedente, pelas razões abaixo declinadas.

De fato, o artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, na redação vigente à época da edição das duas leis estaduais impugnadas na presente demanda, assim dispõe:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Assim, da redação do dispositivo apresentado como parâmetro de constitucionalidade pela Autora da demanda, depreende-se que a totalidade dos servidores públicos estaduais, após a Constituição da República de 1988, deve ser regida por um único regime jurídico, adequado aos direitos e deveres assegurados no artigo 37 da Carta Magna.

Desta feita, não é possível ao legislador, ao tratar de parcela do corpo de servidores da Universidade de São Paulo, autarquia estadual, instituir a estes o regime jurídico celetista, quando a Constituição assim o veda, eis que os demais servidores públicos do Estado de São Paulo submetem-se ao regime jurídico estatutário.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, no bojo da reforma administrativa promovida no Estado Brasileiro, deu nova redação ao dispositivo, permitindo a instituição da duplicidade de regimes jurídicos aos servidores públicos; contudo, esta Corte

entendeu, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, que essa modificação é inconstitucional, nos seguintes termos:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. *Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados*

com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(ADI 2135 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029)

Como se vê, o acórdão ressalvou as leis editadas em conformidade à redação do art. 39, *caput*, pela EC 19/98 até a data do julgamento, qual seja, 02.08.2007.

No entanto, a Lei Complementar Estadual nº 1.074 foi publicada em 11 de dezembro de 2008 e a Lei Complementar Estadual nº 1.202, em 24 de junho de 2013, ambas, portanto, posteriores ao julgamento; logo, ao não observar o disposto no art. 39, *caput*, do texto constitucional, é mister reconhecer sua invalidade, por violação à Constituição da República.

Não compreendo que a redação do artigo 38 da Constituição, ao dispor acerca dos afastamentos de servidores públicos ocupantes de cargos, funções ou empregos, da administração direta, autárquica e fundacional, para o exercício de mandato eletivo, signifique a possibilidade de adoção do regime celetista pelas autarquias, eis que sua redação abarca as situações preexistentes à Constituição, período anterior, portanto, à instituição do regime jurídico único no serviço público.

Também não acompanho a conclusão de que, por inexistir a lei reguladora do artigo 39, *caput*, no Estado de São Paulo, seria possível ao ente, enquanto não editada referida lei, adotar concomitantemente o regime jurídico estatutário e o regime jurídico celetista a seus servidores. Ora, a redação do artigo em comento vige – com exceção ao lapso temporal da redação conferida pela EC 19/98 – desde 1988, portanto, há mais de trinta anos referida legislação já deveria ter sido editada.

Em não o sendo, não se pode conferir ao ente estadual liberdade ampla para descumprir a Constituição, por meio da edição de outras leis que permitam justamente aquilo que a Carta Magna quis vedar.

Voto, portanto, pela inconstitucionalidade das Leis Complementares nº 1.074, de 11 de dezembro de 2008, e nº 1.202, de 24 de junho de 2013, julgando procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Entretanto, em atenção à informação prestada pelos advogados que apresentaram sustentação oral no presente julgamento, no sentido de que a procedência da presente ação significaria a demissão de 30% dos servidores da Universidade de São Paulo, acarretando a paralisação de suas atividades, proponho modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a fim de remeter os servidores contratados pelas leis referidas a quadro em extinção, mantido o regime jurídico pelo qual foram contratados.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.615

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE.: USP-UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): ADRIANA FRAGALLE MOREIRA (290141/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso. Falaram: pelo interessado Governador do Estado de São Paulo, o Dr. André Brawerman, Procurador do Estado; e, pelo *amicus curiae*, o Dr. Marcos Felipe de Albuquerque Oliveira. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): FILIPE TORRI DA ROSA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI Nº 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA.

1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

2. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

3. O art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade.

4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6351 e 6.353. Medida cautelar referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento e com as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em referendar a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 30 de abril de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): FILIPE TORRI DA ROSA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – Trata-se de três ações diretas de inconstitucionalidade – ADI 6.347, 6.351 e 6.353 –, cujo pedido é a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, *que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.*

Segue teor do dispositivo:

Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011.

A ADI 6.347 foi proposta pela Rede Sustentabilidade ao fundamento de que o dispositivo violou os arts. 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; e 216, § 2º, da Constituição Federal.

O Partido requerente alega que o dispositivo impugnado limita o direito à informação do cidadão por (a) suspender os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação, (b) impedir o conhecimento de recursos interpostos contra esta negativa de resposta e (c) dificultar seu posterior acesso, por exigir a necessidade de reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública. Ademais, afirma que o dispositivo mitiga o controle social às ações públicas por significar obstáculo desproporcional e não razoável ao direito de acesso à informação. Por fim, formula pedido de cautelar para suspender a legislação atacada.

Em Despacho de 25/03/2020, verifiquei irregularidade na representação processual, a qual foi posteriormente sanada.

Na ADI 6.351, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB aduz que o dispositivo impugna viola os arts. 2º; 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; 62,

caput; e 216, § 2º, da Constituição Federal. Sustenta que o artigo estaria eivado de (a) inconstitucionalidade formal, por afrontar a separação dos poderes e por não preencher os requisitos de relevância e urgência necessários para a edição de Medida Provisória; e (b) inconstitucionalidade material, pois limitaria o direito à informação, à transparência e à publicidade.

Quanto ao vício formal, aduz que a Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei nº 12.527/2011) já prevê, em seu art. 11, § 1º, II, disposição aplicável a um cenário de crise, o que rechaçaria o atropelamento do processo legislativo e a consequente edição de Medida Provisória sobre a matéria. Sustenta, ainda, carência da exposição de motivos em comprovar os requisitos do art. 62, *caput*, da CF.

Materialmente, argumenta que, por (a) suspender os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação, (b) violar o devido processo legal ao impedir o conhecimento de recursos interpostos contra esta negativa de resposta, (c) impor ônus excessivo ao cidadão ao exigir a reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública, e (d) existir meio menos gravoso já previsto em Lei (art. 11, § 1º, II, da LAI), a Medida Provisória cercearia os direitos constitucionais à informação, à transparência e à publicidade. Por fim, requer medida cautelar para suspender os efeitos do dispositivo impugnado.

Nesse sentido, proferi Decisão Monocrática em 26/03/2020 (peça 9) concedendo cautelar nos seguintes termos:

Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para determinar a SUSPENSÃO DA EFICÁCIA do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Na ADI 6.353, de autoria do Partido Socialista Brasileiro - PSB, requer-se a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020 por alegada violação aos arts. 5º, XXXIII, XXXIV, LIV e LV, e 37, *caput*, e § 3º, II, da Constituição Federal.

Em suma, argumenta que o dispositivo busca impedir a aplicação da Lei de Acesso à Informação a setores da Administração Pública empenhados no combate à pandemia ao (a) blindar de forma desarrazoada o acesso à informação, (b) flexibilizar a obrigação pública de acesso às informações e (c) suprimir possibilidade de recurso contra atos administrativos que neguem resposta às solicitações apresentadas com base da Lei de Acesso à Informação aos órgãos e agentes envolvidos com o enfrentamento à pandemia de COVID-19.

Assim, sustenta violação aos princípios da legalidade, da motivação dos atos administrativos, da eficiência, do devido processo administrativo, do contraditório e

ampla defesa e do direito de petição. Ademais, requer medida liminar para suspensão imediata dos efeitos do dispositivo impugnado.

Em Despacho de 30/03/2020, determinei o pensamento das ADIs 6.347 e 6.353 à ADI 6.351. Também, requisitei, em todos os autos, informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional.

A Presidência da República informou que a atual pandemia significa situação singular e excepcional de emergência de saúde pública, que justifica e legitima as modificações legais realizadas. Nesse viés, afirma ser necessária a redução na força de trabalho presencial, de modo que os princípios estampados no texto constitucional, ao invés de vedar, na verdade autorizam as alterações que vêm sendo promovidas por meio de medidas provisórias.

A Advocacia-Geral da União apresentou informações pela improcedência da ação. Argumenta que “pretendeu-se com a nova norma atender à necessidade de se preservar os servidores e os próprios cidadãos com a redução de deslocamentos e exposições neste período. Em um momento em que a recomendação técnica de saúde é para se evitar deslocamentos e exposição, revela-se perfeitamente adequada uma norma temporária e extraordinária que suspende o atendimento presencial aos pedidos feitos com base na LAI e que determina que a apresentação desses pedidos deve ser feita por meio do sistema disponível na internet”. Também, afirma que a medida harmoniza a relação entre a situação excepcional atual e o dever de transparência e informação da Administração Pública, além de homenagear os direitos à saúde e à vida.

O Senado Federal manifestou-se no sentido de que a análise da juridicidade e da conveniência e oportunidade da MPV nº 928/2020 seria de competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, sendo situação absolutamente excepcional a intervenção, nesse momento, do Poder Judiciário. A Câmara dos Deputados, por sua vez, informou que as matérias constantes da referida Medida Provisória encontram-se submetidas à apreciação do Congresso Nacional, que formará seu juízo sobre a constitucionalidade da proposta nos termos regimentais.

É o relatório.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – Conforme relatado, trata-se de três ações diretas de inconstitucionalidade – ADI 6.347, 6.351 e 6.353 –, ajuizadas pela Rede Sustentabilidade, Conselho Federal da Ordem dos

Advogados – CFOAB e Partido Socialista Brasileiro – PSB, respectivamente, cujo pedido é a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, *que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus*. Eis o teor do dispositivo:

Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011.

A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada exige a comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, nº 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez que se trata de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001).

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para sua concessão, admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3.401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão em 3/2/2005), pelo qual deverá ser verificada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão em 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão em 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão em 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão em 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão em 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão em 3/8/1992), da relevância da questão (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão em 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica, social ou política (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, decisão em 9/3/1990).

Na hipótese em análise, ao menos em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada, pois o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência.

O acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange “*debater assuntos públicos*

de forma irrestrita, robusta e aberta” (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

A publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar. Portanto, salvo em situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, *caput*, e 5º, incisos XXXIII e LXXII, pois, como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO, “o modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta” (Pleno, RHD nº 22/DF, Red. p/ Acórdão Min. CELSO DE MELLO, DJ, 1-9-95).

O art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade.

Diante do exposto, reiterando os fundamentos da decisão monocrática que proferi, VOTO no sentido de REFERENDAR A MEDIDA CAUTELAR concedida, para determinar a suspensão da eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

É como voto.

30/04/2020
PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente e eminentes Pares, ao início dessa breve manifestação, faço três cumprimentos genuínos. Em primeiro lugar, ao nosso Colega, Ministro Alexandre de Moraes, cuja contribuição intelectual e acadêmica foi realçada dessa tribuna virtual, para espelhar aquilo que de real há em todos os estudantes e estudiosos do Brasil: a sincera admiração por Sua Excelência e a honra de estar ao lado do eminente Ministro Alexandre de Moraes na bancada do Supremo Tribunal Federal. Cumprimento-o também pelo voto.

Em segundo lugar, cumprimento o Doutor Cássio dos Santos Araújo, pela exposição que fez em sua sustentação oral e pelos dados que trouxe à colação. Também me permito cumprimentar o timoneiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Doutor Marcos Vinícius Furtado Coelho, ordem dos advogados que, por seu Conselho Federal, sempre se demonstrou intemorata e à frente das grandes lutas em prol de uma sociedade democrática.

Nessa direção, Senhor Presidente, entendo que está postado o voto do eminente Ministro-Relator, a quem, sem mais, acolho por inteiro o voto, acompanhando-o integralmente no referendo das liminares deferidas.

É como voto, Presidente.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Também eu cumprimento, em primeiro lugar, o Doutor Cássio dos Santos Araújo; cumprimento o nosso sempre presidente Marcos Vinícius Furtado Coelho; e cumprimento o Ministro Alexandre de Moraes.

Uma das coisas ruins da sessão virtual é que a gente não pode sentar um do lado do outro e divertir-se um pouco durante a sessão, mas, como os demais Colegas, também tenho muito prazer e muita honra de tê-lo como parceiro nessa jornada no Supremo Tribunal Federal e nesses momentos institucionais difíceis que, por vezes, atravessamos.

Presidente, também estou acompanhando inteiramente o voto do Ministro Alexandre de Moraes, inclusive por entender que já há na legislação vigente válvulas de escape para situações emergenciais de impossibilidade. Elas estão descritas, como já observado, no art. 11, notadamente no inciso II, que permite, na hipótese de impossibilidade fática, justificativa pela qual a informação não foi prestada. Na verdade, essa medida provisória fornece solução para um problema que não há, além de, em linha divergente com a Constituição, dar um cheque em branco.

Com esses breves fundamentos, estou acompanhando o Ministro-Relator, na mesma linha do Ministro Edson Fachin, para a ratificação da cautelar.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, eminentes Pares, Doutor Augusto Aras, Procurador-Geral da República, também eu inicio apresentando meus cumprimentos ao Doutor Cássio dos Santos Araújo e ao Doutor Marcos Vinícius

Furtado Coelho, pelas sustentações orais. Cumprimento igualmente o eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Em dois dias, é o terceiro cumprimento que faço ao Ministro Alexandre de Moraes! Talvez o mais entusiasmado, ou como o de ontem, quando disse que não precisava fundamentar minha compreensão quanto à inconstitucionalidade do art. 29 da medida provisória que estávamos a enfrentar na ADI 6.342 diante dos fundamentos expedidos por Sua Excelência. Hoje, mais uma vez, também me limito a subscrever os fundamentos de Sua Excelência, ao exame das ADIs em julgamento, referendando, na íntegra, a decisão que exarou.

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): FILIPE TORRI DA ROSA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

A Ministra Rosa Weber – 1. Senhor Presidente, cuida-se de referendo na medida cautelar deferida pelo relator da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB (ADI 6351/DF) em face do art. 1º da Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, na parte em que *acresce* o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020 (Lei do acesso à informação) a fim de prever novos requisitos e exceções para os pedidos de acesso à informação apresentados no contexto de emergência de saúde pública decorrente da propagação da COVID-19 (Coronavirus Disease 2019).

Suscita-se, em síntese, (i) inconstitucionalidade *formal*, porque não satisfeitos os requisitos de relevância e urgência autorizadores da edição de medida provisória, a teor dos arts. 2º e 62, caput, da Constituição da República; e (ii) inconstitucionalidade *material*, uma vez configurada restrição desproporcional e arbitrária dos direitos à informação, à transparência da Administração e à publicidade dos atos administrativos, em afronta aos arts. 5º, XXXIII, 37, caput, e § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição da República.

O pedido, em sede de cautelar, é de suspensão da eficácia do art. 1º da Medida Provisória 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020.

2. Forte no art. 21, V, do RISTF, o eminente relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu a medida cautelar requerida na ADI 6351 para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, nela incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, ad referendum deste Plenário.

3. Tendo em vista a identidade do objeto impugnado, o Ministro Relator determinou o apensamento, a esta *ADI 6351*, da *ADI 6347/DF*, proposta pelo partido político REDE SUSTENTABILIDADE e da *ADI 6353/DF*, proposta pelo PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB, para fins de julgamento em conjunto.

Na *ADI 6347* (REDE SUSTENTABILIDADE) o pedido em sede cautelar é de suspensão da vigência do *art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020* (incluído pela Medida Provisória nº 928/2020) até a apreciação do mérito ou, subsidiariamente, até a análise da medida provisória pelo Congresso Nacional. No mérito, requer a procedência da *ADI* para que seja declarada a inconstitucionalidade do *art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020*, nela incluído pelo *art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020*. Invoca-se, como parâmetro de controle, os *arts. 5º, XIV e XXXIII, 37, caput, e § 3º, II, 93, IX, 139, III, 216, § 2º, 216-A, § 1º, IX, e 220, § 1º, da Lei Maior*.

Com objeto mais restrito (e integralmente contido nos pedidos das *ADIs 6347 e 6351*), a *ADI 6353* (PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB) veicula, em sede de cautelar, pedido de suspensão dos efeitos dos *§§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020*, nela incluídos pelo *art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020*, em no mérito, a declaração definitiva da sua inconstitucionalidade, com lastro nos *arts. 5º, II, XXXIII, XXXIV, LIV e LV, 37, caput, e § 3º, II, e 220, § 1º, da Carta Política*.

4. Eis o teor do *art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020*, nela inserido pelo *art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020*, preceito atacado nas ações diretas em questão:

Art. 1º A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 6º-B Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011. (NR)

5. Consagra o *caput* do art. 37 da *Carta Republicana*, entre os princípios regentes de Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a *publicidade*. Ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em leis editadas dentro dos limites materiais definidos na Constituição, portanto, os atos praticados pela Administração pública devem ser conhecíveis pelos cidadãos. Relembro, nesse sentido, as célebres palavras do Justice Louis D. Brandeis, ao recomendar a *publicidade* como remédio para males que afligem as sociedades: “a luz solar é o melhor dos desinfetantes”.

O art. 5º, XXXIII, da *Constituição da República*, a seu turno, assegura a todos o *direito fundamental* de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, de interesse coletivo ou de interesse geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O sigilo configura, pois, hipótese juridicamente excepcional, somente admitida para proteger a intimidade e a vida privada ou quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Não comportando presunção, sua invocação depende de justificação adequada à ordem constitucional objetiva.

A obtenção de *informações detidas por órgãos e entidades do poder público*, vale ressaltar, é um *direito humano* protegido pelo artigo 13 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Na jurisprudência da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, o precedente paradigmático é o caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, em que assentado:

(...) o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito de todos de solicitar acesso a informações sob o controle do Estado, com as exceções permitidas nos termos do regime de restrições da Convenção. Consequentemente, o referido artigo ampara o direito das pessoas de receberem essas informações e a *obrigação positiva do Estado de fornecê-las, de modo que a pessoa possa ter acesso e conhecer essa informação ou receber uma resposta fundamentada* quando, por qualquer motivo permitido pela Convenção, o Estado puder limitar o acesso a ela no caso concreto. (Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Sentença de 19 de setembro de 2006, Série C Nº 151, § 77, destaquei)

Em consonância com tais postulados, a *Lei nº 12.527/2011*, ao disciplinar o exercício do *direito fundamental de acesso à informação*, adota, como diretriz primeira, a observância da *publicidade* como regra geral e do *sigilo* como exceção (*art. 3º, I*), exige dos órgãos e entidades do poder público a gestão *transparente* da informação (*art. 6º, I*), delinea procedimentos relativamente a requerimentos de acesso à informação (*arts. 10 a 14*) e ao processamento de recursos em caso de indeferimento (*arts. 15 a 19*) e define parâmetros para a restrição do acesso à informação, para sua classificação e para o controle de informações sigilosas (*arts. 21 a 30*).

6. A exposição de motivos da *Medida Provisória nº 928/2020* alude, para justificar as restrições ao exercício do direito de acesso à informação nela encetadas, às dificuldades operacionais decorrentes das estratégias excepcionais de isolamento social adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional em curso, concernente à pandemia global da COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*), doença causada pelo vírus SARS-CoV-2 (*coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2*).

Ocorre que já contempladas, na *Lei do acesso à informação (Lei nº 12.527/2011)*, medidas a serem adotadas em hipóteses excepcionais que se mostram suficientes e adequadas, além de menos onerosas ao pleno exercício do direito fundamental em questão, a exemplo do seu *art. 11, §1º, II, e § 2º*:

Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no *caput*, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:

(...)

II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou

(...)

§ 2º O prazo referido no § 1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.

Dessa forma, o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020 (nela inserido pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020) não se mostra *proporcional*, seja porque *desnecessário*, seja porque *desproporcional em sentido estrito*, frustrando, conseqüentemente, o exercício legítimo do direito assegurado no art. 5º, XXXIII, da Carta Política.

7. Circunscrita, nesta assentada, ao exame dos limites decisórios da medida cautelar deferida pelo eminente relator, ora submetida a referendo, deixo de examinar a alegação de inconstitucionalidade formal por afronta ao art. 62, caput, da CF.

8. Presente, à luz do exposto, o *fumus boni juris*, tenho por satisfeito também o requisito do *periculum in mora* diante do regime deletério ao pleno exercício do direito fundamental de acesso à informação implementado pelo preceito normativo impugnado.

9. Conclusão

Ante o exposto, *referendo a medida cautelar* deferida, nos termos da decisão proferida pelo eminente Ministro Relator.

É como voto.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Doutor Aras, saudando os eminentes Advogados, Doutor Cássio Araújo, Doutor Marcus Vinícius, com quem tive o prazer de trabalhar intensamente na comissão de elaboração do novo Código de Processo Civil, e principalmente o nosso Colega e eminente Ministro Alexandre de Moraes, que vem de se empenhar, sob o prisma da legalidade, da constitucionalidade, sobre diversas questões que se põem à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Senhor Presidente, eu também entendo que o direito de acesso a informações configura esse desdobramento do princípio da publicidade e da transparência que rege a Administração Pública, conforme destacou o Ministro Alexandre. Basicamente, ele tem, como raiz, a democracia, que emana do povo, que tem o direito de exercer a determinada *accountability* dos administradores.

Faço também uma digressão, aqui, na forma que fez Sua Excelência, quanto ao princípio da transparência e princípio da publicidade.

Presidente, eu apenas me deparei com um pequeno obstáculo, um pequeno, Ministro Alexandre, que é o seguinte:

O que diz o art. 6º-B, § 1º?

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta.

Ou seja, essa medida provisória traz aqui esse aspecto, impor-se-ia a um servidor, em regime de quarentena, que comparecesse presencialmente para dar resposta ao pedido de informação.

De certa maneira, isso me deixou um pouco – digamos assim – perplexo diante da possibilidade de se ter de ponderar o acesso à informação com o direito à saúde do trabalhador.

Entretanto, o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe agora uma informação relevante que eu não tinha. No art. 11, dessa própria Lei, já há previsão de uma força maior. De sorte que realmente a inserção desse dispositivo trouxe um lado, digamos assim, de caridade justa desnecessária, porque a própria lei já prevê essa força maior.

Foi só esse aspecto que me deixou um pouco perplexo, mas, com essa informação adicional, quero parabenizá-lo pela profundidade do voto, pela constância com que tem enfrentado, com altivez, os problemas que se põem, e acompanhá-lo também integralmente.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, eminentes Pares. Também início, Senhor Presidente, cumprimentando o Doutor Cássio pela sua sustentação oral, o Doutor Marcus Vinicius, hoje presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, da qual tive a honra de fazer parte, como advogada, durante mais de uma década, e que muito honra não

apenas aquela casa, mas toda a advocacia brasileira, honra a cidadania brasileira, com os compromissos que a Ordem dos Advogados tem com a democracia, vigilante, atuante e, principalmente, responsável. Como foi feito um cumprimento ao Ministro Alexandre de uma forma especial e a este Tribunal, também cumprimento a Ordem dos Advogados do Brasil, na pessoa do sempre presidente Marcus Vinicius, pela sua atuação e pela fala que aqui desenvolveu. Também, cumprimento, de forma muito especial, o nosso Colega e Relator deste caso, o Ministro Alexandre de Moraes, que honrou a advocacia brasileira, como honra sempre a carreira de magistério de Direito Constitucional, pelo seu trabalho, pelo seu empenho, pela sua seriedade, pela sua responsabilidade, pelo seu vasto conhecimento, que faz com que o Brasil saiba que há ótimos juízes que saem das academias, ou lá permanecem até, propiciando esse conhecimento necessário para o julgamento das causas. Portanto, faço um cumprimento muito especial a este Relator, que, nesta hora, traz um tema de tamanha envergadura.

A despeito de acompanhar integralmente, Presidente, faço duas observações sobre o tema, na forma do que foi feito pelo Ministro-Relator, e que até talvez fosse desnecessário, mas, uma palavra, porque tenho um apreço muito especial por essa Lei de Acesso à Informação.

A Lei nº 12.527 promoveu uma mudança do modelo de Administração Pública na esteira da Constituição de 1988, que ainda sequer foi integralmente cumprida e acolhida, tal a seriedade e a necessidade dela. O meu também queridíssimo Colega Ministro Barroso diz que não havia problema de informação. Acho até, Ministro Barroso, que o problema não é mesmo de informação. No Brasil, o nosso problema é de falta de informação sobre a Administração Pública. De sombras e trevas que perpassaram a história da Administração Pública, nós tivemos os laivos, que não foram poucos, de falta de democracia.

O princípio da publicidade do art. 37 é dever da Administração Pública. E quando a Constituição impõe um dever, nenhuma lei pode restringir este dever, a não ser nos casos que a própria norma estabelece, nos casos de força maior. Mas, principalmente, este dever da Administração de publicidade é para garantir o direito fundamental do cidadão à informação do inciso XXXIII do art. 5º. Não se tem democracia, sendo que todo cidadão tem direito ao governo honesto, mas ele tem que presumir que todo mundo aja com honestidade, porque não pode ter acesso aos dados para saber e poder participar, não apenas no sentido de criticar, mas até, quando é necessário, no sentido de apoiar as medidas administrativas.

Por isto, essa Lei de Acesso à Informação modifica a estrutura da Administração Pública brasileira, veio muito tempo depois do início de vigência da Constituição, representou um passo importantíssimo para a Administração Pública, para este modelo democrático de Administração Pública, e só fica contra ela e tenta restringir quem, de alguma forma, não quer que se tenha esse acesso amplo e necessário.

Por isso, o Ministro Alexandre de Moraes foi tão feliz ao afirmar que os itens necessários, em um momento de crise, como esse, podem ser plenamente resolvidos

pelos dispositivos, pelos artigos, pelas regras que ressaem da própria Lei nº 12.527, com os cuidados que foram postos neste período de pandemia, mas que em nada altera o acesso à informação e a necessidade de ampla publicidade da Administração.

Acho até que é o contrário. Em tempo de crise, informação é até uma fonte de saúde, porque as pessoas precisam saber, não apenas da administração financeira, mas querem saber da administração no plano da saúde, no plano da educação, no plano, enfim, de todas as políticas públicas.

Mais uma vez, cumprimentando o Ministro-Relator e Vossa Excelência, por ter pautado de imediato este caso, estou, como disse, votando no sentido de acompanhar, referendando a cautelar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes.

É como voto, Presidente.

30/04/2020

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente e Senhores Ministros, inicio cumprimentando o Ministro Alexandre de Moraes pelo substancioso e sólido voto com que nos brinda. Cumprimento também o Doutor Eduardo Araújo e, de modo especial, o Doutor Marcus Vinícius Furtado Coelho, ex-presidente, sempre presidente, da Ordem dos Advogados do Brasil, que comparece ao Supremo Tribunal Federal sempre que necessário, para defender valores caros para a democracia e para a República.

Senhor Presidente, desde logo assento que acompanho integralmente o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Não sem, antes, dizer que exatamente nos momentos de crise é que temos que respeitar escrupulosamente a Constituição, notadamente no que diz respeito aos direitos coletivos, individuais e sociais, sem exclusão dos direitos trabalhistas.

A informação é direito do cidadão e a publicidade é dever do Estado. Conjugando-se esse direito ao dever, temos exatamente os instrumentos necessários para que a cidadania e o povo brasileiro possam controlar os governantes.

A meu ver, o voto do Relator, Ministro Alexandre Moraes, é irrepreensível, portanto, reitero que o acompanhamento integralmente.

30/04/2020
PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO-VOGAL CONJUNTO

ADIS 6.351, 6.347 E 6.353

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL) – Trata-se de três ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de medida cautelar, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), pela Rede Sustentabilidade (Rede) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), com o objetivo de impugnar o art. 1º da Medida Provisória 928/2020, que acrescenta o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020. A referida medida provisória *“dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”* (Covid-19, tecnicamente Sars-CoV-2). Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º. Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou
II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º. Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º. Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º. Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º. Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011.

Na ADI 6.351, o CFOAB defende a inconstitucionalidade formal e material da legislação impugnada.

Quanto à inconstitucionalidade formal, aponta afronta ao princípio da separação dos poderes, além do não preenchimento dos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias.

Alega que o art. 11, §1º, II, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) já contém o arcabouço jurídico suficiente para ser aplicado em cenário de crise, uma vez que permite a negativa justificada de acesso à informação por parte do agente público.

Afirma que a exposição de motivos da Medida Provisória 928/2020 não é capaz de demonstrar a necessidade urgente e imperiosa da alteração legislativa, sendo baseada em suposições e não em necessidades concretas.

No tocante à inconstitucionalidade material, aduz que o diploma atacado restringe de forma desproporcional e arbitrária o direito à informação, à transparência e à publicidade. Sustenta que o direito à informação foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIII). Argumenta que o dever de publicidade é outra face do direito à informação, o qual foi consagrado como um dos princípios norteadores da Administração Pública, tanto no art. 37, § 3º, II, quanto no art. 216, § 2º, ambos da Constituição Federal.

Alega que a transparência deve ser a regra e o sigilo de informações públicas, a exceção. Defende que *“a promoção da transparência é viabilizada pela LAI não só a partir da limitação do poder de manter dados públicos sob sigilo, mas também por meio da previsão de procedimentos e de prazos para a resposta aos pedidos de acesso e para a disponibilização das informações solicitadas, incluindo o direito de recurso contra eventual negativa de acesso”*.

Além disso, sustenta que foram contrariadas recomendações internacionais sobre acesso à informação, em especial o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual protege a liberdade de expressão e, consequentemente, o direito à informação.

Alega que a suspensão dos prazos para apreciação de pedidos, na forma prevista pelo §1º do art. 6º-B, foi realizada de forma genérica e excessiva, uma vez que não esclarece em quais situações a solicitação pode ser atendida remotamente e em quais situações seria necessária a presença física do servidor.

Acrescenta ainda que o § 2º do art. 6º-B impõe um ônus excessivo ao cidadão, ao exigir que o pedido de acesso à informação seja reiterado ao término do período de calamidade, não havendo justificativa para obrigar o solicitante a renovar seu interesse na obtenção da informação.

Afirma que o § 3º do art. 6º-B, ao não conhecer de recurso interposto pelo cidadão, ofende o devido processo legal, uma vez que deixa o cidadão sem meios de defesa em caso de recusa arbitrária ou sem fundamento.

Diante de um quadro de pandemia, defende que a informação não pode ser restringida. Ao revés, a divulgação de dados deve ser ampliada, uma vez que *“mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”*.

Finalmente, requer a concessão de medida cautelar e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade formal e material do art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Na ADI 6.347, a Rede Sustentabilidade também pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Além de reforçar argumentos da ADI 6.351, a REDE aponta ainda que foram flexibilizadas várias normas para compras públicas durante o período de calamidade, o que demonstra a necessidade de controle social, por meio do acesso à informação. Pondera também que *“devemos, todos, ficar atentos às propostas que, aos poucos, vão nos levando para caminhos não desejados, que resultem na perda de direitos arduamente conquistados pela humanidade e, em especial, pela sociedade brasileira”*.

Por seu turno, na ADI 6.353, o PSB questiona os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 928/2020.

A impugnação, em síntese, está centrada no argumento de que o objeto da norma impugnada é o de impedir a aplicação da LAI aos setores da Administração Pública que estão combatendo a pandemia relacionada ao Covid-19. Defende que a suspensão seletiva da vigência da LAI ofende os princípios da legalidade e da motivação dos atos administrativos, previstos no arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Argumenta, ainda, que os dispositivos questionados estão em frontal dissonância com o princípio da eficiência, uma vez que a LAI já contém as hipóteses de flexibilização das normas de acesso à informação.

Defende ainda que o § 3º do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020 afronta o devido processo administrativo, o contraditório, a ampla defesa e o direito de petição, uma vez que suprime do solicitante de informação o direito de recurso contra decisões que negarem ou sobrestarem o atendimento ao pedido de acesso à informação.

Também requer a concessão de medida cautelar e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

Distribuídas as três ADIs ao Ministro Alexandre de Moraes, este determinou o apensamento das ADIs 6.347 e 6.353 à ADI 6.351, tendo em vista a parcial identidade do objeto impugnado.

No dia 26 de março de 2020, o relator considerou presentes, em sede de cognição sumária, os requisitos para concessão da medida cautelar, tendo em vista que o ato normativo questionado parece ter tornado regra a exceção do sigilo. Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes consigna que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência.

O acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange “debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta” (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

A publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar.

Portanto, salvo situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, *caput*, e 5º, incisos XXXIII e LXXII, pois como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO, “o modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta” (Pleno, RHD nº 22/DF, Red. p/ Acórdão Min. CELSO DE MELLO, DJ, 1-9-95).

O art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade.

Diante da tramitação urgente que o assunto demanda, os processos foram incluídos no calendário do Plenário, na sessão de julgamento de 16.4.2020, para referendo da medida cautelar deferida pelo Min. Alexandre de Moraes.

Feito esse breve relatório, passo às considerações de meu voto.

I – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.

Ademais, o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, ao estabelecer que *"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"*, erigiu o direito de informação à condição de direito fundamental.

Nesse mesmo sentido, o art. 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração Pública de todos os níveis e esferas governamentais obedecerá ao princípio da publicidade.

Isso porque não há democracia sem a garantia do direito à informação.

O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, *caput*, e artigos seguintes da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 é exemplar na determinação de participação cidadã e publicidade dos atos estatais. Destacam-se, por exemplo, o direito de petição e de obtenção de certidões, de garantia do *habeas data*, de realização de audiências públicas e da regra de publicidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário (art. 93, IX, CF/88).

Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

Conforme Catarina Castro, esse fenômeno contínuo potencializou a divulgação dos órgãos e serviços públicos disponíveis:

(...) através da publicitação de informações úteis, como moradas, horários de atendimento, telefones, competências dos organismos, características dos serviços prestados etc., contribuindo para a democratização do acesso aos serviços administrativos e para aproximação ao cidadão. Hoje, os organismos públicos são obrigados a ter um sítio na Internet e a divulgá-lo, o que constitui um passo importante para a desburocratização, para a transparência, a simplificação do atendimento, o alargamento dos horários (no sentido de horário contínuo de atendimento), a rapidez no atendimento, a diminuição de tráfego de serviços, a diminuição do tempo de resposta, a melhoria do serviço prestado, e a redução dos custos administrativos. [...] A Administração Pública não utiliza a informática apenas no seu contato com os cidadãos, procedendo ao tratamento de dados pessoais que lhes respeitam. Os seus funcionários e agentes também veem os seus dados pessoais tratados pela Administração. (CASTRO, Catarina Sarmento. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra/Portugal: Almedina, p. 190-191)

A criação dos Portais de Transparência dos diversos entes estatais, nos diferentes níveis de governo, tem proporcionado a experimentação social da relação cidadão-Estado e o exercício do controle social dos gastos públicos em novas perspectivas. Nesse sentido:

O acesso à informação dá aos cidadãos controle democrático sobre o trabalho das autoridades, facilitando a descoberta de diferentes formas de irregularidades, atos ilegais e corrupção. Ao mesmo tempo, confere aos cidadãos os recursos políticos suficientes para lhes permitir participar de maneira plena, como cidadãos iguais (com igual acesso aos dados e informes públicos), da tomada de decisões coletivas às quais estão obrigados. (RODRIGUES, João

Gaspar. *Publicidade, transparência e abertura na administração pública*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio/ago. 2014. p.4)

No âmbito nacional, pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação (LAI) foi um marco revolucionário no que se refere à concretização dos princípios da publicidade e da transparência. Reitera-se expressamente o acesso à informação como direito fundamental, além de garantir que o sigilo da informação deve ser tratado como medida excepcional.

Nesse sentido, o art. 3º da LAI contém os princípios norteadores da lei:

Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Conforme ensinamentos de Juliano Heinen, a LAI instaurou uma nova maneira de relacionamento entre a Administração Pública e o administrado, no qual houve maior balanceamento entre os interesses públicos e privados. Criou-se, assim, um novo "*paradigma da transparência de uma forma radical*" (HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de acesso à informação*. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 58).

A despeito desse avanço positivo, não se olvida que o tratamento dos dados e informações públicos e a sua divulgação devem ter como meta a transmissão de uma informação de interesse público ao cidadão (individual ou coletivamente), desde que inexista vedação constitucional ou legal. Assim, veda-se a divulgação de informação inútil e sem relevância, que deturpe informações e dados públicos em favor de uma devassa, de uma curiosidade ou de uma exposição ilícita de dados pessoais, para mero deleite de quem a acessa.

Em outros termos, o artigo 5º, XXXIII, da Constituição condiciona a divulgação de informações de interesse público individual, coletivo ou geral à segurança da sociedade e do Estado.

Esse tema ganha especial importância nos dias atuais, em que é comum a divulgação – às vezes até por órgãos oficiais – das chamadas “fake news”, isto é, informações falsas, que em nada concretizam o princípio da publicidade.

Também por meio da interpretação do artigo 5º, X, da Constituição, apreende-se que a divulgação pública de informações e dados de domínio estatal está condicionada à preservação da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Ressalte-se neste ponto que o dever de transparência com os gastos e atos estatais deve-se pautar pela maior exatidão e esclarecimento possíveis, pois, conforme a doutrina de Raffaele De Giorgi (GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e risco vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 191-192), uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar, quanto de produzir indeterminações.

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo diante do princípio da proporcionalidade e da inviolabilidade da vida privada.

Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve a Administração Pública perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu maior esclarecimento possível.

Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores.

Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias, desde que não fira de forma arbitrária o direito à informação.

II – DO RISCO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO, À PUBLICIDADE E À TRANSPARÊNCIA

Conforme mencionado no tópico anterior, a LAI é um dos principais instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro para concretizar os princípios constitucionais da publicidade, da transparência e do direito à informação, os quais assumem especial importância em um Estado Democrático de Direito.

A negativa generalizada de acesso a informações públicas, além de limitar o controle social em um momento crítico, pode acarretar vícios de nulidade e dar margem a práticas não democráticas. É inequívoco que o controle social efetivo sobre os atos administrativos depende do funcionamento dos mecanismos de transparência.

Nesse aspecto, há espaço para se fazer um juízo da medida provisória a partir do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Isto é, é possível ao Judiciário examinar a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo impugnado.

Considero que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de Poder Legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os *motivi interiori della volizione legislativa*.

Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da norma, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo ou, no caso em exame, da excepcional competência reservada ao Presidente da República para editar medidas provisórias, tendo em vista que isso envolveria o próprio mérito do ato normativo.

Na Alemanha, a Corte Constitucional assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que sua competência cingia-se à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmässigkeit*).

Todavia, *“a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”*.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*).

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do estado de direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.

O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro participe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito. Daí, a aplicação do referido princípio nas situações de conflito de competência entre União e estado ou entre maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar.

No que se refere aos elementos do princípio da proporcionalidade, em obra doutrinária, tive a oportunidade de registrar:

[...], a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).

O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da

necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um *controle de sintonia fina* (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223/226).

Assim, cabe avaliar no presente caso se o regramento inaugurado pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020, é apto a garantir a proteção do direito à informação e dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Aqui, há que se ressaltar a extrema responsabilidade atribuída ao Chefe do Poder Executivo quando se admite a este agente o exercício da função normativa, ainda que de forma atípica, especialmente em matéria como esta.

A esse respeito, considero oportuno ressaltar a advertência feita pelo ilustre Victor Nunes Leal acerca da gravidade da atividade legiferante, no que se aplica ao exercício do poder regulamentar. Como pondera o autor:

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.

(LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-8)

Tão delicada é a tarefa normatizadora que o ilustre professor alemão Hermann Jahrreiss faz a advertência de que criar normas configura uma das mais difíceis experiências, qual seja a “*experiência com o destino humano*” – tradução livre (JAHRREISS, Hermann. *Groesse und Not der Gesetzgebung*. Bremen: Schünemann, 1953, p. 5).

No caso dos autos, pelo menos nesse juízo preliminar, a mim me parece que – da forma como construída a norma impugnada – a amplitude da limitação ao acesso à informação compromete a publicidade dos atos administrativos e a transparência da atuação administrativa, colocando em risco o direito à informação, à publicidade e à transparência (art. 5º, XXXIII, e art. 37 da CF).

Não há como considerar, antecipadamente, que, no período em que perdurar a pandemia internacional, a publicidade das informações deve ficar condicionada a entraves meramente burocráticos, tais como saber se o servidor estaria em teletrabalho ou não teria acesso aos documentos necessários para responder ao questionamento do cidadão.

Ademais, não é possível limitar de antemão o acesso a toda e qualquer informação de um setor que esteja prioritariamente envolvido no combate à pandemia (inciso II do §1º do art. 6-B da Lei nº 13.979/2020). E o pior, sem a possibilidade de recurso contra essa decisão (§ 3º do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020).

A restrição a um direito assegurado constitucionalmente deve ser proporcional aos meios necessários para corresponder ao interesse público prevalecente.

No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do servidor por outro que não estivesse realizando trabalho remoto, dilargar o prazo para resposta ou outro servidor ainda que em trabalho remoto envolvido no combate à pandemia responder à solicitação, mas jamais obrigar o cidadão a renovar seu pedido de acesso à informação.

Ademais, em casos devidamente justificados, a própria LAI permite a negativa ou postergação de atendimento à solicitação de informação, conforme se observa do seu art. 11, § 1º, II, *in verbis*:

Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º. Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no *caput*, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:

(...)

II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido.

Vê-se, pois, que existem inúmeras propostas que seriam viáveis à Administração para enfrentar o período de pandemia, ao mesmo tempo sem prejudicar a divulgação de dados que privilegiem a transparência, inclusive dos gastos públicos durante essa calamidade pública.

A Administração poderia ter indicado soluções alternativas ou intermediárias, em vez de optar por transferir o ônus ao administrado.

É óbvio que o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância. Já afirmei que as salvaguardas constitucionais não são obstáculos, mas instrumentos de superação dessa crise. O momento exige grandeza para buscar soluções viáveis do ponto de vista jurídico, político e econômico.

Ademais, principalmente em tempos excepcionais como o que vivemos, o acesso à informação deve ser ampliado e utilizado como instrumento tanto de controle quanto – e principalmente – de conscientização social. Conforme bem pontuado pelo CFOAB, *“mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”*.

O pleno exercício de uma democracia participativa exige que restrições ao direito à informação sejam devidamente justificadas e proporcionais, sob pena de tornar regra a exceção do sigilo das informações.

Esta Suprema Corte já teve oportunidade de se manifestar de maneira firme, no sentido de que o princípio da publicidade e o direito à informação são corolários de um Estado republicano e Democrático de Direito. Nesse sentido:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e

segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. (...). No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. *A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.* 4. *A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.* 5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS 3902 AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 30.9.2011, grifo nosso)

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito Constitucional. Art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, que prevê o sigilo da movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais. não Recepção pela Constituição de 1988. Arguição Julgada procedente. 1. O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. *O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem.* 3. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) *seja necessária e proporcional.* 4. O art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, embora veiculado em norma jurídica,

não foi recepcionado pela Constituição da República na medida em que é insuficiente para amparar a restrição ao direito de acesso à informação. 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada precedente. (ADPF 129, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2019, grifo nosso)

Diante desse contexto, em juízo preliminar, não me parecem razoáveis, adequadas e necessárias as medidas implementadas pela MP 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020.

IV – DO PERIGO NA DEMORA

Por fim, além da plausibilidade jurídica do pedido, resta claro que o perigo na demora na suspensão da eficácia da norma impugnada gera grave e irreparável dano aos cidadãos.

As alterações promovidas pela Medida Provisória 928/2020 estavam em vigor desde sua edição, em 23 de março de 2020, uma vez que a medida não previu nenhum prazo de transição para que os cidadãos se adaptassem às novas formas de acesso à informação.

Além disso, em curto espaço de tempo, e antes mesmo da confirmação da medida provisória pelo Congresso, os efeitos de sua edição afetam a própria liberdade de imprensa, bem tão caro à Democracia.

Ademais, *“o preço da ignorância é o da própria subsistência do regime democrático. Democracia e informação são, assim, no plano das realidades virtuais da organização democrática, conceitos complementares entre si, pois é exatamente no sistema do pluralismo de opinião onde avulta a importância da informação como fator de formação da consciência coletiva, na qual assenta a fonte primacial do poder na comunidade política”* (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 438).

Essas duas circunstâncias determinam a suspensão dos efeitos da Medida Provisória 928/2020, em sede cautelar.

V – DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de referendar a medida cautelar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

**30/04/2020
PLENÁRIO**

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) – Também cumprimento os eminentes advogados que estiveram na tribuna virtual e o eminente Relator, de cujo conhecimento e dedicação ao Direito e à causa pública em sua longa trajetória sou testemunha – eu o conheço desde 1986, turma de 1990. Fica aqui meu carinho e meu abraço, também virtual, ao querido colega e amigo Ministro Alexandre de Moraes.

Acompanho Sua Excelência – não o elogiei para depois divergir.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.347

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): FILIPE TORRI DA ROSA (35538/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar anteriormente deferida para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo requerente, o Dr. Cássio dos Santos Araújo. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 30.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE
DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 179163 / RIO DE JANEIRO (2012/0096803-4)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MARCO AURÉLIO MARINS

ADVOGADO: CATIA PAES DE ALENCAR E OUTRO(S) - RJ106126

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REITERADO INCONFORMISMO DA PARTE. NÃO CABIMENTO DOS DECLARATÓRIOS. NÍTIDO CARÁTER PROTTELATÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO PARTICULAR REJEITADOS. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS.

1. Conquanto a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, seja matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, verifica-se que não há nos autos elementos seguros e suficientes a atestar os marcos interruptivos da prescrição ou causas suspensivas do prazo prescricional.

2. Como é visível o intento unicamente procrastinatório da parte na oposição dos segundos Aclaratórios, com idênticos argumentos para que esta Corte faça as vezes de juízo *a quo* e enfrente matéria não enfrentada antes, sem dados suficientes para tanto, requerendo tais dados do Tribunal de origem e instruindo o feito, entre outros pedidos, resta autorizada a baixa imediata dos autos, para o início da execução penal.

3. Segundos Embargos Declaratórios rejeitados, em conformidade com parecer do MPRJ, com determinação de baixa imediata dos autos ao Tribunal de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 13 de outubro de 2020.

HUMBERTO MARTINS

Presidente

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Relator

EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 179163 / RIO DE JANEIRO (2012/0096803-4)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MARCO AURÉLIO MARINS

ADVOGADO: CATIA PAES DE ALENCAR E OUTRO(S) - RJ106126

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REITERADO INCONFORMISMO DA PARTE. NÃO CABIMENTO DOS DECLARATÓRIOS. NÍTIDO CARÁTER PROTETATÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO PARTICULAR REJEITADOS. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS.

1. Conquanto a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, seja matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, verifica-se que não há nos autos elementos seguros e suficientes a atestar os marcos interruptivos da prescrição ou causas suspensivas do prazo prescricional.

2. Como é visível o intento unicamente procrastinatório da parte na oposição dos segundos Aclaratórios, com idênticos argumentos para que esta Corte faça as vezes de juízo *a quo* e enfrente matéria não enfrentada antes, sem dados suficientes para tanto, requerendo tais dados do Tribunal de origem e instruindo o feito, entre outros pedidos, resta autorizada a baixa imediata dos autos, para o início da execução penal.

3. Segundos Embargos Declaratórios rejeitados, em conformidade com parecer do MPRJ, com determinação de baixa imediata dos autos ao Tribunal de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi,

Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 13 de outubro de 2020.

HUMBERTO MARTINS

Presidente

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Relator

EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 179163 / RIO DE JANEIRO (2012/0096803-4)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MARCO AURÉLIO MARINS

ADVOGADO: CATIA PAES DE ALENCAR E OUTRO(S) - RJ106126

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REITERADO INCONFORMISMO DA PARTE. NÃO CABIMENTO DOS DECLARATÓRIOS. NÍTIDO CARÁTER PROTRELATÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO PARTICULAR REJEITADOS. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS.

1. Conquanto a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, seja matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, verifica-se que não há nos autos elementos seguros e suficientes a atestar os marcos interruptivos da prescrição ou causas suspensivas do prazo prescricional.

2. Como é visível o intento unicamente procrastinatório da parte na oposição dos segundos Aclaratórios, com idênticos argumentos para que esta Corte faça as vezes de juízo *a quo* e enfrente matéria não enfrentada antes, sem dados suficientes para tanto, requerendo tais dados do Tribunal de origem e instruindo o feito, entre outros pedidos, resta autorizada a baixa imediata dos autos, para o início da execução penal.
3. Segundos Embargos Declaratórios rejeitados, em conformidade com parecer do MPRJ, com determinação de baixa imediata dos autos ao Tribunal de origem.

RELATÓRIO

1. Trata-se de novos Aclaratórios opostos pela SEGUNDA vez consecutiva, por MARCO AURÉLIO MARINS, com idêntico fundamento, contra acórdão prolatado pela Corte Especial do STJ, que rejeitou os anteriores Aclaratórios, estes opostos contra aresto que negou provimento ao Agravo Regimental em Embargos de Divergência. Vejam-se as ementas das decisões:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRILHA E ESTELIONATO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ANALISA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE SOBRE O TEMA. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, os Embargos de Declaração opostos contra a decisão que, no Tribunal de origem, nega seguimento a Recurso Especial não interrompem o prazo para a interposição do Agravo previsto no art. 544 do Código de Processo Civil; entendimento que tem sido flexibilizado apenas nas hipóteses de erro material ou em situações em que a fundamentação da decisão atacada é tão genérica que a utilização do Agravo fica inviabilizada.

2. Precedentes: AgRg no AREsp. 814.385/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 23.8.2016; AgInt no AREsp. 909.307/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 30.8.2016; EAREsp. 275.615/SP, Rel. Min.

ARI PARGENDLER, DJe 24.3.2014; e AgRg no AREsp 281.492/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.4.2014.

3. No caso concreto, a não admissão do Apelo Nobre sustentou-se na intempestividade da sua interposição, o que impede que a situação se amolde à excepcionalidade tratada pela jurisprudência desta Corte Superior.

4. Agravo Regimental do particular a que se nega provimento (fls. 2.610/2.611).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. NÃO CABIMENTO DOS DECLARATÓRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PARTICULAR REJEITADOS.

1. O art. 1.022 do Código Fux - CPC/2015 - (art. 535 do CPC/1973) é peremptório ao prescrever as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração; trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a incidência do julgado em obscuridade, contradição ou omissão.

2. Nos presentes Declaratórios, a parte embargante afirma que o acórdão recorrido possui omissão, porquanto não teria ocorrido manifestação quanto à petição de fls. 2.590; o recurso foi protocolado através de protocolo integrado; reconhecimento da tempestividade e que o recurso foi protocolado nos próprios autos.

3. *Dos próprios argumentos apresentados nos Aclaratórios verifica-se não se tratar de qualquer omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, mas de mera pretensão de reforma do julgado com base no inconformismo da parte com a solução jurídica ali aplicada; pretensão incabível nesta via recursal.*

4. *Embargos de Declaração do Particular rejeitados* (fls. 2.777/2.778).

2. Pretende, em síntese, o recorrente, a reforma da decisão, reconhecendo-se a prescrição da pretensão punitiva (fls. 2.796/2.910).

3. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro manifestou-se pela rejeição dos Embargos de Declaração, pugnando, ainda, pela decretação do trânsito em julgado e pela imediata baixa dos autos à Corte de Origem, ante o caráter meramente protelatório do presente recurso.

4. É o breve relatório.

VOTO

1. O recorrente, novamente, requer o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e, para tanto, opõe novos Embargos Declaratórios.

2. O embargante opõe, pela segunda vez, os presentes Aclaratórios, não com o intuito de corrigir eventual omissão, contradição ou obscuridade porventura existentes no julgado, mas, sim, de protelar ao máximo possível o trânsito em julgado perante este Tribunal Superior, para impedir o fim natural do processo.

3. Quanto à alegação de prescrição, o Tribunal *a quo* não enfrentou tal tese e não foram trazidos elementos que permitissem o exercício de juízo de certeza sobre a ocorrência da causa extintiva da punibilidade. Em situações assim, a análise do pedido pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que se trate de matéria de ordem pública, implica indevida supressão de instância. Senão, vejamos:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DA IMPETRAÇÃO. MARCO INICIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Consta-se que a insurgência relativa à prescrição alegada pela defesa não foi objeto de análise pela Corte local, na medida em que não houve pronunciamento de órgão colegiado sobre a matéria. Assim, considerando que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre a mencionada controvérsia, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

III - Conquanto a extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, seja matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal, verifica-se que não há nos autos elementos seguros e suficientes a atestar os marcos interruptivos da prescrição, como certidão emitida pelo órgão competente a respeito da data da constituição definitiva dos tributos.

Precedentes. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 577.186/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 23.6.2020).

4. Não fosse isso, é bom destacar que a interrupção da prescrição em relação a um dos autores produz efeitos em relação a todos os outros e, de igual forma, a interrupção do prazo prescricional em relação a um dos crimes se estende aos conexos que sejam objeto do mesmo processo (art. 117, § 1º do CP).

5. O devido processo penal não é o processo que nunca acaba. É o processo em que, encerradas as discussões sobre os fatos e o direito, deve seu resultado ser respeitado, porque o Estado é de Direito, democraticamente, posto, e não do Direito que, individualmente, eu quero pôr.

6. Quando verificada a oposição de recurso manifestamente protelatório, como na hipótese em discussão, apenas para se evitar o exaurimento da prestação jurisdicional, esta Corte tem permitido a baixa imediata dos autos, para o início da execução penal. Senão, vejamos precedente:

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. PEDIDO DE JULGAMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL DE CORRÉUS. MANIFESTO CARÁTER PROTTELATÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS COM DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA INTERPOSIÇÃO DE OUTROS RECURSOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1022, III, do Código de Processo Civil - CPC.

2. No caso concreto, a embargante aponta como omissão a falta de julgamento de agravo regimental interposto por corréus e requer o julgamento do referido recurso. Ou seja, não aponta vício no acórdão proferido que julgou o agravo regimental da ora embargante. Ademais, o pedido de julgamento de recurso não está previsto no art. 619 do CPP e poderia ter sido realizado por simples petição. Como se não bastasse, o agravo regimental dos corréus foi julgado na mesma sessão em que julgado o agravo regimental da embargante. Notório, portanto, o abuso do direito de recorrer, o interesse em tumultuar o feito e o caráter protelatório dos presentes embargos de declaração para atrasar o trânsito em julgado.

3. Embargos declaratórios não conhecidos, com determinação de baixa dos autos à Corte de origem, após certificação do trânsito

em julgado, independentemente da interposição de outro recurso (EDcl no AgRg no AREsp. 1.584.234/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 14.5.2020).

7. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos Declaratórios do Particular. Comunique-se imediatamente o resultado do presente julgamento ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ao MM. Juiz de primeiro grau.

8. Baixem-se os autos, certificando-se o trânsito em julgado da decisão. É o voto.

TERMO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EAREsp 179.163 / RJ

Número Registro: 2012/0096803-4

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem: 416028820088190000 200806500003 88003320098190087

Sessão Virtual de 07/10/2020 a 13/10/2020

Relator dos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: MARCO AURÉLIO MARINS

ADVOGADO: CATIA PAES DE ALENCAR E OUTRO(S) - RJ106126

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CORRÉU: JOÃO ALVES PEIXOTO

CORRÉU: ÉDINO FIALHO FONSECA

CORRÉU: AYRTHON CARLOS MAIATTO DIAS

CORRÉU: RENATA CAMPOS DE MELLO

CORRÉU: UBIRAJARA SILVA FERREIRA

CORRÉU: NORIVAL COELHO

CORRÉU: EDUARDO ROCHA ORSINO

CORRÉU: WANDERLEY GALDEANO PEREIRA

CORRÉU: FREDERICO GUILHERME SCHROLL JÚNIOR

CORRÉU: RENATO DE ARAÚJO SIVUCA FERREIRA

CORRÉU: JANE COZZOLINO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – ESTELIONATO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: MARCO AURÉLIO MARINS

ADVOGADO: CATIA PAES DE ALENCAR E OUTRO(S) - RJ106126

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TERMO

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 13 de outubro de 2020.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 163.441 / PIAUÍ (2019/0023182-1)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

EMBARGADO: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONTROVÉRSIA SOBRE A VALIDADE DE LEI LOCAL, QUE TRANSMUDOU O REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. O STF, no julgamento da ADI 3.395/DF, referendou liminar anteriormente concedida, que suspendera qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF/1988, alterado pela EC 45/2004, que atribuísse à Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.
2. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o STF, no sentido de que, *se o vínculo estabelecido entre o Poder Público e o servidor for estatutário ou de caráter jurídico-administrativo, a competência para análise das controvérsias trabalhistas será da Justiça Comum (Estadual ou Federal)*.
3. No caso concreto, a reclamante fez constar em sua inicial que passou a prestar serviços ao Município de Cocal/PI na função de Zeladora, por concurso público, a partir de 23/7/2001, na vigência

da Lei nº 281/1993, que instituiu o Regime Jurídico Único, cuja competência para o julgamento da demanda é da Justiça Comum estadual, que é também competente para deliberar acerca da validade da norma local que cria ou modifica regime jurídico de natureza estatutária para os servidores públicos municipais.

4. Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assuete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 27 de maio de 2020 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 163.441 / PIAUÍ (2019/0023182-1)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

EMBARGADO: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

RELATÓRIO

1. Trata-se de Embargos Declaratórios, opostos pelo MUNICÍPIO DE COCAL/PI, contra o acórdão em que se fixou a competência da Justiça Laboral, nos termos da seguinte ementa:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO. REGIME CELETISTA. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. Segundo a jurisprudência da Primeira Seção, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as reclamações trabalhistas propostas por servidores públicos municipais contratados sob o regime celetista, instituído por meio de legislação municipal própria (CC 116.308, SP, Relator Min. Castro Meira, DJe de 17.2.2012).

2. Conflito de Competência conhecido para declarar competente o Juízo da Vara do Trabalho de Parnaíba - PI.

2. Aduz o Município, em suma, que a reclamante foi admitida mediante aprovação em concurso público, sob a égide do regime estatutário, na da vigência da Lei nº 281/1993.

3. É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 163.441 / PIAUÍ (2019/0023182-1)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

EMBARGADO: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONTROVÉRSIA SOBRE A VALIDADE DE LEI LOCAL,

QUE TRANSMUDOU O REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. O STF, no julgamento da ADI 3.395/DF, referendou liminar anteriormente concedida, que suspendera qualquer interpretação do inciso I do art. 114 da CF/1988, alterado pela EC 45/2004, que atribuísse à Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.
2. A jurisprudência desta Corte, acompanhando o STF, no sentido de que, *se o vínculo estabelecido entre o Poder Público e o servidor for estatutário ou de caráter jurídico-administrativo, a competência para análise das controvérsias trabalhistas será da Justiça Comum (Estadual ou Federal)*.
3. No caso concreto, a reclamante fez constar em sua inicial que passou a prestar serviços ao Município de Cocal/PI na função de Zeladora, por concurso público, a partir de 23/7/2001, na vigência da Lei nº 281/1993, que instituiu o Regime Jurídico Único, cuja competência para o julgamento da demanda é da Justiça Comum estadual, que é também competente para deliberar acerca da validade da norma local que cria ou modifica regime jurídico de natureza estatutária para os servidores públicos municipais
4. Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 163.441 / PIAUÍ (2019/0023182-1)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

EMBARGADO: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

VOTO

1. Os aclaratórios merecem ser acolhidos, com efeitos modificativos.
2. A controvérsia está relacionada ao juízo competente para processar e julgar demanda ajuizada por agente público, demanda esta que questiona verbas trabalhistas que entende devidas, contra município que instituiu o regime celetista no Regime Jurídico Único do Município.
3. O STJ tem o entendimento de que é da competência da Justiça Obreira as hipóteses de emprego público onde o vínculo entre as partes é regulado apenas pela CLT.
4. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL CONTRATADO PELO REGIME CELETISTA.

1. De acordo com o entendimento da Primeira Seção desta Corte, a Justiça do Trabalho é competente para o processo e julgamento de causas propostas por servidores públicos municipais contratados sob o regime da CLT, instituído por meio de legislação municipal própria.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no CC 134.347/MG, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 3.9.2015)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO. REGIME CELETISTA. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

1. Segundo a jurisprudência da Primeira Seção (STJ), “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as reclamações trabalhistas propostas por servidores públicos municipais contratados sob o regime celetista, instituído por meio de legislação municipal própria”. (CC nº 116.308, SP, relator o Ministro Castro Meira, DJe de 17.02.2012)
2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no CC 134.343/MG, Relator Ministro OLINDO MENEZES - Desembargador Convocado do TRF/1a. Região, DJe 16.9.2015)

4. Na presente hipótese a reclamante fez constar em sua inicial que passou a prestar serviços ao Município de Cocal/PI na função de Zeladora, por concurso público, a partir de 23/7/2001, na vigência da Lei nº 281/1993, a qual instituiu o Regime Jurídico Único, e que está sendo discutida a sua validade.

5. Em relação à validade ou não do referido estatuto, diga-se que esta Corte Superior também tem firme entendimento de que é da Justiça Comum deliberar acerca da validade da norma local que cria ou modifica regime jurídico de natureza estatutária para os servidores públicos municipais. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTROVÉRSIA SOBRE A VALIDADE DE LEI LOCAL, QUE TRANSMUDOU O REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

1. A reclamante objetiva invalidar eficácia de lei local. Nesse contexto, esta Corte Superior já firmou compreensão de que é da Justiça Comum deliberar acerca da validade da norma local que cria ou modifica regime jurídico de natureza estatutária para os servidores públicos municipais. Com mesma conclusão, envolvendo os mesmos Juízos: CC nº 135.534/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe: 26/08/2014; CC nº 135.541/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe: 14/05/2015; CC nº 137.088/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe: 25/02/2015.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no CC 137.422/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 1/7/2015)

6. Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

EDcl no CC 163.441 / PI

Número Registro: 2019/0023182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 00003360920105220101 00004559120155220101
3360920105220101 4559120155220101

PAUTA: 27/05/2020

JULGADO: 27/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE: JUÍZO DA VARA DO TRABALHO DE PARNAÍBA - PI

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI

INTERES.: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

INTERES.: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

- Empregado Público / Temporário

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: MUNICÍPIO DE COCAL

ADVOGADOS: MAIRA CASTELO BRANCO LEITE - PI003276

DJALMA CARDOSO LEITE E OUTRO(S) - PI001654

CAROLINA LAGO CASTELLO BRANCO - PI003405

EMBARGADO: EDINALVA VERAS DE CARVALHO

ADVOGADOS: RAFAEL AUGUSTUS VASCONCELOS SPAGNOLO - CE023708

DANIEL DE VASCONCELOS MELLO - CE020783

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para declarar competente para processar e julgar a demanda o JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE COCAL - PI, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL

Nº 1.593.170 / RIO DE JANEIRO (2016/0087251-1)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO

ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

AGRAVANTE: VALDEIR DIAS PINNA

ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583

FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: JORGE DO VALLE

ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483

INTERES.: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR

ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Conforme consignado na decisão agravada, “a Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.” (AgRg no REsp 1.500.988/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/2/2015).

2. Convém esclarecer que o *decisum* combatido deu provimento ao recurso do MPRJ para afastar a prescrição reconhecida na origem e determinar o prosseguimento da Ação de Improbidade. Dessa forma, cabe à Corte local a análise das circunstâncias fáticas

do caso dos autos como a exata data em que o suposto ato ímprobo teria sido praticado, bem como a observância da lei de regência dos cargos efetivos.

3. Agravo Interno não 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: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.”

Brasília, 05 de março de 2020 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.170 / RIO DE JANEIRO (2016/0087251-1)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO

ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

AGRAVANTE: VALDEIR DIAS PINNA

ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583

FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: JORGE DO VALLE

ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483

INTERES.: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR

ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática (fls. 1.332-1.338, e-STJ) que deu parcial provimento ao recurso do agravado para afastar a prescrição reconhecida pelo Tribunal *a quo*.

O agravante alega:

A r. decisão, ao apreciar a tese do órgão ministerial, acolheu apenas a alegação da prevalência do vínculo efetivo a despeito do cargo em comissão e, *data venia*, não se atentou ao que dispõe o *caput* do dispositivo invocado pelo *Parquet*, artigo 17 da Lei nº 427/81, onde estabelece o prazo de 6 (seis) anos, computados da data em que os fatos foram praticados.

Assim, se verifica uma lacuna no julgado, que precisa ser preenchida, tendo em vista que não se definiu qual o prazo prescricional a ser aplicado na demanda, seja de 6 (seis) anos pelo *caput* do art. 17 da Lei nº 427/81, seja pelo Código Penal Militar.

Desse modo, a prescrição só poderá ser acolhida nos termos do artigo 23, inciso II da Lei nº 8429/92, o qual remete ao *caput* do artigo 17, da Lei Estadual nº 427/81 (lei específica), onde estipula o prazo de 6 (seis) anos, A CONTAR DA PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO. Confira:

Cumprе ressaltar que deve se contar da data do suposto ato ímprobo, que no presente caso se deu no dia da publicação da convocação do 5º Réu, como consta nos fatos elencados pelo próprio Ministério Público.

É fato incontroverso nos autos, que a referida publicação se deu no dia 14 de fevereiro de 2000 e a propositura da ação no dia 03 de julho de 2007, sendo certo que superou e muito o lapso temporal de 6 anos, previsto na legislação anteriormente mencionada.

Conclui-se, de plano, que a prescrição deve ser acolhida em relação aos Agravantes, em virtude de ter ultrapassado os 6 (seis) anos estabelecidos pelo legislador no artigo 23, inciso II da Lei nº 8429/92, o qual remete ao *caput* do artigo 17, da Lei Estadual nº 427/81.

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à Turma.

É o *relatório*.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.170 / RIO DE JANEIRO (2016/0087251-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 24.10.2019.

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

Conforme consignado na decisão agravada, “a Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.” (AgRg no REsp 1.500.988/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/2/2015).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. CARGO EFETIVO E CARGO COMISSIONADO. VÍNCULO MANTIDO PELO AGENTE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o ora agravante, objetivando a condenação pela prática de atos ímprobos.
2. Sustenta o *Parquet* que, no decorrer da Ação Penal, constatou-se que os envolvidos, entre os quais o réu, “formavam um complexo e organizado grupo voltado para a prática de condutas criminosas objetivando o recebimento de vantagens indevidas, favorecendo, para tanto, os interesses de empresas que estavam sendo fiscalizadas pelo fisco distrital”.
3. O Juiz de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido.
4. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à Apelação do ora recorrente e assim consignou na sua decisão: “Em casos que tais, a jurisprudência e a doutrina, por meio de interpretação teleológica

da norma, conclui que aplicável o prazo prescricional previsto no inciso I do art. 23 da LIA. A contagem do prazo, de cinco anos, inicia-se do término do vínculo entre o agente e a Administração Pública. (...) Como o réu exercia cargo público quando do ajuizamento da ação, o prazo prescricional sequer tinha iniciado quando ajuizada a ação. (...) Ocorre que, para que o ato seja tido como ímprobo, basta que o agente público o tenha praticado em desacordo com a lei, ciente de que, com isso, transgride princípios da Administração Pública. Conclui-se, dessa forma, que, dos quatro atos examinados, há prova apenas quanto ao primeiro – envolvimento do réu com organização criminosa, e ao terceiro – atuação do réu como administrador de sociedades privadas, praticando atos de gerência. (...) A prática de atos de gerência de sociedade privada, assim como a participação em organização criminosa, representa manifesta transgressão aos princípios da legalidade e moralidade e ao dever de probidade. Ciente dos deveres de conduta que devem orientar o agente no exercício de cargo ou função pública, o réu, ao praticar esses atos, agiu com dolo, intenção de ignorar exigências legais. Tais condutas se amoldam no tipo descrito no art. 11, I, da LIA.” (fls. 1357-1358).

5. Como bem destacado pelo *Parquet* Federal no seu parecer, a contagem do prazo prescricional de cinco anos inicia-se do término do vínculo entre o agente e a Administração Pública.

6. Assim, como o ora recorrente exercia cargo público quando do ajuizamento da presente Ação de Improbidade Administrativa, o prazo prescricional sequer se iniciou.

7. “A Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.” (AgRg no REsp 1500988/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/02/2015).

8. Ademais, modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

9. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

10. Por fim, não fez o recorrente o devido cotejo analítico, e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

11. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 734.807/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, Dje 18/11/2015).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 23, I, DA LEI Nº 8429/92. MANDATO ELETIVO. AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. CONTINUIDADE DO VÍNCULO PARA FINS DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 9º 10 E 11 DA LEI Nº 8429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.

2. A Corte *a quo*, com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, reconheceu que os recorrentes atuaram de forma dolosa, enriquecendo ilicitamente em prejuízo de recursos públicos, causando lesão ao erário e violando os princípios da administração pública. Assim, é manifesto que a reversão do entendimento exposto no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. A análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido (REsp 1.500.988, RS, relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 19.02.2015).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo *a quo* no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei nº 8.429/92.

2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o *acórdão que decidiu as apelações* (fl. 497) - REsp 1.060.529, MG, relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJE de 18.09.2009).

Dessa forma, deve ser afastada a prescrição reconhecida em relação aos recorridos Paulo Gomes e Valdeir Dias de Pinna.

O art. 23, inciso II, da LIA prevê a propositura da Ação no “prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (...)”.

A Lei específica seria a Lei Estadual nº 427/1981, que estabelece o prazo prescricional de 6 (seis) anos, em caso de infração administrativa que configure ilícito penal (art. 17, parágrafo único), mas prevê também que, nos casos previstos no Código Penal Militar (CPM) como crime, há prescrição nos prazos nele estabelecidos (arts. 251, 311, 312 e 315) que, nos termos do art. 125, inciso IV, do CPM, seria de 12 anos.

Esclareço que a decisão deu provimento ao recurso apenas para afastar a prescrição reconhecida na origem e determinar o prosseguimento da Ação de Improbidade. Dessa forma, cabe à Corte local analisar as circunstâncias fáticas do caso dos autos, como a exata data em que o suposto ato ímprobo teria sido praticado, bem como a observância da lei de regência dos cargos efetivos.

Logo, ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo que contra ela se insurge.

Diante do exposto, *nego provimento ao Agravo Interno.*

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 1.593.170 / RJ

Número Registro: 2016/0087251-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**Números Origem: 0050010181005018000969918920078190001 20070010946515
20070010946667 20070010949486 2007001948536 201525170160**

PAUTA: 05/12/2019

JULGADO: 05/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR
ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025
RECORRIDO: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019
RECORRIDO: VALDEIR DIAS PINNA
ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019
LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583
FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436
RECORRIDO: JORGE DO VALLE
ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354
RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483
ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019
AGRAVANTE: VALDEIR DIAS PINNA
ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019
LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583
FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES.: JORGE DO VALLE

ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483

INTERES.: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR

ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 1.593.170 / RJ

Número Registro: 2016/0087251-1

Números Origem: 00500101810050180 00969918920078190001 20070010946515
20070010946667 20070010949486 2007001948536 201525170160

PAUTA: 05/03/2020

JULGADO: 05/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR

ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025

RECORRIDO: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO

ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

RECORRIDO: VALDEIR DIAS PINNA

ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583

FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436

RECORRIDO: JORGE DO VALLE

ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354

RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Atos Administrativos - Improbidade Administrativa**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: PAULO GOMES DOS SANTOS FILHO

ADVOGADO: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

AGRAVANTE: VALDEIR DIAS PINNA

ADVOGADOS: JONAS LOPES DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - RJ129019

LYZ SENNA TARGUETA BARROW BUSI - RJ145583

FELIPPE GOMES COSTAS MIGUEZ - RJ150436

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: JORGE DO VALLE

ADVOGADO: TERESA CRISTINA FIGUEIRA DE MELLO E OUTRO(S) - RJ099354

INTERES.: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA - RJ084483

INTERES.: JOSE REZENDE DE ALMEIDA GONCALVES JUNIOR

ADVOGADO: AIBERNON MACIEL ARAÚJO E OUTRO(S) - RJ094025

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão 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.

OPINIÃO CONSULTIVA OC-23/17 DE 15 DE NOVEMBRO DE 2017 SOLICITADA PELA REPÚBLICA DA COLÔMBIA

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 AOS ARTIGOS 1.1 E 2 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (em diante “a Corte Interamericana”, “a Corte” e “o Tribunal”), integrada pelos seguintes Juízes:

Roberto F. Caldas, Presidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vice-presidente;
Eduardo Vio Grossi, Juiz; e
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Elizabeth Odio Benito, Juiza;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz, e
L. Patricio Pazmiño Freire, Juiz;

além dos presentes,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em adiante “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 70 a 75 do Regulamento do Corte (em adiante “o Regulamento”), emite a seguinte Opinião Consultiva, que se estrutura na seguinte ordem:

TABELA DE CONTEÚDOS

- I. APRESENTAÇÃO DA CONSULTA**
- II. Procedimento perante a Corte**
- III. COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE**

A. Sobre a competência consultiva da Corte no presente pedido

B. Sobre os requisitos de admissibilidade do pedido

IV. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A. Sobre o alcance e objeto da presente Opinião Consultiva e os termos das perguntas abordadas pelo Estado solicitante

B. Sobre a estrutura da presente Opinião Consultiva

V. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

VI. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS HUMANOS CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA

A. A inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente

B. Direitos humanos afetados pela degradação do meio ambiente, incluindo o direito a um meio ambiente

VII. O TERMO JURISDIÇÃO NO ARTIGO 1.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA, A EFEITOS DA DETERMINAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS RESPEITO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A. Alcance do termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção Americana, a efeitos da determinação das obrigações dos Estados

B. Obrigações estatais no marco de regimes especiais de proteção em matéria ambiental

C. Obrigações frente a danos transfronteiriços

D. Conclusão

VIII. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DOS DEVERES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS A VIDA E A INTEGRIDADE PESSOAL, NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A. Os direitos à vida e à integridade pessoal em relação com a proteção do meio ambiente

A.1 Conteúdo e alcance dos direitos a vida e a integridade pessoal frente a possíveis danos ao meio ambiente

A.2. Obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal frente a possíveis danos ao meio ambiente

B. Obrigações estatais frente a possíveis danos ao meio ambiente, a efeitos de respeitar e garantir os direitos a vida e a integridade pessoal

B.1 Obrigação de prevenção

B.1.a Âmbito de aplicação da obrigação de prevenção

B.1.b Tipo de dano que se deve prevenir

B.1.c Medidas que devem adotar os Estados para cumprir com a obrigação de prevenção

- I) Dever de regulação
 - ii) Obrigação de supervisionar e fiscalizar
 - iii) Obrigação de requerer e aprovar estudos de impacto ambiental
 - iv) Dever de estabelecer um plano de contingência
 - v) Dever de mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental
- B.1.d Conclusão com respeito a obrigação de prevenção
- B.2 Princípio de Precaução
- B.3 Obrigação de cooperação
- B.3.a Dever de notificação
 - i) Momento para realizar a notificação
 - ii) Conteúdo da notificação
 - iii) Conclusão respeito ao dever de notificação
 - B.3.b Dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados
 - i) Momento e forma da consulta
 - ii) Dever de atuar de boa fé na consulta e negociação
 - iii) Conclusão respeito do dever de consulta e negociação
 - B.3.c Intercâmbio de informação
 - B.3.d Conclusão com respeito a obrigação de cooperação
- B.4 Obrigações de procedimento para garantir os direitos a vida e a integridade pessoal no contexto da proteção do meio ambiente
- B.4.a Acesso à informação
 - i) Alcance e conteúdo da obrigação em relação ao meio ambiente
 - ii) Restrições ao acesso à informação
 - iii) Conclusão com respeito ao acesso da informação
 - B.4.b Participação pública
 - B.4.c Acesso à justiça
 - i) Acesso à justiça em casos de danos transfronteiriços
 - B.4.d Conclusão com respeito às obrigações do procedimento
- B.5 Conclusões com respeito às obrigações dos Estados.

IX. OPINIÃO

I APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

1. Em 14 de março de 2016 a República da Colômbia (em adiante “Colômbia” ou o “Estado solicitante”), com fundamento no artigo 64.¹ da Convenção Americana e de conformidade com o estabelecido no artigo 70.1 e 70.2² do Regulamento, apresentou um pedido de Opinião Consultiva sobre as obrigações dos Estados em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal (em adiante “o pedido” ou “a consulta”) a fim de que o Tribunal determine “de que forma deve ser interpretado o Pacto de San José quando existe o risco de que a construção e o uso das novas grandes obras de infraestrutura afetem de forma grave o meio ambiente marinho na Região das Grandes Caraíbas e, em consequência, o habitat humano essencial para o pleno desfrute e exercício dos direitos dos habitantes da costa e/ou ilhas de um Estado parte do Pacto, à luz das normas ambientais consagradas em tratados e no direito internacional consuetudinário aplicável entre os Estados respectivos”. Assim mesmo, o Estado solicitante busca que a Corte determine “como deve ser interpretado o Pacto de San José em relação aos outros tratados em matéria ambiental que buscam proteger zonas específicas, como é o caso do Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas, com relação à construção de grandes obras de infraestrutura em Estados parte destes tratados e as respectivas obrigações internacionais em matéria de prevenção, precaução, mitigação do dano e da cooperação entre os Estados que podem serem afetados³

2. Colômbia expôs as considerações que originaram a consulta e apontou que: [De acordo a Colômbia, l]a situação que [a] conduziu a [...] apresentar este pedido de opinião consultiva está relacionada com a grave degradação do meio marinho e humano na Região das Grandes Caraíbas que pode resultar das ações e/ou omissões dos Estados ribeirinhos do Mar Caraíbas no enquadramento da construção de novas grandes obras de infraestrutura.

Em particular, este pedido de opinião consultiva responde ao desenvolvimento de novas grandes obras de infraestrutura na Região das Grandes Caraíbas que, devido a suas dimensões e a permanência no tempo, podem ocasionar um dano significativo ao meio ambiente marinho e, em consequência, aos habitantes da costa e ilhas

¹ O artigo 64 da Convenção Americana: “1. Os Estados membros da Organização poderão consultar ao Corte a respeito da interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Assim mesmo, poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. O Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá dar-lhe opiniões a respeito da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”

² As partes relevantes do artigo 70 do Regulamento do Corte estabelecem que: “1. Os pedidos de opinião consultiva, previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter a opinião do Corte. 2. Os pedidos de opinião consultiva, formuladas por um Estado-membro ou pela Comissão, deverão indicar, além disso, as disposições cuja interpretação se pede, as considerações que originam a consulta e o nome e direção do Agente ou dos Delegados”.

³ O texto completo do pedido pode ser consultado no seguinte link da página site do Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf.

localizadas nesta região, que dependem de tal ambiente para subsistir e para seu desenvolvimento. [...]

[O Estado solicitante expôs que] esta problemática é de interesse não só dos Estados da Região das Grandes Caraíbas -cuja população costeira e da ilha pode ser visto diretamente afetada pelos danos ambientais que sofra esta região-, senão também da comunidade internacional. O anterior considerando que estamos em uma época na que, com frequência, se constroem e se põem em funcionamento, grandes obras de infraestrutura em zonas marítimas e com efeitos que podem ir para além das fronteiras dos Estados, e que podem terminar repercutindo negativamente na qualidade de vida e na integridade pessoal das pessoas que dependem do meio marinho para sua subsistência e desenvolvimento. [...]

A proteção dos direitos humanos dos habitantes das ilhas da Região das Grandes Caraíbas e, em consequência, a prevenção e mitigação de danos ambientais nesta zona, é um tema de particular interesse para a Colômbia, na medida em que parte de sua população habita nas ilhas que fazem parte do Arquipélago de San Andrés, Providência e Santa Catalina e que, portanto, depende do meio marinho para sua sobrevivência e desenvolvimento econômico, social e cultural. [...]

Como consequência da interligação ecológica e oceanográfica da Região das Grandes Caraíbas -situação que está muito bem documentada-, é de vital importância que os problemas ambientais marinhos sejam tratados com consideração de seus efeitos nas zonas relevantes e em frente ao ecossistema em sua totalidade, com a cooperação dos demais Estados que possam resultar afetados. [...]

A construção, manutenção e desenvolvimento de grandes projetos de infraestrutura pode ter graves impactos no meio ambiente e, portanto, nas populações que habitam nas áreas que possam resultar afetadas já seja direta ou indiretamente como consequência de tais projetos. [...]

O incremento dos sedimentos na Região das Grandes Caraíbas e, especificamente no Mar Caraíbas, poderia causar uma série de danos irreparáveis ao ecossistema marinho [...]. Por outra parte, o tráfico marítimo que se gere ou incrementa com o desenvolvimento de novos grandes projetos de infraestrutura nas Caraíbas, incrementaria assim mesmo os riscos de contaminação do meio marinho do que depende o habitat dos habitantes das ilhas colombianas e o habitat da população de outros Estados ribeirinhos. [...]

A contaminação do meio ambiente marinho da Região das Grandes Caraíbas que pode resultar de [...] as causas anteriormente apontadas, poderia ter efeitos duradouros e com frequências irreparáveis sobre a flora e fauna marinha e, em consequência, sobre a capacidade (já frágil) que tem a ecossistema de fornecer rendimentos do turismo e da pesca em benefício dos habitantes da costa e ilhas desta Região. Adicionalmente, cabe destacar que esses tipos de danos ao meio marinho não só continuam no tempo, senão que tendem a se agravar, afetando as gerações presentes e futuras. [...]

Considerando o anterior, não cabe dúvida que a construção e operação de novos grandes projetos de infraestrutura na Região das Grandes Caraíbas poderia afetar negativamente e de forma irreparável a vida digna e qualidade de vida dos habitantes da costa e, particularmente, das ilhas localizadas nesta região, bem como os potenciais de seu desenvolvimento econômico, social e cultural e sua integridade física, psíquica e moral. Estas circunstâncias de fato e, portanto, a necessidade de que se implementem projetos idôneos e eficazes de prevenção e mitigação de danos ambientais no desenvolvimento de novas grandes obras de infraestrutura na Região das Grandes Caraíbas -com a cooperação dos Estados que possam resultar afetados-, conformam o contexto de fato no que se formula no presente pedido de opinião consultiva.

3. Com base no anterior, Colômbia apresentou a Corte as seguintes consultas específicas:

I- De acordo com o estipulado no artigo 1.1 do Pacto de San José, deveria ser considerado que uma pessoa, embora não se encontre no território de um Estado parte, está sujeita à jurisdição de tal Estado no caso específico no que, de forma cumulativa, se cumpram as quatro condições que a seguir se enunciam:

1. que a pessoa resida ou se encontre em uma zona delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente do que tal Estado seja parte;
2. que esse regime convencional previna uma área de jurisdição funcional, como por exemplo o previsto no Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas;
3. que, nessa área de jurisdição funcional, os Estados-parte tenham a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição através de uma série de obrigações gerais e/ou específicas; e
4. que, como consequência de um dano ao meio ambiente ou de um risco de dano ambiental na zona protegida pelo convênio de que se trate, e que seja atribuível a um Estado Parte- do convênio e do Pacto de San José, os direitos humanos da pessoa em questão sejam violados ou se encontrem ameaçados?

II- As medidas e os comportamentos, que por ação e/ou por omissão, de um dos Estados parte, cujos efeitos sejam suscetíveis de causar um dano grave ao meio ambiente marinho -o qual constitui ao mesmo tempo o enquadramento de vida e uma fonte indispensável para o sustento da vida dos habitantes da costa e/ou ilhas de outro Estado parte-, são compatíveis com as obrigações formuladas nos

artigos 4.1 e 5.1, lidos em relação ao artigo 1.1 do Pacto de San José? Bem como de qualquer outra disposição permanente?

III- Devemos interpretar, e em que medida, as normas que estabelecem a obrigação de respeitar e de garantir os direitos e liberdades enunciados nos artigos 4.1 e 5.1 do Pacto, no sentido de que de tais normas se desprende a obrigação a cargo dos Estados-membros do Pacto de respeitar as normas que provêm do direito internacional do meio ambiente e que buscam impedir um dano ambiental suscetível de limitar ou impossibilitar o desfrute efetivo do direito à vida e à integridade pessoal, e que uma das maneiras de cumprir essa obrigação é através da realização de estudos de impacto ambiental em uma zona protegida pelo direito internacional e da cooperação com os Estados que resultem afetados? De ser aplicável, que parâmetros gerais deveriam ser tido em conta na realização dos estudos de impacto ambiental na Região das Grandes Caraíbas e qual deveria ser seu conteúdo mínimo?

4. Colômbia designou Ricardo Abello Galvis como Agente.

II

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. Mediante notas de 18 de maio de 2016, a Secretaria do Corte (em adiante “a Secretaria”), de conformidade com o disposto no artigo 73.1⁴ do Regulamento, transmitiu a consulta aos demais Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (em adiante “a OEA”), ao Secretário Geral da OEA, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA, ao Presidente do Comitê Jurídico Interamericano e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (em adiante “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”). Em tais comunicações, se informou que o Presidente da Corte, em consulta com o Tribunal, tinha fixado o 19 de setembro de 2016 como data limite para a apresentação das observações escritas a respeito do pedido mencionado. Igualmente, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o estabelecido no artigo 73.3⁵ de tal regulamento, a Secretaria, mediante notas de 18 de maio de 2016 convidou a diversas organizações internacionais e da sociedade civil e instituições acadêmicas da região a responder no prazo anteriormente apontado sua opinião

⁴ O artigo 73.1 do Regulamento estabelece que: “Uma vez recebida um pedido de opinião consultiva, o Secretário transmitirá cópie para todos os Estados-membros, à Comissão, ao Conselho Permanente através de sua Presidência, ao Secretário-Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de concorrência se refira o tema da consulta, se for do caso”.

⁵ O artigo 73.3 do Regulamento estabelece que: “A Presidência poderá convidar ou autorizar a qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião escrita sobre os pontos submetidos à consulta. Se o pedido é aquele a que se refere ao artigo 64.2 da Convenção, poderá fazer prévia consulta com o agente”.

escrita sobre os pontos submetidos a consulta. Finalmente, se realizou um convite aberto através do site do Corte Interamericana a todos os interessados a apresentar sua opinião escrita sobre os pontos submetidos a consulta. O prazo previamente estabelecido foi prorrogado até o 19 de janeiro de 2017, pelo que contaram com aproximadamente oito meses para responder suas apresentações.

6. O prazo outorgado chegou a seu vencimento e se receberam na Secretaria comentários adicionais do Estado solicitante e os seguintes escritos de observações⁶:

Observações escritas apresentadas pelos Estados da OEA:

1. República da Argentina (em diante "Argentina");
2. Estado Plurinacional da Bolívia (em diante "Bolívia");
3. República de Honduras (em diante "Honduras");
4. República do Panamá (em diante "Panamá");

Observações escritas apresentadas pelos órgãos da OEA:

1. Comissão Interamericana de Derechos Humanos;
2. Representante da Secretaria Geral da OEA e a Comissão Mundial de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza⁷;

Observações escritas apresentadas pelas organizações internacionais:

3. Organização Marítima Internacional;

Observações escritas apresentadas por organismos estatais, associações internacionais e nacionais, organizações não governamentais e instituições acadêmicas:

4. Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente;

⁶ As observações ao pedido de opinião consultiva apresentada pela Colômbia podem ser consultadas no site web da Corte no seguinte link: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nld_oc=1650.

⁷ O escrito foi apresentado em nome da Comissão Mundial de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza. Na audiência pública, a representante da Secretaria Geral da OEA, Cláudia Séc. De Windt, explicou que a Secretaria Geral da OEA fazia esta apresentação "conjuntamente" com a Comissão Mundial de Direito Ambiental "da qual a Secretaria Geral é membro e além disso na que particip[a] na Junta Diretiva da Comissão Mundial de Direito Ambiental".

5. Center for International Environmental Law e Vermont Law School Center for Applied Human Rights;
 6. Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires;
 7. Centro de Estudos de Direitos Humanos da Universidade Autónoma de Yucatán;
 8. Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado;
 9. Centro Mexicano de Direito Ambiental A.C.;
-
1. Clínica Jurídica de Direitos Humanos da Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali;
 2. Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal do México;
 3. Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México;
 4. Conservation Clinic & Costa Rica Program in Sustainable Development, Law, Policy & Professional Practice de University of Florida Levin College of Law;
 5. Environmental Law Alliance Worldwide;
 6. Escola de Direito da Universidade EAFIT;
 7. Escola Maior de Direito da Universidade Sergio Arboleda;
 8. European Center for Constitutional and Human Rights;
 9. Faculdade de Direito da Universidade Católica do Uruguai;
 10. Fundação Biosfera;
 11. Grupo de Ações Públicas da Faculdade de Jurisprudência da Universidade do Rosario;
 12. Grupo de estudantes da Escola Libre de Direito;
 13. Grupo de Investigação em Direito e Política Ambiental da Universidade Nacional de Colombia;
 14. Grupo de Litígio e Interesse Público da Universidade do Norte;
 15. Instituto de Democracia e Direitos Humanos da Pontificia Universidade Católica do Peru;
 16. Escritório de Assuntos Étnicos Raciais do Arquipélago de San Andrés, Providencia e Santa Catalina;
 17. Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos, e
 18. Universidade Centroamericana José Simeón Cañas;

Observações escritas apresentadas por indivíduos da sociedade civil:

19. Ana María Mondragón Duque e Karina G. Carpintero;
20. Alberto Madero Rincón, Sebastián Rubiano-Groot, Daniela María Rojas García, Nicolás Ramos Calderón e Nicolás Caballero Hernández;
21. Alejandra Gonza, Adam Hayne e Michelle Sue;
22. Alejandra Gutiérrez Vélez e Laura Castellanos;
23. Alfredo Ortega Franco;
24. Antonio José Rengifo Lozano;
25. Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón;
26. Benjamín Benítez Jerezano, Gina Larissa Reyes Vásquez, Luis Ovidio Chinchilla Fuentes e Nadia Stefania Mejía Amaya;
27. Christoph Schwarte;
28. Eduardo Biacchi Gomes, Danielle Anne Pamplona, Adrian Mohamed Nunes Amaral, Ane Elise Brandalise Gonçalves, Amanda Carolina Buttendorff, Aníbal Alejandro Rojas Hernandez, Bruna Werlang Paim, Juliane Tedesco Andretta, Mariana Kaipper de Azevedo, Lincoln Machado Domingues, Henrique Alef Burkinsky Pereira, Luis Alexandre Carta Winter, João Paulo Josbiak Dresch e Simone dos Reis Bieleski Marques;
29. Hermilo de Jesús Lares Contreras;
30. Jorge Alberto Pérez Tolentino;
31. Jorge E. Viñuales;
32. José Manuel Pérez Guerra;
34. Alberto Madero Rincón, Sebastián Rubiano-Groot, Daniela María Rojas García, Nicolás Ramos Calderón e Nicolás Caballero Hernández;
33. Alejandra Gonza, Adam Hayne e Michelle Sue;
35. Alejandra Gutiérrez Vélez e Laura Castellanos;
36. Alfredo Ortega Franco;
37. Antonio José Rengifo Lozano;
38. Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira e Christian Rojas Calderón;
39. Benjamín Benítez Jerezano, Gina Larissa Reyes Vásquez, Luis Ovidio Chinchilla Fuentes e Nadia Stefania Mejía Amaya;
40. Christoph Schwarte;

41. Eduardo Biacchi Gomes, Danielle Anne Pamplona, Adrian Mohamed Nunes Amaral, Ane Elise Brandalise Gonçalves, Amanda Carolina Buttendorff, Aníbal Alejandro Rojas Hernandez, Bruna Werlang Paim, Juliane Tedesco Andretta, Mariana Kaipper de Azevedo, Lincoln Machado Domingues, Henrique Alef Burkinsky Pereira, Luis Alexandre Carta Winter, João Paulo Josbiak Dresch e Simone dos Reis Bieleski Marques;
42. Hermilo de Jesús Lares Contreras;
43. Jorge Alberto Pérez Tolentino;
44. Jorge E. Viñuales;
45. José Manuel Pérez Guerra;
46. Judith Ponce Ruelas, José Benjamín González Mauricio e Rafael Ríos Nuño;
47. Matías Nicolás Kuret, Rodrigo Carlos Méndez Martino, Nicolás Mariano Toum e María Agustina Biritos;
48. Noemí Sanín Posada e Miguel Ceballos Arévalo;
49. Pedro Gonsalves de Alcântara Formiga;
50. Santiago Díaz-Cediel, Ignacio F. Grazioso e Simon C. Milnes, e
51. Silvana Insignares Cera, Meylin Ortiz Torres, Juan Miguel Cortés e Orlando De la Hoz Orozco.

7. Uma vez concluído o procedimento escrito, em 10 de fevereiro de 2017 a Presidência da Corte, de conformidade com o disposto no artigo 73.4⁸ do Regulamento, emitiu uma Resolução⁹, mediante a qual convocou a uma audiência pública e convidou aos Estados-Membros da OEA, a seu Secretário Geral, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA, ao Presidente do Comitê Jurídico Interamericano, à Comissão Interamericana e aos integrantes de diversas organizações, sociedade civil, instituições acadêmicas e pessoas que responderam observações escritas, com o propósito de apresentar ao Tribunal seus comentários orais respeito da consulta.

8. A audiência pública se celebrou em 22 de março de 2017 no enquadramento do 57 Período Extraordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, celebrado na Cidade de Guatemala, Guatemala.

9. Compareceram ante a corte as seguintes pessoas¹⁰:

⁸ O artigo 73.4 do Regulamento estabelece que: “Uma vez concluído o procedimento escrito, a Corte decidirá se considera conveniente a realização do procedimento oral e marcará a audiência, a não ser que delegue este último praticado na Presidência. No caso do previsto no artigo 64.2 da Convenção se fará prévia consulta com o Agente”.

⁹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_10_02_17_esp.pdf.

¹⁰ O vídeo de tal audiência e as intervenções das delegações e pessoas participantes pode ser visto no seguinte link: <https://vimeo.com/album/4520997>.

1. Pela República da Colômbia, Ricardo Abello Galvis, Agente de Colombia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e Chefe de Delegação, Carlos Manuel Pulido Collazos, Embaixador da Colômbia ante o Governo de Guatemala e Chefe Alternativo de Delegação; Andrés Villegas Jaramillo, Assessor do Ministério de Relações Exteriores de Colômbia; César Felipe González Hernández, Ministro Plenipotenciário da Embaixada da Colômbia em Guatemala; Juan Manuel Morales Caicedo, Assessor do Ministério de Relações Exteriores de Colômbia; Jenny Sharyne Bowie Wilches, Tercer Secretario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colômbia, e Juan-Marc Thouvenin, Assessor Internacional;
2. Pela República de Guatemala, Wendy Cuellar Arrecis, Diretora de Seguimento de Casos Internacionais em matéria de Direitos Humanos; Andrés Uban, Nidia Juárez, Lesbia Contreras, Steffany Rebeca Vásquez e Francisca Marroquín, todos servidores públicos da Comissão Presidencial Coordenadora da Política do Executivo em Matéria de Direitos Humanos (COPREDEH); Carlos Hugo Ávila, Diretor de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores;
3. Pela República da Argentina, o senhor Javier Salgado;
4. Pela República de Honduras, Ricardo Lara Watson, Subprocurador-Geral da República, Agente Alternativo do Estado de Honduras e Chefe da Delegação; Ibín Mejía Cambar, Oficial em matéria de Direitos Humanos da Procuraduría Geral da República, e Luis Ovidio Chinchilla Fuentes, Oficial de Seguimento e Convênios Direitos Humanos da Secretaria do Estado nos escritórios de Direitos Humanos, Justiça, Governança e Descentralização;
5. Pelo Estado Plurinacional da Bolívia, o senhor Ernesto Rosell Arteaga da Procuradoria Geral do Estado;
6. Pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o senhor Jorge H. Meza Flores, assessor;
7. Pela Secretaria Geral da OEA, a senhora Claudia S. de Windt, e pela Comissão Mundial de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza, a senhora María L. Banda;
8. Pela Escola Maior de Direito da Universidade Sergio Arboleda, o senhor Andrés Sarmiento;
9. Pelo Centro Mexicano de Direito Ambiental, a senhora Anaid Velasco;
10. A senhora Nadia Stefanía Mejía Amaya;
11. A senhora Silvana Insignares Cera;

12. Os senhores Simon Milnes, Santiago Díaz-Cediel e Ignacio Grazioso;
13. Pelo Escritório de Assuntos Étnicos Raciais do arquipélago de San Andrés, Providencia e Santa Catalina, os senhores Walt Hayes Bryan, Endis Livingston Bernard e a senhora Ofelia Livingston de Barker;
14. Pela Clínica Jurídica de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Javeriana, seccional Cali, os senhores Raúl Fernando Núñez Marín, Santiago Botero Giraldo e Estuardo Rivera;
15. Pelo Grupo de Litígio e Interesse Público da Universidade do Norte, a senhora Shirley Llain Arenilla;
16. O senhor Nicolás Eduardo Ramos Calderón;
17. Pelo Grupo de Estudantes da Escola Livre de Direito, as senhoras e os senhores Luis M. Díaz Mirón, Elí Rodríguez Martínez, Juan Pablo Vásquez Calvo, Manuel Mansilla Moya, Carmen Andrea Guerrero Rincón, Adriana Méndez Martínez, José Emiliano González Aranda e Agustín Roberto Guerrero Rodríguez;
18. Pelo Centro de Estudos de Direitos Humanos da Universidade Autónoma de Yucatán, a senhora María de los Ángeles Cruz Rosel e o senhor Arturo Carballo Madrigal;
19. Pela Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México, os senhores Jorge Ulises Carmona Tinoco e Edmundo Estefan Fuentes;
20. Pela Rede Amazônica de Clínicas de Direitos Humanos, as senhoras Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Caio Henrique Faustino da Silva e Victoria Braga Brasil;
21. Pela Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente (AIDA), a senhora Astrid Puentes Riaño;
22. Pela Escola de Direito da Universidade EAFIT, as senhoras Catalina Becerra Trujillo, Ana Carolina Arias Arcila e o senhor José Alberto Toro Valencia;
23. Pelo Grupo de Investigação em Direito e Política Ambiental da Universidade Nacional de Colômbia, a senhora Catalina Toro Pérez;
24. O senhor Alfredo Ortega Franco;
25. A senhora Alejandra Gonza e o senhor Adam Hayne, e
26. Pela Fundación Biósfera, os senhores Jorge Casal e Horacio P. de Beláustegui.

10. Anteriormente à audiência, receberam-se escritos complementares de: 1) o Escritório de Assuntos Étnicos e de Raça do Arquipélago de San Andrés, Providência e Santa Catalina, e da 2) República da Colômbia.

11. Para a resolução deste pedido de Opinião Consultiva, a Corte examinou, tomou em conta e analisou as cinquenta e duas observações e intervenções recebidas de parte de Estados, órgãos da OEA, organizações internacionais, organismos estatais, organizações não governamentais, instituições acadêmicas e pessoas da sociedade civil (parágrafo supracitado. 6 e 11. A Corte agradece estas valiosas contribuições, as quais assistiram em ilustrar ao Tribunal sobre os diferentes temas submetidos a consulta, a efeito da emissão da presente Opinião Consultiva

12. A Corte iniciou a deliberação da presente Opinião Consultiva em 14 de novembro de 2017.

A Corte iniciou a deliberação da presente Opinião Consultiva em 14 de novembro de 2017.

III COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE

13. Neste capítulo, o Tribunal examinará o alcance da concorrência da Corte para emitir opiniões consultivas, bem como sobre a concorrência, admissibilidade e procedência para pronunciar sobre o pedido de opinião consultiva apresentada por Colômbia.

A. Sobre a competência consultiva da Corte na presente petição

14. Esta consulta foi submetida a Corte por Colômbia, em uso da faculdade que lhe outorga o artigo 64.1 da Convenção Americana. Colômbia é Estado-Membro da OEA e, portanto, tem o direito de solicitar a Corte Interamericana opiniões consultivas a respeito da interpretação de dito tratado ou de outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

15. Outrossim, a Corte considera que, como órgão com funções de caráter jurisdicional e consultivo, tem a faculdade inerente a suas atribuições de determinar o alcance de sua própria concorrência (compétence da compétence/Kompetenz-Kompetenz), também no enquadramento do exercício de sua função consultiva, de conformidade com o disposto no artigo 64.1 da Convenção¹¹. Isso, particularmente, dado que a só circunstância de recorrer àquela pressupõe o reconhecimento, por parte do Estado ou Estados que realizam a consulta, da faculdade da Corte de resolver sobre o alcance de sua jurisdição ao respeito.

¹¹ Cfr. Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Competência. Sentença do 24 de setembro de 1999. Série C No. 55, parágrafo. 33; Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-15/97 do 14 de novembro de 1997. Série A No. 15, parágrafo. 5, 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 OC-22/16 do 26 de fevereiro de 2016. Série A No. 22, parágrafo 14.

16. A função consultiva permite ao Tribunal interpretar qualquer norma da Convenção Americana¹², sem que nenhuma parte ou aspecto de dito instrumento esteja excluído do âmbito de interpretação. Neste sentido, é evidente que a Corte tem, em virtude de ser “intérprete última da Convenção Americana”, concorrência para emitir, com plena autoridade, interpretações sobre todas as disposições da Convenção, inclusive aquelas de caráter processual¹³

17. Assim mesmo, a Corte considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao referir à faculdade da Corte de emitir uma opinião sobre “outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” é amplo e não restritivo. A concorrência consultiva da Corte pode ser exercido, de modo geral, sobre toda disposição, relacionado à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, com independência de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes dos mesmo Estados alheios ao sistema interamericano¹⁴. Portanto, a Corte ao interpretar a Convenção no enquadramento de sua função consultiva e nos termos de artigo 29.d) de tal instrumento poderá recorrer a este ou outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos¹⁵

B. Sobre os requisitos de admissibilidade da petição

18. Corresponde a seguir determinar se o pedido de opinião consultiva apresentada por Colômbia reúne os requisitos formais da admissibilidade e materiais de procedência para pronunciar neste caso.

19. Em primeiro termo, a Corte encontra que o pedido apresentado por Colômbia cumpre formalmente com as exigências do disposto nos artigos 70¹⁶ e 71¹⁷ do Regulamento, segundo os quais para que um pedido seja considerado pela Corte as perguntas devem ser formuladas com precisão, especificar as disposições

¹² Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154, parágrafo. 124; Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 16, e Caso Chinchilla Sandoval e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Costa. Sentença do 29 de fevereiro de 2016. Série C No. 312, parágrafo 242.

¹³ Cfr. Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-20/09 do 29 de setembro de 2009. Série A No. 20, parágrafo 18, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 16.

¹⁴ Cfr. “Outros Tratados” Objeto da Função Consultiva do Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-1/82 do 24 de setembro de 1982. Série A No. 1, ponto decisivo primeiro, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 17

¹⁵ Cfr. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Enquadramento do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-10/89 do 14 de julho de 1989. Série A No. 10, ponto decisivo primeiro e único, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 18.

¹⁶ O artigo 70 do Regulamento do Corte estabelece: “Interpretação da Convenção: 1. Os pedidos de opinião consultiva prevista no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter a opinião do Corte. 2. Os pedidos de opinião consultiva formulada por um Estado-membro ou pela Comissão, deverão indicar, além disso, as disposições cuja interpretação se pede, as considerações que originam a consulta e o nome e direção do Agente ou dos Delegados [...]”

¹⁷ O artigo 71 do Regulamento da Corte estabelece: “Interpretação de outros tratados: 1. Se o pedido se refere à interpretação de outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos prevista no artigo 64.1 da Convenção, deverá ser identificado o tratado e as partes, das

que devem ser interpretadas, indicar as considerações que a originam e fornecer o nome e direção do Agente.

20. No que diz respeito aos requisitos materiais, em reiteradas oportunidades este Tribunal estabeleceu que o cumprimento dos requisitos regulamentares para a formulação de uma consulta não implica que esteja obrigado a responder a ela¹⁸. Para determinar a procedência da consulta, a Corte deve ter presentes considerações que transcendem questões meramente formais e que se relacionam com as características que reconheceu ao exercício de sua função consultiva¹⁹. Deve ser além do formal que impediria considerar perguntas que revestem interesse jurídico para a proteção e promoção dos direitos humanos²⁰. Além disso, a concorrência consultiva da Corte não deve, em princípio, se exercer mediante especulações abstratas, sem uma previsível aplicação a situações concretas que justifiquem o interesse de que se emita uma opinião consultiva²¹.

21. Em seu pedido, Colômbia manifestou que “[a] opinião da Corte terá grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos por parte dos agentes e órgãos dos Estados da Região das Grandes Caraíbas, bem como para o fortalecimento da consciência universal, ao precisar o alcance das obrigações sob o Pacto em relação com a proteção ao meio ambiente e, designadamente, com a importância que se deve outorgar aos estudos de impacto ambiental e social, aos projetos de prevenção e mitigação de danos ambientais, bem como à cooperação entre os Estados que possam ser visto afetados por um dano ao meio ambiente -no marco da construção e operação de mega obras que, uma vez iniciadas, poderiam produzir um impacto negativo irreversível no meio marinho”.

22. A Assembleia Geral da OEA tem ressalt[ado] a importância de estudar o vínculo que pode existir entre o meio ambiente e os direitos humanos, reconhecendo a necessidade de promover a proteção do meio ambiente e o pleno desfrute de todos os direitos humanos²².” Além disso, os Estados membros da OEA incluíram na

perguntas específicas sobre as quais se pretende obter a opinião da Corte e as considerações que originam a consulta. [...]”.

¹⁸ Cfr. Opinião Consultiva OC-15/97, parágrafo supracitado 31, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 21.

¹⁹ Cfr. Opinião Consultiva OC-1/82, parágrafo supracitado 31; Opinião Consultiva OC-15/97, parágrafo supracitado 31, e Opinião Consultiva OC-20/09, parágrafo supracitado 14.

²⁰ Cfr. Opinião Consultiva OC-1/82, parágrafo supracitado 25, e Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-19/05 do 28 de novembro de 2005. Série A No. 19, parágrafo 17.

²¹ Cfr. Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-9/87 do 6 de outubro de 1987. Série A No. 9, parágrafo 16, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 21.

²² OEA, Resolução da Assembleia Geral, intitulada “Direitos Humanos e meio Ambiente”, aprovada na terceira sessão plenária, celebrada o 5 de junho de 2001, OEA/Ser.P/AG/RES. 1819 (XXXI-Ou/01), resolveu primeiro. Assim mesmo, na Resolução titulada “Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente nas Américas”, a Assembleia Geral da OEA “[r]econhec[eu] a crescente importância que se lhe atribui à necessidade de administrar o meio ambiente em uma forma sustentável para promover a dignidade e o bem-estar humanos”, e resolveu “[c]ontinuar incentivando a cooperação institucional na esfera dos direitos humanos e o meio ambiente no enquadramento da Organização, designadamente entre a Comissão Interamericana de

Carta Democrática Interamericana a necessidade de que “os Estados do Hemisfério implementem políticas e estratégias de proteção do meio ambiente, respeitando os diversos tratados e convenções, para conseguir um desenvolvimento sustentável em benefício das futuras gerações²³”. Outrossim, adotaram o Programa Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável 2016-2021, no qual se reconhecem as três dimensões do desenvolvimento sustentável: “econômica, social e ambiental”, de caráter “integrado e indivisível, para conseguir “o desenvolvimento, erradicar a pobreza e promover a igualdade, a equidade e a inclusão social”;²⁴

23. Ao lembrar que a função consultiva constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do sistema interamericano, com o propósito de coadjuvar ao cumprimento de seus compromissos internacionais” sobre direitos humanos²⁵, a Corte considera que, a partir da interpretação das normas relevantes, sua resposta à consulta proposta prestará uma utilidade concreta aos países da região na medida em que permitirá precisar, em forma clara e sistemática, as obrigações estatais em relação com a proteção do meio ambiente no marco de suas obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos a toda pessoa sob sua jurisdição. Isto implicará a determinação dos princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de proteção do meio ambiente para respeitar e garantir os direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição a fim de adotar as medidas que resultem adequadas e pertinentes.

24. A Corte reitera, como o fez em outras oportunidades²⁶, que o labor interpretativo que deve cumprir em exercício de sua função consultiva busca não só desentranhar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos, senão, sobretudo, coadjuvar aos Estados-Membros e aos órgãos da OEA para que cumpram de maneira plena e efetiva suas obrigações internacionais na matéria e definam e desenvolvam políticas públicas em direitos humanos. Trata-se, efetivamente, de interpretações que contribuam a fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos.

Direitos Humanos (CIDH) e a Unidade de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente”. OEA, Resolução da Assembleia Geral, intitulada “Direitos Humanos e Meio Ambiente”, aprovada na quarta sessão plenária, celebrada o 10 de junho de 2003, AG/RES. 1926 (XXXIII---O/03) de 2003, preâmbulo e resolveu segundo.

²³ Carta Democrática Interamericana, aprovada na primeira sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, celebrada em 11 de setembro de 2001 durante o Vigésimo Oitavo Período de Sessões, art. 15.

²⁴ O Programa Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável (PIDS) 2016-2021 aprovou-se o 14 de junho de 2016, e estabelece ações estratégicas para assegurar que o trabalho da Secretaria-Geral da OEA, em desenvolvimento sustentável, se encontre alinhado à implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (Resolução A/RES/70/1 da Assembleia Geral da Organização de Nações Unidas, 21 de outubro de 2015) e o Acordo de Paris sobre a mudança climática no hemisfério, e que seus objetivos e resultados estejam guiados pelos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de alcance mundial, aprovados pelos Estados-Membros e que contribuam aos alcançar. Cfr. OEA, Resolução da Assembleia Geral, intitulada “Programa Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável”, AG/RES. 2882 (XLVI-Ou/16), 14 de junho de 2016.

²⁵ Opinião Consultiva OC-1/82, supra, parágrafo. 39, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 23.

²⁶ Cfr. Opinião Consultiva OC-1/82, supra, parágrafo. 25, e Direitos e garantias de crianças e crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Série A No. 21, parágrafo 29.

25. Agora bem, a Corte nota que Colômbia se referiu em seu pedido de opinião consultiva “à construção, manutenção e ampliação de canais para circulação marítima”, entre outras atividades que representam ameaças à Região das Grandes Caraíbas. Ao respeito, em sua intervenção durante a audiência, Guatemala advertiu que “uma análise integral do contexto e de [a] situação concreta [da Região das Grandes Caraíbas e o pedido de interpretação] implica também citar o processo entre Nicarágua contra Colômbia ante a Corte Internacional de Justiça na Haia, [embora] o Estado de Colômbia não ten[ha] alusão a est[e processo] nem também não ao Estado da Nicarágua em sua consulta”. Para Guatemala, é necessário “considerar nesta consulta o envolvimento possível do Estado da Nicarágua ainda que em “nenhuma [...] parte do documento se manifeste de maneira expressa”, bem como que “a interpretação que se dê a esta consulta seja conforme ao anteriormente expressado em tal jurisprudência entre Colômbia e Nicarágua, e sempre respeitosa dos direitos humanos e da soberania dos Estados possivelmente vinculados”. Adicionalmente, este Tribunal toma nota que a Comissão Interamericana informou que atualmente se encontra sob seu conhecimento a petição 912/14 respeito do Estado da Nicarágua, em etapa de admissibilidade, a qual “se relaciona com alegadas violações à Convenção Americana no contexto do projeto relativo à construção do Grande Canal Interoceânico da Nicarágua”.

26. A Corte lembra, como dispôs no marco de outros processos consultivos, que o só fato de que existam petições ante a Comissão ou casos contenciosos relacionados com o tema da consulta não basta para que a Corte se abstenha de responder as perguntas submetidas a consulta²⁷. Adicionalmente, se nota que a petição referida pela Comissão não foi admitida por tal órgão. Por outra parte, reitera que, na medida em que é instituição judicial autônoma, o exercício de sua função consultiva “ não pode estar limitado pelos casos contenciosos interpostos ante a Corte Internacional de Justiça”²⁸. O labor de interpretação que este Tribunal deve cumprir, em exercício de sua função consultiva, defere de sua concorrência contenciosa na medida em que não existe um litígio a resolver²⁹. O propósito central da função consultiva é obter uma interpretação judicial sobre uma ou várias disposições da Convenção ou de outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos³⁰.

27. Adicionalmente, a Corte estima que não está necessariamente comprometida aos termos literais das consultas que se formulam. O apontamento de exemplos no pedido de opinião consultiva serve ao propósito de referir a um contexto particular e ilustrar as diferentes situações que podem surgir sobre a questão jurídica objeto

²⁷ Cfr. O direito à informação sobre a assistência consular no enquadramento das garantias do devido processo legal. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A No. 16, parágrafo 45 a 65, e Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A No. 18, parágrafos 62 a 66.

²⁸ Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 61.

²⁹ Cfr. Opinião Consultiva OC-15/97, parágrafos supracitados 25 e 26, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 26.

³⁰ Cfr. Restrições à Pena de Morte (arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-3/83 do 8 de setembro de 1983. Série A No. 3, parágrafos 22, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 26.

da opinião consultiva, sem que por isto implique que o Tribunal esteja emitindo uma pronúncia jurídica sobre a situação proposta em tais exemplos.³¹ No parágrafo seguinte, a Corte realizará as considerações pertinentes a respeito do alcance da presente consulta e dos termos das perguntas (parágrafos infracitados 32 a 38).

28. Por outra parte, a Corte estima necessário lembrar que, conforme ao direito internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal tratado obriga a todos seus órgãos, incluídos os poderes judicial e legislativo³², pelo que a violação por parte de algum de tais órgãos gera responsabilidade internacional para aquele³³. É por tal razão que estima necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade para a proteção de todos os direitos humanos³⁴, também sobre a base do que aponta em exercício de sua concorrência consultiva, a que inegavelmente compartilha com sua concorrência contenciosa o propósito do sistema interamericano de direitos humanos, qual é, “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”³⁵

29. Por sua vez, a partir da norma convencional interpretada³⁶ através da emissão de uma opinião consultiva, todos os órgãos dos Estados-Membros da OEA, incluindo aos que não são Parte da Convenção mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.I) e a Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9), contam com uma fonte que, conforme a sua própria natureza, contribui também e especialmente de maneira preventiva, a conseguir o eficaz respeito e garantia dos direitos humanos e, particularmente, constitui um script a ser utilizada para resolver as questões relativas ao respeito e garantia dos direitos humanos no marco da proteção ao meio ambiente e assim evitar eventuais vulnerações de direitos humanos³⁷

30. Dado o amplo alcance da função consultiva da Corte que, como já se expôs, envolve não só aos Estados Parte da Convenção Americana, todo o que se aponta na presente Opinião Consultiva também terá relevância jurídica para todos os Estados-

³¹ Cfr. Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 49, e Condición Jurídica y Opinión Consultiva OC-18/03, parágrafo supracitado 65.

³² Cfr. Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparos e Custos. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C No. 238, parágrafos 93, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

³³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, parágrafo 164, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

³⁴ Cfr. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 124, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

³⁵ O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-2/82 do 24 de setembro de 1982. Série A No. 2, parágrafo 29, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

³⁶ Cfr. Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Fondo, Reparos e Custos. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220, parágrafo 79; Caso Gelman Vs. Uruguai. Superintendência de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte de 20 de março de 2013, considerando 65 a 90, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

³⁷ Cfr. Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 31.

Membros da OEA, bem como para os órgãos da OEA³⁸ cuja esfera de concorrência se refira ao tema da consulta.

31. Em virtude das considerações expostas, a Corte considera que tem concorrência para pronunciar sobre as perguntas propostas por Colômbia, sem prejuízo de que possam ser reformuladas (parágrafo infracitado 36). Assim mesmo, este Tribunal não encontra na presente consulta, razões para se abster da absolver, pelo qual a admite e procede a resolver, sem prejuízo das precisões com respeito ao alcance e objeto da mesma que se realizam a seguir.

IV CONSIDERAÇÕES GERAIS

A. Sobre o alcance e objeto da presente Opinião Consultiva e os termos das perguntas propostas pelo Estado solicitante

32. Este Tribunal nota que Colômbia propôs seu pedido de opinião consultiva, fazendo referência ao “meio ambiente marinho na Região das Grandes Caraíbas”, solicitando, de maneira geral, que a Corte interprete “como deve ser interpretado o Pacto de San José em relação com outros tratados em matéria ambiental que buscam proteger zonas específicas, como é o caso do Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (em adiante “o Convênio de Cartagena”)³⁹ (parágrafo supracitado 1). Assim mesmo, a primeira pergunta proposta por Colômbia foi formulada nos seguintes termos:

I. De acordo com o estipulado no artigo 1.1 do Pacto de San José, deveria ser considerado que uma pessoa, embora não se encontre no território de um Estado parte, está sujeita à jurisdição de tal Estado no caso específico no que, de forma cumulativa, se cumpram as quatro condições que a seguir se enunciam?

1. que a pessoa resida ou se encontre em uma zona delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente do que tal Estado seja parte;

2. que esse regime convencional preveja uma área de jurisdição funcional, como por exemplo o previsto no Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas;

³⁸ Cfr. Opinião Consultiva OC-18/03, parágrafo supracitado 60, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 25.

³⁹ Cfr. Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor em 11 de outubro de 1986.

3. que nessa área de jurisdição funcional os Estados-partes tenham a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição por meio de uma série de obrigações gerais e/ou específicas; e
4. que, como consequência de um dano ao meio ambiente ou de um risco de dano ambiental na zona protegida pelo convênio de que se trate, e que seja atribuível a um Estado parte do convênio e do Pacto de San José, os direitos humanos da pessoa em questão seja violados ou se encontrem ameaçados?

33. Desta forma, o Estado solicitante sujeitou a primeira pergunta a quatro condições que, conforme alega, manifestar-se-iam em uma região geográfica determinada em virtude de um tratado específico. Isto foi reafirmado por Colômbia quando, em resposta a um pedido de esclarecimento sobre a primeira pergunta realizada pelo Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot na audiência, indicou que “[a] República da Colômbia circunscreve o objeto de seu pedido de opinião consultiva à jurisdição funcional”, criada pelo Convênio de Cartagena em razão às especiais características humanas, ambientais, e legais da Região das Grandes Caraíbas.”

34. Ao respeito, a Corte reitera que não se encontra limitada pelos termos literais das consultas que se lhe propõem para o exercício de sua função consultiva (parágrafo supracitado 27). Neste sentido, entende que a primeira pergunta proposta pelo Estado solicitante busca que este Tribunal interprete o alcance do artigo 1.1 da Convenção em relação a zona de aplicação do Convênio de Cartagena⁴⁰. Atualmente, tal convênio tem 25 Estados Parte⁴¹, 22 dos quais são membros da OEA e 10 dos quais são parte da Convenção Americana.

35. Esta Corte indicou que, emanara do interesse geral que revestem suas opiniões consultivas, não procede limitar o alcance das mesmas a uns Estados específicos⁴². As questões propostas no pedido transcendem o interesse dos Estados parte do Convênio de Cartagena e são de importância para todos os Estados do planeta. Portanto, este Tribunal considera que não corresponde limitar sua resposta ao âmbito de aplicação do Convênio de Cartagena. Além disso, tomando em conta a relevância do meio ambiente em sua totalidade para a proteção dos direitos humanos, também não estima pertinente limitar sua resposta ao meio ambiente marinho. Na presente Opinião, a Corte se pronunciará sobre as obrigações estatais em matéria ambiental que se relacionam mais intimamente com a proteção de direitos humanos,

⁴⁰ O texto do referido tratado pode ser consultado no seguinte link: <http://cep.unep.org/cartagenaconvention/el-texto-del-convenio-de-cartagena>

⁴¹ 1) Antiga e Barbuda, (2) Bahamas, (3) Barbados, (4) Belize, (5) Colômbia, (6) Costa Rica, (7) Cuba, (8) Dominica, (9) Estados Unidos da América, (10) França, (11) Granada, (12) Guatemala, (13) Guiana, (14) Jamaica, (15) México, (16) Nicarágua, (17) os Países Baixos a título de Antilhas Holandesas e Aruba, (18) Panamá, (19) Reino Unido de Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, (20) República Dominicana, (21) Saint Kitts e Nevis, (22) San Vicente e As Granadinas, (23) Santa Luzia, (24) Trinidad e Tobago, e (25) Venezuela.

⁴² Em sentido similar, se veja, Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 41.

função principal deste Tribunal, pelo qual se referirá às obrigações ambientais que se derivam das obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos.

36. Este Tribunal estabeleceu que, em exercício de suas faculdades inerentes à concorrência outorgada pelo artigo 64 da Convenção, pode precisar ou esclarecer e, em certos supostos, reformular as perguntas que se propõem, particularmente quando, como é o caso, se solicita a opinião da Corte a respeito de um assunto que ela considera dentro de sua competência⁴³. Em virtude das considerações na alínea anterior, este Tribunal não considera necessário nem pertinente examinar as quatro condições incluídas por Colômbia em sua primeira pergunta, a efeito de responder a pergunta proposta por Colômbia sobre o exercício de jurisdição por parte de um Estado fora de seu território. Portanto, esta Corte decide reformular a primeira pergunta proposta por Colômbia da seguinte maneira:

De acordo com o estipulado no artigo 1.1 do Pacto de San José, deveria ser considerado que uma pessoa, embora não se encontre no território de um Estado parte, poderia estar sujeita à jurisdição de tal Estado no marco do cumprimento de obrigações em matéria ambiental?

37. Por outra parte, a respeito da segunda e da terceira pergunta, a Corte entende que ambas se referem, de maneira concorrente, às obrigações estatais relacionadas com o dever de respeitar e garantir os direitos à vida e a integridade pessoal em relação com danos ao meio ambiente. Por um lado, na segunda pergunta Colômbia está questionando se “as medidas e os comportamentos” dos Estados, que poderiam causar “danos graves ao meio ambiente [...] s[ã]o] compatíveis com as obrigações [estatais derivadas] dos artigos 4.1 e 5.1” da Convenção (parágrafo supracitado 3). Por outro lado, na terceira pergunta, Colômbia está consultando ao Tribunal que obrigações se derivam do dever de “respeitar e de garantir os direitos e liberdades enunciados nos artigos 4.1 e 5.1” da Convenção, relacionadas com “as normas que provêm do direito internacional do meio ambiente e que buscam impedir um dano ambiental suscetível de limitar ou impossibilitar o desfrute efetivo do direito à vida e à integridade pessoal” (parágrafo supracitado 3). Ao respeito, Colômbia indicou que buscava que se “precisar[a] o alcance das obrigações sob o Pacto, particularmente aquelas contidas nos artigos 4.1 e 5.1, em relação com a proteção ao meio ambiente”, bem como um esclarecimento em relação com as “obrigações internacionais em matéria de prevenção, precaução, mitigação do dano e de cooperação entre os Estados que podem ser visto afetados”.

38. Portanto, a Corte entende que, com a segunda e a terceira perguntas, Colômbia está consultando à Corte sobre as obrigações dos Estados Parte da Convenção

⁴³ Cfr. Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A No. 7, parágrafo 12, e Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 42.

em relação a proteção do meio ambiente, a efeitos de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, tanto para danos ocorridos dentro de seu território quanto para danos que traspassem suas fronteiras. Em consequência, decide agrupar suas considerações com respeito a tais consultas, de forma de responder, de maneira conjunta, que obrigações têm os Estados, a partir do dever de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, em relação com danos ao meio ambiente. As obrigações ambientais que este Tribunal constata no capítulo VIII, em resposta a ambas perguntas, devem ser entendido aplicáveis tanto a efeitos da proteção ambiental interna quanto a internacional. Tendo em contas estas considerações, a Corte estrutura sua Opinião como se expõe a seguir.

B. Sobre a estrutura da presente Opinião Consultiva

39. Tendo em conta o anterior, a efeito de dar uma resposta adequada às perguntas realizadas, a Corte decidiu estruturar a presente Opinião da seguinte forma: (1) no capítulo V se expõem os critérios de interpretação que serão utilizados por este Tribunal ao emitir a presente Opinião; (2) no capítulo VI realizam-se considerações introdutórias sobre a interrelação entre os direitos humanos e o meio ambiente, e os direitos humanos afetados por causa da degradação do meio ambiente, com o propósito de oferecer um marco jurídico geral no qual se emolduram as obrigações estatais que se estabelecem nesta Opinião em resposta às perguntas do Estado solicitante; (3) no capítulo VII se responde a primeira pergunta de Colômbia, interpretando o alcance do termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção Americana, particularmente em relação com as obrigações de direito ambiental, e (4) no capítulo VIII respondem-se a segunda e a terceira perguntas da Colômbia, interpretando e estabelecendo as obrigações estatais em matéria ambiental de prevenção, precaução, cooperação e de procedimento que se derivam dos deveres de respeito e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal sob a Convenção Americana.

V

CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

40. Para emitir sua opinião sobre a interpretação das disposições jurídicas trazidas a consulta, a Corte recorrerá à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual recolhe a regra geral e consuetudinária de interpretação dos tratados internacionais⁴⁴, que implica a aplicação simultânea e conjunta da boa-fé, no sentido comum dos termos empregados no tratado de que se aborde, o contexto destes e o objeto e fim daquele. Por isso, a Corte fará uso dos métodos de interpretação

⁴⁴ Cfr. Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supra 52, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supra 35. Veja-se também: Corte Internacional de Justiça (em adiante “CIJ”), Caso relativo à soberania sobre Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia contra Malásia), Sentença de 17 de dezembro de 2002, parágrafo 37, e CIJ, Aveia e outros nacionais mexicanos (México contra os Estados Unidos da América), Sentença de 31 de março de 2004, parágrafo 83.

estipulados nos artigos 31⁴⁵ e 32⁴⁶ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para levar a cabo tal interpretação.

41. No caso particular da Convenção Americana, o objeto e fim do tratado é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”, a propósito do qual foi desenhada para proteger os direitos humanos⁴⁷ das pessoas independentemente de sua nacionalidade, em frente a seu próprio Estado ou a qualquer outro⁴⁸. Neste ponto é fundamental ter presente a especificidade dos tratados de direitos humanos, os quais criam uma ordem legal no qual os Estados assumem obrigações para os indivíduos sob sua jurisdição⁴⁹ e cujas violações podem ser reclamadas por estes e pela comunidade de Estados Parte da Convenção através da ação da Comissão⁵⁰ e inclusive ante a Corte⁵¹, todo o qual tem como efeito que a interpretação das normas deva ser desenvolvido também a partir de um modelo baseado em valores que o sistema interamericano pretende resguardar, desde o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa⁵².

42. É neste sentido que a Convenção Americana prevê expressamente determinadas pautas de interpretação em seu artigo 29⁵³, entre as que alberga o

⁴⁵ O artigo 31 (Regra Geral de interpretação) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que: “1. Um tratado deverá ser interpretado de boa-fé conforme o sentido corrente que tenha de atribuir aos termos do tratado no contexto destes e tendo em conta seu objeto e fim. 2. Para os efeitos da interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, incluídos seu preâmbulo e anexos: a) todo acordo que se refira ao tratado e seja concertado entre todas as partes com motivo da celebração do tratado; b) todo instrumento formulado por uma ou mais partes com motivo da celebração do tratado e aceitado pelas demais como instrumento referente ao tratado. 3. Junto ao contexto, terá de ter-se em conta: a) todo acordo ulterior entre as partes a respeito da interpretação do tratado ou da aplicação de suas disposições; b) toda prática ulteriormente seguida na aplicação do tratado pela qual conste o acordo das partes a respeito da interpretação do tratado; c) toda norma pertinente de direito internacional aplicável nas relações entre as partes. 4. Se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes”. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Doc. ONU A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T. Séc. 331, adotada em Viena o 23 de maio de 1969, entrou em vigência o 27 de janeiro de 1980.

⁴⁶ O artigo 32 (Meios de interpretação complementares) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que: “Poderão acolher os meios de interpretação complementares, em particular aos trabalhos preparatórios do tratado e das circunstâncias de sua celebração, para confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31, ou para determinar o sentido quando a interpretação dada em conformidade com o artigo 31: a) deixa ambíguo ou obscuro o sentido; ou b) conduza a um resultado manifestamente absurdo ou nada razoável”.

⁴⁷ Opinião Consultiva OC-2/82, parágrafo supracitado 29, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 53.

⁴⁸ Opinião Consultiva OCa2/82, parágrafo supracitado 33, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 53.

⁴⁹ Opinião Consultiva OCa2/82, parágrafo supracitado 29, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 53.

⁵⁰ Cfr. Artigos 43 e 44 da Convenção Americana.

⁵¹ Cfr. Artigo 61 da Convenção Americana.

⁵² Cfr. Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C No. 205, parágrafo 33, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supra 53.

⁵³ O referido artigo 29 da Convenção Americana estabelece o seguinte: “Normas de Interpretação: Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a algum dos Estados-Parte, grupo ou pessoa, suprimir o desfrute e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou os limitar em maior medida que a prevista nela; b) limitar o desfrute e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um de ditos Estados; c) excluir outros direitos e

princípio pró pessoa, que implicam que nenhuma disposição de dito tratado pode ser interpretada no sentido de limitar o desfrute e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um de ditos Estados, ou bem de excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

43. Além disso, a Corte tem reiteradamente assinalado que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais⁵⁴. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação dispostas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁵.

44. Relacionado ao anterior, é preciso considerar que a presente Opinião Consultiva tem como objeto interpretar o efeito das obrigações derivadas do direito ambiental em relação com as obrigações de respeito e garantia dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana. Existe um extenso corpus iuris de direito ambiental internacional. Conforme à interpretação sistemática contemplada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico ao qual pertencem”⁵⁶. Este Tribunal estima que, em aplicação destas normas, deve tomar em consideração o regulamento internacional de proteção ambiental ao momento de especificar o conteúdo e alcance das obrigações assumidas pelos Estados⁵⁷ sob a Convenção Americana, designadamente ao precisar as medidas que devem adotar os Estados. No enquadramento da presente Opinião Consultiva, a Corte deseja sublinhar que, embora não lhe corresponde emitir uma interpretação direta dos diferentes instrumentos de direito ambiental, indubitavelmente os princípios, direitos e obrigações ali conteúdos contribuem em forma decisiva a fixar o alcance da Convenção Americana. Em virtude da matéria submetida a consulta, a Corte terá em consideração, como fontes de direito internacional adicionais, outras convenções

garantias que são inerentes ao ser humano ou que se derivam da forma democrática representativa de governo, e 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”.

⁵⁴ Ver, entre outros, Caso dos “Crianças de Rua” (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63, parágrafo 193; Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 114; Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 28 novembro de 2012. Série C No. 257, parágrafo 245; Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 49, e Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318, parágrafo 245.

⁵⁵ Cfr. Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 114, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 49.

⁵⁶ Cfr. Opinião Consultiva OC-16/99, parágrafo supracitado 114, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 49.

⁵⁷ Neste sentido, já no caso dos Povos Kaliña e Lokono, a Corte se referiu à Declaração de Rio e o Convênio de Diversidade Biológica no momento de pronunciar sobre a compatibilidade dos direitos dos povos indígenas com a proteção do meio ambiente. Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C No. 309, parágrafos 177 a 179.

relevantes⁵⁸ a fim de efetuar uma interpretação harmônica das obrigações internacionais nos termos da disposição citada. Em adição, a Corte considerará as obrigações aplicáveis e a jurisprudência e decisões ao respeito, bem como as resoluções, pronúncias e declarações referentes ao tema que for adotados a nível internacional.

45. Em resumo, ao dar resposta à presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, guiada pelas normas que governam sua concorrência consultiva e procede à análise estritamente jurídica das questões propostas ante ela, conforme ao direito internacional dos direitos humanos tendo em conta as fontes de direito internacional relevantes. Ao respeito, corresponde precisar que o *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos se compõe de uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou recolhas no direito internacional consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como direito, bem como dos princípios gerais de direito e de um conjunto de normas de carácter geral ou de *soft law*, que servem como script de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão aos conteúdos mínimos afixados convencionalmente. Assim mesmo, a Corte se baseará em sua própria jurisprudência.

VI

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E OS DIREITOS HUMANOS CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA

46. Esta Opinião constitui uma das primeiras oportunidades deste Tribunal para se referir, de maneira prolongada, sobre as obrigações estatais que surgem da necessidade de proteção do meio ambiente baixo a Convenção Americana (parágrafo supracitado 23). Conquanto o objeto da consulta proposta por Colômbia, tal como se definiu previamente (parágrafos supracitados 32 a 38), se refere especificamente às obrigações estatais que se derivam dos direitos à vida e à integridade pessoal, esta Corte estima pertinente realizar algumas considerações iniciais e introdutórias sobre (A) a inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente, e (B) os direitos humanos afetados por causa da degradação do meio ambiente, incluindo o direito a um meio ambiente são. O propósito das considerações neste capítulo é fornecer de contexto e fundamentos gerais às respostas que mais adiante se oferecem às perguntas específicas realizadas por Colômbia.

A. A inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente

47. Esta Corte reconheceu a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, em tanto a degradação ambiental e os efeitos adversos da mudança climática afetam o desfrute efetivo de os

⁵⁸ Cfr. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (Arts. 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994. Série A No. 14, parágrafo 60, e Opinião Consultiva OC-22/16, parágrafo supracitado 29.

direitos humanos.⁵⁹ Assim mesmo, o preâmbulo do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em adiante “Protocolo de San Salvador”), ressalta a estreita relação entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais -que inclui o direito a um meio ambiente são - e a dos direitos civis e políticos, e indica que as diferentes categorias de direitos constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente com o objeto de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa ser justificado a violação de uns em ara da realização de outros⁶⁰.

48. Particularmente, em casos sobre direitos territoriais de povos indígenas e tribais, este Tribunal se referiu à relação entre um meio ambiente saudável e a proteção de direitos humanos, considerando que o direito à propriedade coletiva destes está vinculado com a proteção e acesso aos recursos que se encontram nos territórios dos povos, pois estes recursos naturais são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida de tais povos⁶¹. Assim mesmo, a Corte reconheceu a estreita vinculação do direito a uma vida digna com a proteção do território ancestral e os recursos naturais. Ao respeito, este Tribunal determinou que, em atenção à situação de especial vulnerabilidade dos povos indígenas e tribais, os Estados devem adotar medidas positivas encaminhadas a assegurar aos membros destes povos o acesso a uma vida digna -que compreende a proteção da estreita relação que mantêm com a terra- e seu projeto de vida, tanto em sua dimensão individual como coletiva⁶². Igualmente, este Tribunal ressaltou que a falta de acesso aos territórios e aos recursos naturais correspondentes pode expor às comunidades indígenas a condições de vida precárias ou infra-humanas, a maior vulnerabilidade ante doenças e epidemias, bem como submeter a situações de não proteção extrema que podem implicar várias violações de seus direitos humanos, além de ocasionar sofrimento e prejudicar a preservação de sua forma de vida, costumes e idioma⁶³.

⁵⁹ Cfr. Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C No. 196. parágrafo 148.

⁶⁰ Cfr. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), entrada em vigor o 16 de novembro de 1999, preâmbulo. Os seguintes Estados membros da OEA ratificaram o Protocolo de San Salvador até a presente data: (1) Argentina, (2) Bolívia, (3) Brasil, (4) Colômbia, (5) Costa Rica, (6) Equador, (7) El Salvador, (8) Guatemala, (9) Honduras, (10) México, (11) Nicarágua, (12) Panamá, (13) Paraguai, (14) Peru, (15) Suriname e (16) Uruguai.

⁶¹ Ver entre outros, Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Fundo Reparos e Costa. Sentença 17 de junho de 2005. Série C No. 125, parágrafo 137; Caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*. Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146, parágrafo 118; Caso do Povo *Saramaka Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, parágrafos 121 e 122, e Caso *Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname*, parágrafo supracitado 173.

⁶² Cfr. Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, parágrafo supracitado 163, e Caso *Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname*, parágrafo supracitado 181.

⁶³ Cfr. Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, parágrafo supracitado 164; Caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*. Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245, parágrafo 147 e Caso das comunidades afrodescendentes deslocadas da Cuenca do Rio Cacarica (*Operação Gênese*) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C No. 270, parágrafo 354.

49. Por sua vez, a Comissão Interamericana ressaltou que vários direitos de categoria fundamental requerem, como uma pré-condição necessária para seu exercício, uma qualidade ambiental mínima, e se veem afetados em forma profunda pela degradação dos recursos naturais⁶⁴. No mesmo sentido, a Assembleia Geral da OEA reconheceu a estreita relação entre a proteção ao meio ambiente e os direitos humanos (parágrafo supracitado 22) e ressaltado que a mudança climática produz efeitos adversos no desfrute dos direitos humanos⁶⁵.

50. No âmbito europeu, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu que a degradação severa do meio ambiente pode afetar o bem-estar do indivíduo e, como consequência, gerar violações aos direitos das pessoas, tais como os direitos à vida⁶⁶, ao respeito à vida privada e familiar⁶⁷ e à propriedade privada⁶⁸. De maneira similar, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos indicou que o direito a um “meio ambiente geral satisfatório, favorável ao desenvolvimento” está estreitamente relacionado com os direitos econômicos e sociais na medida em que o meio ambiente afeta a qualidade de vida e a segurança do indivíduo⁶⁹.

51. Outrossim, o Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável de Nações Unidas (hoje Relator Especial⁷⁰) afirmou

⁶⁴ Cfr., Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais – Normas e Jurisprudência do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos no 30 de dezembro de 2009, OEA/ser.L/V/II. Doc. 56/09, parágrafo 190.

⁶⁵ Cfr. Assembleia Geral da OEA, Resolução intitulada “Direitos Humanos e Mudança Climática nas Américas”, aprovada na quarta sessão plenária, celebrada no 3 de junho de 2008, AG/RES. 2429 (XXXVIII/08).

⁶⁶ Veja-se, entre outros, TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafos 71, 89, 90 e 118; TEDH, Caso Budayeva e outros Vs. Rússia, No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008, parágrafos 128 a 130, 133 e 159, e TEDH, Caso M. Özel e outros Vs. Turquia, No. 14350/05, 15245/05 e 16051/05. Sentença de 17 de novembro de 2015, parágrafos 170, 171 e 200.

⁶⁷ Veja-se, entre outros, TEDH, Caso López Ostra Vs. Espanha, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994, parágrafos 51, 55 e 58; TEDH, Caso Guerra e outros Vs. Itália [GS], No. 14967/89. Sentença de 19 de fevereiro de 1998, parágrafos. 57, 58 e 60; TEDH, Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003, parágrafos. 96, 98, 104, 118 e 129; TEDH, Caso Taskin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, parágrafos 113, 116, 117, 119 e 126; TEDH, Caso Fadeyeva Vs. Rússia, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005, parágrafos 68 a 70, 89, 92 e 134; TEDH, Caso Roche Vs. Reino Unido [GS], No. 32555/96. Sentença de 19 de outubro de 2005, parágrafos. 159, 160 e 169; TEDH, Caso Giacomelli Vs. Itália, No. 59909/00. Sentença de 2 de novembro de 2006, parágrafos 76 a 82, 97 e 98; TEDH, Caso Tatar Vs. România, No. 67021/01. Sentença de 27 de janeiro de 2009, parágrafos 85 a 88, 97, 107, 113 e 125, e TEDH, Caso Dei Sarno e outros Vs. Itália, No. 30765/08. Sentença de 10 de janeiro de 2012, parágrafos 104 a 110 e 113.

⁶⁸ Veja-se, entre outros, TEDH, Caso Papastavrou e outros Vs. Grécia, No. 46372/99. Sentença de 10 de abril de 2003, parágrafos 33 e 36 a 39; TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafos 124 a 129, 134 a 136 e 138, e TEDH, Caso Turgut e outros Vs. Turquia, No. 1411/03. Sentença de 8 de julho de 2008, parágrafos 86 e 90 a 93.

⁶⁹ Cfr. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria. Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafo 51.

⁷⁰ Em março de 2012 o Conselho de Direitos Humanos nomeou um Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável em 2012 pelo Conselho de Direitos Humanos por um período de três anos. Seu mandato foi prorrogado em 2015 por um período adicional de três anos baixo o título de Relator Especial sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um

que “[o]s direitos humanos e a proteção do meio ambiente são inerentemente interdependentes”, porque:

Os direitos humanos se baseiam no respeito de atributos humanos fundamentais como a dignidade, a igualdade e a liberdade. A realização desses atributos depende de um meio ambiente que lhes permita florescer. Ao mesmo tempo, a proteção eficaz do meio ambiente depende com frequência do exercício de direitos humanos que são vitais para a formulação de políticas informadas, transparentes e adequadas⁷¹.

52. Por outra parte, existe um amplo reconhecimento no direito internacional sobre a relação interdependente entre a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos. Tal inter-relação se afirmou desde a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (em adiante “Declaração de Estocolmo”), onde se estabeleceu que “[o] desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra as condições necessárias para melhorar a qualidade da vida”⁷², se afirmando a necessidade de balancear o desenvolvimento com a proteção do meio humano⁷³. Posteriormente, na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (em adiante “Declaração do Rio”), os Estados reconheceram que “[o]s seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável” e, ao mesmo tempo, destacaram que “a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento.” De acordo com o anterior, na Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável se estabeleceram os três pilares do desenvolvimento sustentável: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção

meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável. Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Resolução 19/10, titulada “Os direitos humanos e o meio ambiente”, aprovada o 22 de março de 2012, Doc. ONU A/HRC/RES/19/10, e Conselho de Direitos Humanos, Resolução 28/11 titulada “Os direitos humanos e o meio ambiente”, aprovada o 26 de março de 2015, Doc. ONU A/HRC/RES/28/11.

⁷¹ Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 10. No mesmo sentido, alguns instrumentos que regulam a proteção do meio ambiente fazem referência ao regulamento dos direitos humanos. Neste sentido ver: Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), e Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1.

⁷² Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, princípio, princípio 8.

⁷³ Cfr. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, princípio 13.

ambiental⁷⁴. Assim mesmo, no correspondente Plano de Aplicação das Decisões da Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, os Estados reconheceram a consideração que deve ser prestado a possível relação entre o meio ambiente e os direitos humanos, incluído o direito ao desenvolvimento⁷⁵.

53. Além disso, ao adotar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu que o alcance dos direitos humanos de todas as pessoas depende da consecução das três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, social e ambiental⁷⁶. No mesmo sentido, vários instrumentos do âmbito interamericano se referiram à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, tais como a Carta Democrática Interamericana a qual prevê que “[o]exercício da democracia facilita a preservação e a manipulação adequada do meio ambiente”, pelo qual “é essencial que os Estados do Hemisfério implementem políticas e estratégias de proteção do meio ambiente, respeitando os diversos tratados e convenções, para conseguir um desenvolvimento sustentável em benefício das futuras gerações”⁷⁷.

54. Desta relação de interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, surgem múltiplos pontos de conexão pelos quais, como foi expresso pelo Especialista independente, “todos os direitos humanos são vulneráveis à degradação ambiental, no sentido de que o pleno desfrute de todos os direitos humanos depende de um meio propício”⁷⁸. Neste sentido, o Conselho de Direitos Humanos identificou ameaças ambientais que podem afetar, de maneira direta ou indireta, o desfrute efetivo de direitos humanos concretos, afirmando que i) o tráfico ilícito e o gerenciamento e eliminação inadequadas de produtos e desperdícios tóxicos e perigosos constituem uma ameaça grave para os direitos humanos, incluídos o direito à vida e à saúde⁷⁹; ii) a mudança climática

⁷⁴ Cfr. Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável, adotada na Cimeira Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, Johannesburgo, 4 de setembro de 2002, Doc. ONU A/CONF. 199/20, parágrafo 5.

⁷⁵ Cfr. Plano de Aplicação das Decisões da Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, adotado durante a Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, Johannesburgo, 4 de setembro de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20, parágrafo 5.

⁷⁶ Cfr. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 70/1, titulada “Transformar nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, 25 de setembro de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preâmbulo e parágrafos 3, 8, 9, 10, 33, 35 e 67.

⁷⁷ Carta Democrática Interamericana, aprovada na primeira sessão plenária da Assembleia Geral da OEA, celebrada o 11 de setembro de 2001 durante o Vigésimo Oitavo Período de Sessões, art. 15.

⁷⁸ Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H.Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 19. Da mesma maneira, a Corte Internacional de Justiça ressaltou que “o meio ambiente não é uma abstração senão que representa o espaço vital, qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, incluindo às futuras gerações”. Cfr. CIJ, Legalidade da ameaça ou o emprego de armas nucleares. Opinião consultiva do 8 de julho de 1996, parágrafo 29, e CIJ, Caso Gabcikovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997, parágrafo 112.

⁷⁹ Cfr. Comissão de Direitos Humanos, Resolução 2005/15, titulada “Efeitos nocivos para o desfrute dos direitos humanos do traslado e descargas ilícitas de produtos e desperdícios tóxicos e perigosos, aprovada em 14 de Abril de 2005, Doc. ONU E/CN.4/RES/200515; Conselho de Direitos Humanos, Resolução 9/1 “Mandato do Relator Especial sobre os efeitos nocivos para o desfrute dos direitos humanos do traslado

tem repercussões muito diversas no desfrute efetivo dos direitos humanos, como os direitos à vida, a saúde, a alimentação, a água, a casa e a livre determinação⁸⁰, e iii) a degradação ambiental, a desertificação e a mudança climática mundial estão agravando a miséria e o desespero, com consequências negativas para a realização do direito à alimentação, em particular nos países em desenvolvimento⁸¹.

55. Como consequência da estreita conexão entre a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos (parágrafo supracitado 47 a 55), atualmente (i) múltiplos sistemas de proteção de direitos humanos reconhecem o direito ao meio ambiente são como um direito em si mesmo, particularmente o sistema interamericano de direitos humanos, ao mesmo tempo que não há dúvida que (ii) outros múltiplos direitos humanos são vulneráveis à degradação do meio ambiente, todo o qual implica uma série de obrigações ambientais dos Estados a efeitos do cumprimento de suas obrigações de respeito e garantia destes direitos. Precisamente, outra consequência da interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos e a proteção do meio ambiente é que, na determinação destas obrigações estatais, a Corte pode fazer uso dos princípios, direitos e obrigações do direito ambiental internacional, os quais como parte do corpus iuris internacional contribuem em forma decisiva a fixar ao alcance das obrigações derivadas da Convenção Americana em esta matéria (parágrafo supracitado 43 a 45).

e descargas ilícitas de produtos e desperdícios tóxicos e perigosos”, 24 de Setembro de 2008, Doc. ONU A/HRC/RES/9/1; Conselho de Direitos Humanos, Resolução 18/11 “Mandato do Relator Especial sobre as obrigações em matéria de direitos humanos relacionadas com a ordenação ambientalmente racional e a eliminação de substâncias e desperdícios perigosos”, adotada no 27 de Setembro de 2011, A/HRC/18/L.6. Veja-se também, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, aprovada na Conferência Mundial de Direitos Humanos no 25 de junho de 1993, parágrafos 11.

⁸⁰ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Resolução 35, titulada “Os direitos humanos e a mudança climática”, adotada o 19 de junho de 2017, Doc. ONU A/HRC/35/L.32; Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, 1 de fevereiro de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, parágrafos 9 e 23; Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafos 18 e 24, e Conselho de Direitos Humanos, Estudo analítico da relação entre os direitos humanos e o meio ambiente, Relatório da Alta Comissariada das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 16 de dezembro de 2001, Doc. ONU A/HRC/19/34, parágrafo 7.

⁸¹ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Resolução 7/14, titulada “O direito à alimentação”, aprovada em 27 de março de 2008, A/HRC/7/L.11; Conselho de Direitos Humanos, Resolução 10/12, titulada “O direito à alimentação”, aprovada em 26 de março de 2009, A/HRC/RES/10/12, e Conselho de Direitos Humanos, Resolução 13/4, titulada “O direito à alimentação”, aprovada em 24 de março de 2010, A/HRC/RES/13/4. Conselho de Direitos Humanos, Estudo analítico da relação entre os direitos humanos e o meio ambiente, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, adotado em 16 de dezembro de 2001, Doc. ONU A/HRC/19/34, parágrafo 49.

B. Direitos humanos afetados pela degradação do meio ambiente, incluindo o direito a um meio ambiente saudável

56. No sistema interamericano de direitos humanos, o direito a um meio ambiente saudável está consagrado expressamente no artigo 11 do Protocolo de San Salvador:

1. Toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente saudável e a contar com serviços públicos básicos.
2. Os Estados parte promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

57. Adicionalmente, este direito também deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26⁸² da Convenção Americana, como sob tal norma se encontram protegidos aqueles direitos que se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA⁸³, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (na medida em que esta última “contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta se refere”) e os que se derivem de uma interpretação da Convenção conforme com os critérios estabelecidos no artigo 29 da mesma⁸⁴ (parágrafo supracitado 42). A Corte reitera a interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente e de forma conglobada como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos ante aquelas autoridades que resultem competentes para isso⁸⁵.

⁸² Tal norma estável que: “Os Estados Partes se comprometem- a adotar providências, tanto a nível interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para conseguir 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”.

⁸³ Neste sentido, os artigos 30, 31, 33 e 34 da Carta estabelecem uma obrigação aos Estados para alcançar o “desenvolvimento integral” dos seus povos. O “desenvolvimento integral” foi definido pela Secretaria Executiva para o Desenvolvimento Integral da OEA (SEDI) como “o nome geral dado a uma série de políticas que trabalham conjuntamente para fomentar o desenvolvimento sustentável”. Como se mencionou previamente, uma das dimensões do desenvolvimento sustentável é precisamente o âmbito ambiental (parágrafo supracitado. 52 e 53). Cfr. Carta da Organização de Estados Americanos, entrada em vigor 13 de dezembro de 1951, arts. 30, 31, 33 e 34.

⁸⁴ No Caso Lagos do Campo Vs. Peru, esta Corte estabeleceu que o artigo 26 da Convenção Americana, como os outros direitos consagrados em tal instrumento, está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 assinalados no capítulo I (intitulado “Enumeração de Deveres”) da Convenção, bem como estão-no os artigos 3 ao 25 assinalados no capítulo II (intitulado “Direitos Civis e Políticos”), e protege os direitos que se derivam da Carta da OEA, a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem e os que se derivem de “outros atos internacionais da mesma natureza”, em virtude do artigo 29 da Convenção. Cfr. Caso Lagos do Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340, parágrafos 142 a 144. Veja-se também, Caso Acevedo Buendía e outros (“Cessantes e Aposentados da Contraloría”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C No. 198, parágrafo 100.

⁸⁵ Cfr. Caso Acevedo Buendía e outros (“Cessantes e Aposentados da Contraloría”) Vs. Peru, parágrafo supracitado 101, e Caso Lagos do Campo Vs. Peru, parágrafo supracitado 141.

58. Este Tribunal ressalta que o direito a um meio ambiente saudável está reconhecido explicitamente nas legislações internas de diversos Estados da região⁸⁶, bem como em algumas normas do corpus juris internacional, adicionais ao Protocolo de San Salvador mencionado previamente (parágrafo supracitado 56), tais como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁸⁷; a Carta Africana de Direitos Humanos e de os Povos⁸⁸, a Declaração de Direitos Humanos da Associação de Nações do Sudeste da Ásia⁸⁹ e a Carta Árabe de Direitos Humanos⁹⁰.

59. O direito humano a um meio ambiente saudável se entendeu como um direito com conotações tanto individuais como coletivas. Na sua dimensão coletiva, o direito a um meio ambiente saudável constitui um interesse universal, que se deve tanto às gerações presentes e futuras. Agora bem, o direito ao meio ambiente saudável

⁸⁶ As constituições dos seguintes Estados consagram o direito a um meio ambiente são: (1) Constituição da Nação Argentina, art. 41; (2) Constituição Política do Estado de Bolívia, art. 33; (3) Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225; (4) Constituição Política da República de Chile, art. 19; (5) Constituição Política da Colômbia, art. 79; (6) Constituição Política de Costa Rica, art. 50; (7) Constituição da República do Equador, art. 14; (8) Constituição da República de El Salvador, art. 117; (9) Constituição Política da República de Guatemala, art. 97; (10) Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, art. 4; (11) Constituição Política da Nicarágua, art. 60; (12) Constituição Política da República do Panamá, arts. 118 e 119; (13) Constituição Nacional da República do Paraguai, art. 7; (14) Constituição Política do Peru, art. 2; (15) Constituição da República Dominicana, arts. 66 e 67, e (16) Constituição da República Bolivariana de Venezuela, art. 127.

⁸⁷ O artigo 19 de dita Declaração prevê a proteção a um meio ambiente saudável ao estabelecer que os povos indígenas “têm direito a viver em harmonia com a natureza e a um ambiente saudável, seguro e sustentável, condições essenciais para o pleno goze do direito à vida, à sua espiritualidade, cosmovisão e ao bem-estar coletivo”. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na segunda sessão plenária, celebrada no 14 de junho de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-Ou/16). Assim mesmo, o preâmbulo da Carta Social das Américas “reconhec[e] que um meio ambiente saudável é indispensável para o desenvolvimento integral”. Além disso, o seu artigo 17 estabelece, no relevante, que: “[...] Os Estados-Membros afirmam o seu compromisso de promover formas de vida sã e de fortalecer a sua capacidade para prevenir, detectar e responder a doenças crônicas não contagiosas, doenças infecciosas atuais e emergentes e aos problemas de saúde relacionados com o meio ambiente”. O artigo 22 estabelece: “Os desastres naturais e os provocados pelo homem afetam tanto às populações como às economias e ao meio ambiente. Reduzir a vulnerabilidade dos países em frente a estes desastres, com especial atenção às regiões e comunidades mais vulneráveis, incluídos os segmentos mais pobres das sociedades, é essencial para garantir o progresso das nossas nações e a busca de uma melhor qualidade de vida. Os Estados-Membros se comprometem a melhorar a cooperação regional e a fortalecer a sua capacidade nacional técnica e institucional para a prevenção, preparação, resposta, reabilitação, resiliência, redução de riscos, mitigação do impacto e avaliação dos desastres. Os Estados-Membros também se comprometem a enfrentar os impactos da variabilidade climática, incluídos os fenômenos “El Niño” e “La Niña”, e os efeitos adversos da mudança climática que representam um acréscimo dos riscos para todos os países do Hemisfério, designadamente para os países em desenvolvimento”. Carta Social das Américas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA o 4 de junho de 2012, Doc. OEA AG/doc. 5242/12 rev. 2, preâmbulo e arts. 17 e 22.

⁸⁸ O artigo 24 de tal Carta estabelece que “[t]odos os povos terão direito a um meio geral satisfatório favorável a seu desenvolvimento”. Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, entrada em vigor o 21 de outubro de 1986, Doc. OAU CAB/LEG/67/3 rev.

⁸⁹ O artigo 28.f de dita Declaração estabelece que: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si mesmo e a sua família, incluindo: [...] f. O direito a um ambiente seguro, limpo e sustentável”. (Tradução ao espanhol realizada pela Secretaria da Corte Interamericana). Cfr. Declaração de Direitos Humanos da Associação de Nações do Sudeste da Ásia, aprovada em 18 de novembro de 2012.

⁹⁰ O artigo 38 de tal Carta estabelece que: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida adequado para ele e a sua família, que garanta o seu bem-estar e uma vida decente, incluídos os alimentos, o vestido, a morada, os serviços e o direito a um meio ambiente são. Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias consonantes com os seus recursos para garantir estes direitos”. (Tradução ao espanhol realizada pela Secretaria do Corte Interamericana). Cfr. Carta Árabe de Direitos Humanos, One dos Estados Árabes, entrada em vigor o 15 de março de 2008.

também tem uma dimensão individual, na medida em que a sua vulneração pode ter repercussões diretas ou indiretas sobre as pessoas devido à sua conexão com outros direitos, tais como o direito à saúde, a integridade pessoal ou a vida, entre outros. A degradação do meio ambiente pode causar danos irreparáveis nos seres humanos, pelo qual um meio ambiente saudável é um direito fundamental para a existência da humanidade.

60. O Grupo de Trabalho sobre o Protocolo de San Salvador⁹¹, indicou que o direito ao meio ambiente⁹² são, tal como está previsto no referido instrumento, implica as seguintes cinco obrigações para os Estados: a) garantir a toda a pessoa, sem discriminação alguma, um meio ambiente saudável para viver; b) garantir a toda pessoa, sem discriminação alguma, serviços públicos básicos; c) promover a proteção do meio ambiente; d) promover a preservação do meio ambiente, e e) promover o melhoramento do meio ambiente. Assim mesmo, estabeleceu que o exercício do direito ao meio ambiente saudável deve ser guiado pelos critérios de disponibilidade, acessibilidade, sustentabilidade, aceitabilidade⁹³ e adaptabilidade, comum a outros direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁴. A efeitos de analisar os relatórios dos Estados sob o Protocolo de San Salvador, em 2014 a Assembleia Geral da OEA aprovou certos indicadores de progresso para avaliar o estado do meio ambiente em função de: a) as condições atmosféricas; b) a qualidade e suficiência das fontes hídricas; c) a qualidade

⁹¹ O Grupo de Trabalho para a análise dos Relatórios Nacionais previstos no Protocolo de San Salvador (em adiante o “Grupo de Trabalho” ou “GTPSS”) se instalou em maio de 2010 para avaliar os relatórios apresentados pelos Estados Parte a fim de responder suas recomendações e comentários em relação com as condições dos Estados de cumprir com o disposto no Protocolo de San Salvador. No 8 de junho de 2010 a Assembleia Geral da OEA por meio da Resolução AG/RES. 2582 (XL-Ou/10) encomendou ao Grupo de Trabalho a elaboração de um documento de indicadores de progresso sobre os direitos incluídos no Protocolo de San Salvador (previamente a Comissão Interamericana, também por pedido da Assembleia Geral da OEA, elaborou um primeiro documento de “Alinhamentos para a elaboração de Indicadores de Progresso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais”, CP/doc.4250 corr. 1). Para isso, o Grupo de Trabalho agrupou os direitos consagrados no Protocolo de San Salvador em dois grupos, sendo que o direito a um meio ambiente saudável foi incluído no segundo grupo. O documento com os indicadores de medição deste segundo grupo foi finalizado em novembro de 2013 e aprovado pela Assembleia Geral da OEA em junho de 2014. Cfr. Assembleia da OEA, Resolução AG/RES. 2823 (XLIV-Ou/14) titulada “Adoção do Mecanismo de Seguimento para a Implementação do Protocolo de San Salvador”, aprovada no 4 de junho de 2014, e GTPSS, “Indicadores de Progresso: Segundo Agrupamento de Direitos”, 5 de novembro de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13.

⁹² Cfr. GTPSS, “Indicadores de Progresso: Segundo Agrupamento de Direitos”, 5 de novembro de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, parágrafo 26.

⁹³ Especificamente, com respeito a esta característica, o Grupo de Trabalho ressaltou que, em relação com o direito a um meio ambiente saudável, se refere à qualidade do meio ambiente, “pois a qualificação de “saudável” depende de que os elementos constitutivos do meio ambiente (como por exemplo a água, o ar, ou o chão, entre outros) detenham condições técnicas de qualidade que os façam aceitáveis, de acordo com standards internacionais. Isto quer dizer, que a qualidade dos elementos do meio ambiente não deve constituir um obstáculo para que as pessoas desenvolvam suas vidas em seus espaços vitais”. GTPSS, “Indicadores de Progresso: Segundo Agrupamento de Direitos”, 5 de novembro de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, parágrafo 33.

⁹⁴ Cfr. GTPSS, “Indicadores de Progresso: Segundo Agrupamento de Direitos”, 5 de novembro de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, parágrafo 29. Veja-se, no mesmo sentido, mas a respeito de outros direitos, Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298, parágrafo 235, e Caso I.V. Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C No. 329, parágrafo 164.

do ar; d) a qualidade do solo; e) a biodiversidade; f) a produção de resíduos poluentes e manipulação destes; g) os recursos energéticos, e h) o estado dos recursos florestais.⁹⁵

61. Por sua vez, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos destacou que o direito a um meio ambiente saudável impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas razoáveis para prevenir a contaminação e degradação ecológica, promover a conservação e assegurar um desenvolvimento e uso dos recursos naturais ecologicamente sustentáveis, bem como supervisionar e fiscalizar projetos que pudessem afetar o meio ambiente.⁹⁶

62. Esta Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, a diferença de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como bosques, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda em ausência de certeza ou evidência sobre o risco às pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, senão por sua importância para os demais organismos vivos com quem se compartilha o planeta, também mercedores de proteção em si mesmos⁹⁷. Neste sentido, a Corte adverte uma tendência a reconhecer personalidade jurídica e, portanto, direitos à natureza não só em sentenças judiciais⁹⁸ senão inclusive em ordenamentos constitucionais⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. GTPSS, Indicadores de Progresso: Segundo Agrupamento de Direitos. OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, 5 novembro 2013, parágrafo 38. Em sua Resolução de aprovação deste documento, a Assembleia Geral da OEA indicou que estes indicadores de progresso “se trata de pautas e critérios para os Estados parte, os quais estarão em condições de adequar às fontes de informação ao seu dispor para cumprir com o disposto no Protocolo [de San Salvador]”. Assembleia da OEA, Resolução AG/RES. 2823 (XLIV/Ou/14) titulada “Adoção do Mecanismo de Seguimento para a implementação do Protocolo de San Salvador”, aprovada no 4 de junho de 2014.

⁹⁶ Cfr. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria, Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafos 52 e 53.

⁹⁷ Ao respeito, ver entre outros, a Declaração Mundial da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN) ao respeito do Estado de Direito em matéria ambiental, adotada no Congresso Mundial de Direito Ambiental da IUCN, no Rio de Janeiro, Brasil, do 26 a 29 de abril de 2016, princípios 1 e 2.

⁹⁸ Veja-se, por exemplo, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-622-16 de 10 de novembro de 2016, parágrafos 9.27 a 9.31; Corte Constitucional do Equador, Sentença No. 218-15SEP-CC de 9 de julho de 2015, parágrafos 9 e 10, e Corte Superior de Uttarakhand At Naintal (High Court of Uttarakhand At Naintal) da Índia. Decisão de 30 de março de 2017. Escrito de Petição (PIL) No. 140 de 2015, parágrafos de 61 a 63.

⁹⁹ O preâmbulo da Constituição Política do Estado de Bolívia estabelece que: “Em tempos imemoráveis se erigiram montanhas, deslocaram-se rios, formaram-se lagos. Nossa Amazônia, nosso chaco, nosso altiplano e nossos planos e vales se cobriram de verdor e flores. Preenchemos esta sagrada Mãe Terra com rostos diferentes, e compreendemos desde então a pluralidade vigente de todas as coisas e nossa diversidade como seres e culturas”. O artigo 33 da mesma constituição prevê que: “As pessoas têm direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, além de outros seres vivos, se desenvolver de maneira normal e permanente”. Outrossim, o artigo 71 da Constituição da República do Equador estabelece-se que: “A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir à autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos observassem-se os princípios estabelecidos

63. Agora bem, além do direito a um meio ambiente saudável, como se mencionou previamente, os danos ambientais podem afetar todos os direitos humanos, no sentido de que o pleno desfrute de todos os direitos humanos depende de um meio propício. No entanto, alguns direitos humanos são mais suscetíveis que outros a determinados tipos de dano ambiental¹⁰⁰ (parágrafos supracitados 47 a 55). Os direitos especialmente vinculados ao meio ambiente se classificaram em dois grupos: i) os direitos cujo desfrute é particularmente vulnerável à degradação do meio ambiente, também identificados como direitos substantivos (por exemplo, os direitos à vida, à integridade pessoal, à saúde ou à propriedade), e ii) os direitos cujo exercício respalda uma melhor formulação de políticas ambientais, também identificados como direitos de procedimento (tais como direitos à liberdade de expressão e associação, à informação). Desta maneira, o direito a um meio ambiente saudável como direito autônomo é diferente ao conteúdo ambiental que surge da proteção de outros direitos, tais como o direito à vida ou o direito à integridade pessoal.

64. à participação na tomada de decisões e a um recurso efetivo)¹⁰¹

65. Diversos organismos de direitos humanos analisaram temas relativos ao meio ambiente em relação com diferentes direitos¹⁰² particularmente vulneráveis. Por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos introduziu a proteção do meio ambiente através da garantia de outros direitos, tais como os direitos à vida, ao respeito à vida privada e familiar e à propriedade (parágrafo supracitado 50). Neste sentido, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que os Estados têm a obrigação de avaliar os riscos associados a atividades perigosas

na Constituição, no que proceda. O Estado incentivará às pessoas naturais e jurídicas, e aos coletivos, para que protejam a natureza, e promoverá o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema”.

¹⁰⁰ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 19, e Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilação do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafo 17.

¹⁰¹ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 17. Referente aos direitos substantivos, este Tribunal se referiu tanto ao direito à vida, designadamente com respeito à definição de uma vida digna, bem como à integridade pessoal, o direito à propriedade, o direito à saúde. Veja-se, entre outros, Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 163; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafos supracitados. 145, 232 e 249; Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Costa. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C No. 284, parágrafo 111, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 172. Assim mesmo, a Corte pronunciou-se sobre os direitos de procedimento com respeito ao impacto ambiental de um projeto de industrialização florestal, referindo-se tanto ao acesso à informação como à participação pública. Cfr. Caso Claude Reis e outros Vs. Chile. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C No. 151, parágrafos 86.

¹⁰² O sistema europeu de direitos humanos não prevê o direito a um meio ambiente são como direito autônomo no Convênio Europeu de Direitos Humanos e seus Protocolos. No regime da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece em seu artigo 37 que “[e]m as políticas da União se integrarão e garantirão, conforme ao princípio de desenvolvimento sustentável, um nível elevado de proteção do meio ambiente e a melhoria de sua qualidade”. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada no 7 de dezembro de 2000, emendada pelo Tratado de Lisboa de 1 de dezembro de 2009, 2012/C 326/02.

ao meio ambiente, como a mineração, e de adotar as medidas adequadas para proteger o direito ao respeito à vida privada e familiar e permitir o desfrute de um meio ambiente são e protegido.¹⁰³

66. A Corte considera que, entre os direitos particularmente vulneráveis a afetações ambientais, se encontram os direitos à vida¹⁰⁴, integridade pessoal¹⁰⁵, vida privada¹⁰⁶, saúde¹⁰⁷, água¹⁰⁸, alimentação¹⁰⁹, moradia¹¹⁰, participação na vida

¹⁰³ Cfr. TEDH, Caso Tătar Vs. România, No. 67021/01. Sentença de 27 de janeiro de 2009, parágrafo 107. Assim mesmo, com respeito ao bem-estar econômico de um Estado, ressaltou que se tem que buscar um justo equilíbrio entre o interesse de um Estado ou uma cidade no bem-estar econômico e o efetivo desfrute dos indivíduos de seu direito ao respeito a seu lar e sua vida privada e familiar. Cfr. TEDH, Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003, parágrafos 121 a 123, 126 e 129, e TEDH, Caso López Ostra Vs. Espanha, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994, parágrafo 58.

¹⁰⁴ Cfr. TEDH, Caso Önerlydiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafos. 89 e 90.

¹⁰⁵ Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Moreno Gomez Vs. Espanha, Não. 4143/02. Sentença de 16 de novembro de 2004, parágrafos 53 a 55; TEDH, Caso Borysiewicz Vs. Polônia, No. 71146/01. Sentença de 1 julho de 2008, parágrafo 48; TEDH, Caso Giacomelli Vs. Itália, No. 59909/00. Sentença de 2 novembro de 2006, parágrafos 76; TEDH, Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 360022/97. Sentença de 8 julho de 2003, parágrafo 96; TEDH, Caso Lopez Ostra Vs. Espanha, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994, parágrafo 51, e TEDH, Caso Takin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 novembro de 2004, parágrafo 113.

¹⁰⁶ Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Moreno Gomez Vs. Espanha, Não. 4143/02. Sentença de 16 novembro de 2004, parágrafos 53 a 55; TEDH, Caso Borysiewicz Vs. Polônia, No. 71146/01. Sentença de 1 julho de 2008, parágrafo 48; TEDH, Caso Giacomelli Vs. Itália, No. 59909/00. Sentença de 2 novembro de 2006, parágrafos 76; TEDH, Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 360022/97. Sentença de 8 julho de 2003, parágrafo 96; TEDH, Caso Lopez Ostra Vs. Espanha, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994, parágrafo 51, e TEDH, Caso Takin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 novembro de 2004, parágrafo 113.

¹⁰⁷ Sobre este ponto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinalou que a obrigação de respeitar o direito à saúde implica que os Estados devem ser abster-se de contaminar ilegalmente a atmosfera, a água e a terra, por exemplo, mediante os desperdícios industriais das instalações propriedade do Estado, utilizar ou ensaiar armas nucleares, biológicas ou químicas se, como resultado desses ensaios, se libertam substâncias nocivas para a saúde do ser humano". Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em adiante "Comitê DESC"), Observação Geral No. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo 34. Além disso, se veja, Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria Vs. Nigéria, Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafos. 51 e 52.

¹⁰⁸ Veja-se, por exemplo, Comitê DESC, Observação Geral Não. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafos 8 e 10.

¹⁰⁹ Veja-se, por exemplo, Comitê DESC, Observações Finais: Federação da Rússia, 20 de maio de 1997, Doc. ONU E/C.12/Add.13, parágrafos 24 e 38.

¹¹⁰ Veja-se, por exemplo, Comitê DESC, Observação Geral No. 4: O direito a uma moradia adequada (alínea 1 do artigo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/1992/23, 13 de dezembro de 1991, parágrafo 8.f.

cultural¹¹¹, direito à propriedade¹¹² e o direito a não ser deslocado forçadamente¹¹³. Sem prejuízo dos mencionados, são também vulneráveis outros direitos, de acordo ao artigo 29 da Convenção¹¹⁴, cuja violação também afeta os direitos à vida, liberdade e segurança das pessoas¹¹⁵ e infringe o dever de se conduzir fraternalmente entre as pessoas humanas¹¹⁶, como o direito à paz, já que as deslocamentos causadas pelo deterioro do meio ambiente com frequência desatam conflitos violentos entre a população deslocada e a instalada no território ao que se desloca, alguns dos quais por sua massividade assumem caráter de máxima gravidade.

67. Além disso, a Corte toma em conta que a afetação a estes direitos pode ser dada com maior intensidade em determinados grupos em situação de vulnerabilidade. Reconheceu-se que os danos ambientais “se deixarão sentir com mais força nos setores da população que já se encontram em situações vulneráveis”¹¹⁷, pelo qual, com base no regulamento internacional de direitos humanos, os Estados estão juridicamente obrigados a fazer frente a essas vulnerabilidades, de conformidade com o princípio de igualdade e não discriminação¹¹⁸. Diferentes órgãos de direitos

¹¹¹ Veja-se, por exemplo, Comitê DESC, Observações Finais: Madagascar, 16 de dezembro de 2009, Doc. ONU E/C.12/MDG/CO/2, parágrafos 33, e Comitê DESC, Observação Geral No. 21: O direito de toda pessoa a participar na vida cultural (artigo 15, alínea 1 a) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 17 de maio de 2010, Doc. ONU E/C.12/GC/21/Rev.1, parágrafo 36.

¹¹² Veja-se, por exemplo, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas: As indústrias extrativas e os povos indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/24/41, 1 de julho de 2013, parágrafo 16; Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Centro para o Desenvolvimento dos Direitos das Minorias (Quênia) e Minority Rights Group em nome do Endorois Welfare Council Vs. Quênia. Comunicação No. 276/03, 25 de novembro de 2009, parágrafo 186, e Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria, Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafos 54 e 55.

¹¹³ Veja-se, por exemplo, Comissão de Direitos Humanos, Princípios 6 dos Princípios orientadores dos deslocamentos internos, somado ao Relatório do Representante do Secretário-Geral, Senhor Francis M. Deng, apresentado com a correção da resolução 1997/39 da Comissão de Direitos Humanos, 11 de fevereiro de 1998, Doc. ONU E/CN.4/1998/53/Add.2, e respeito a mudança climática, Conselho de Direitos Humanos, informe do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para o Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, DOC. ONU A/HRC/10/61, parágrafo 66.

¹¹⁴ Ver artigo 29, b, c e d da Convenção Americana, que estabelece em sua parte relevante: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o desfrute e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um de ditos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que se derivam da forma democrática representativa de governo, e 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”.

¹¹⁵ A respeito, o artigo 1.1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece que: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”.

¹¹⁶ A respeito, veja-se o Preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que indica que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão por natureza de razão e consciência, devem ser conduzidos fraternalmente os uns com os outros”.

¹¹⁷ Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafo 42, e Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, 1 de fevereiro de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, parágrafo. 81

¹¹⁸ Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos 15 de janeiro de 2009 DOC. A/HRC/10/61, parágrafo 62, e Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial

humanos reconheceram como grupos especialmente vulneráveis aos danos ambientais e aos povos indígenas¹¹⁹ aos meninos e meninas¹²⁰, as pessoas vivendo em situação de extrema pobreza, as minorias, as pessoas incapazes, entre outros¹²¹, assim como reconhece o impacto diferenciado que tem sobre as mulheres¹²². Assim mesmo entre

sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem risco, limpo, saudável e sustentável, 1 de fevereiro de 2016 Doc. ONU A/HRC/31/52, parágrafo 81.

¹¹⁹ Os povos indígenas são particularmente vulneráveis à degradação do meio ambiente não só por sua especial relação espiritual e cultural com seus territórios ancestrais, senão também em razão de sua dependência econômica dos recursos ambientais e porque “com frequência vivem em terras marginais e ecossistemas frágeis que são particularmente sensíveis às alterações no meio ambiente físico”. Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafo 51. Ver também: Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 45, e Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilación do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, de 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafos 76 a 78.

¹²⁰ A degradação do meio ambiente exacerba os riscos para a saúde dos meninos e meninas, bem como socava as estruturas de apoio que os protegem de possíveis danos. Isto é particularmente evidente respeito das crianças e as crianças do mundo em desenvolvimento. “Por exemplo, os fenômenos meteorológicos extremos e o acréscimo da tensão sobre os recursos hídricos já constituem as principais causas de desnutrição e mortalidade e morbidade infantis. Assim mesmo, o acréscimo da tensão sobre os meios de vida dificultará a assistência das crianças à escola. As crianças se verão particularmente afetadas, já que as tarefas domésticas tradicionais, como a recolha de lenha e água, requerem mais tempo e energia quando se esgotam as provisões. Além disso, ao igual que as mulheres, as crianças têm uma maior taxa de mortalidade como consequência dos desastres relacionados com o clima”. Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafo 48. Ver também: Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilación do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, de 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafos 73 a 75

¹²¹ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 44; Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilación do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. *Knox, de 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafos 69 a 78. Ver também: Assembleia Geral das Nações Unidas, Relatório da Experiente independente encarregada da questão dos direitos humanos e a extrema pobreza, Doc. ONU A/65/259, 9 de agosto de 2010, parágrafos 17 e 37 a 42; Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafos 42 a 45, e Relatório do Representante do Secretário-Geral sobre os direitos humanos dos deslocados internos, Sr. Walter Kälin, 9 de fevereiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/13, parágrafo 22.

¹²² De acordo ao Alto Comissariado das Nações Unidas, “[a] s mulheres estão especialmente expostas aos riscos relacionados com a mudança climática devido à discriminação de gênero, as desigualdades e os papéis de gênero que as inibem. [...] [A] s mulheres, especialmente as idosas e as crianças, se veem mais afetadas e correm um maior perigo durante todas as fases dos desastres relacionados com os fenômenos meteorológicos [...]. A taxa de mortalidade das mulheres é notavelmente superior à dos homens em caso de desastre natural (com frequência porque têm mais probabilidades de estar ao cuidado dos filhos, de levar roupa que impeça o movimento e de não saber nadar, por exemplo). [...] A vulnerabilidade vê-se agravada por fatores como a desigualdade de direitos à propriedade, a exclusão da tomada de decisões e as dificuldades para aceder à informação e os serviços financeiros”. Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre a relação entre a mudança climática e os direitos humanos, 15 de janeiro de 2009, Doc. ONU A/HRC/10/61, parágrafo 45.

estes grupos especialmente vulnerável, a degradação do meio ambiente, se encontram as comunidades que dependem, economicamente ou para sua sobrevivência, fundamentalmente dos recursos ambientais, seja no meio marinho, nas áreas florestais e nos domínios fluviais¹²³, ou porque, devido à sua localização geográfica, correm um perigo de impacto em caso de danos ambientais, tais como as comunidades ribeirinhas e de ilhas pequenas¹²⁴. Em muitos casos, a especial vulnerabilidade desses grupos ocasionou sua realocização ou deslocamento interno¹²⁵.

68. Sobre as obrigações ambientais que se derivam especificamente respeito de comunidades indígenas esta Corte se pronuncia mais abaixo (parágrafos infracitados 113, 138, 152, 156, 164, 166 e 169). No entanto, de maneira geral, este Tribunal faz notar a necessidade que as obrigações que se detalham no capítulo VIII desta Opinião sejam avaliadas e abordadas pelos Estados sempre tendo em conta o impacto diferenciado que pudessem ter em certos setores da população, de maneira de respeitar e garantir o desfrute e desfrute dos direitos consagrados na Convenção sem discriminação.

69. Na presente Opinião Consultiva, a Corte se pronunciará, no capítulo VIII, sobre as obrigações substantivas e de procedimento dos Estados em matéria de proteção do meio ambiente que surgem do dever de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, por ser estes os direitos sobre os quais Colômbia consultou ao Tribunal. Não obstante, como se deriva das considerações anteriores, outros múltiplos direitos poderiam ser vistos afetados pelo não cumprimento dessas obrigações, incluindo os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais

Ver também: Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilación do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, de 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafos 70 a 72.

¹²³ Veja-se, entre outros, Assembleia Geral de Nações Unidas, Resolução 66/288, intitulada "O Futuro que Queremos", 27 de julho de 2012, Doc. ONU A/RES/66/288, parágrafo 30; Assembleia Geral de Nações Unidas, Resolução 64/255, Relatório da Relatora Especial sobre uma moradia adequada como elemento integrante do direito a um nível de vida adequado e sobre o direito de não discriminação a este respeito, 6 de agosto de 2009, Doc. ONU A/64/255, parágrafos 26, 27, 30 a 34, e Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, preâmbulo.

¹²⁴ Em particular, os efeitos da mudança climática podem resultar em inundações de água salgada, desertificações, tormentas, erosões e deslizamentos, assim causando escassez do fornecimento de água e afetando os meios de alimentação como a agricultura e a pesca bem como a destruição de suas terras e casas. Veja-se, entre outros, Assembleia Geral das Nações Unidas, Desenvolvimento e Cooperação Econômica Internacional: meio Ambiente, Relatório da Comissão Mundial sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, 4 de agosto de 1987, Doc. ONU A/42/427, p. 47, 148 e 204; Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 44/206, intitulada "Possíveis efeitos adversos da ascensão do nível do mar sobre as ilhas e as zonas costeiras, especialmente as zonas costeiras baixas", 22 de dezembro de 1989, Doc. ONU A/RES/44/206; Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 64/255, Relatório da Relatora Especial sobre uma casa adequada como elemento integrante do direito a um nível de vida adequado e sobre o direito de não discriminação a este respeito, 6 de agosto de 2009, Doc. ONU A/64/255, parágrafos 30 a 34; Assembleia Geral de Nações Unidas, Resolução 66/288, intitulada "O futuro que queremos", 27 de julho de 2012, Doc. ONU A/RES/66/288, parágrafos. 158, 165, 166, 175, 178 e 190, e Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, preâmbulo e art. 4.8.

¹²⁵ Cfr. CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia), Relatório de admissibilidade nº. 112/10 de 21 de outubro de 2011, parágrafo 91; CIDH, Saldaño Vs. Argentina, Relatório de inadmissibilidade nº. 38/99 de 11 maio de 1999, parágrafos 15 a 20; CIDH, Caso Armando Alejandro Jr. e Outros Vs. Cuba, Relatório de fundo nº. 86/99 de 29 de setembro de 1999, parágrafos 23 a 25, e CIDH, Caso Coard e outros Vs. Estados Unidos, Relatório de fundo nº. 109/99 de 29 de setembro de 1999, parágrafo 37.

protegidos pelo Protocolo de San Salvador, a Convenção Americana e outros tratados e instrumentos, especificamente, o direito a um meio ambiente saudável.

70. Com este marco introdutório, a seguir a corte passa a contestar as perguntas realizadas pela Colômbia em seu pedido de opinião consultiva.

VII

O TERMO JURISDIÇÃO NO ARTIGO 1.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA, A EFEITOS DA DETERMINAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS RESPEITO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

71. No presente capítulo, o Corte responderá à primeira pergunta realizada por Colômbia em seu pedido de opinião consultiva, para o qual se pronunciará sobre (A) o alcance do termo jurisdição na Convenção Americana; (B) as obrigações dos Estados no enquadramento de regimes especiais de proteção em matéria ambiental, e (C) as obrigações estatais em frente a danos transfronteiriços.

A. Alcance do termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção Americana, a efeitos da determinação das obrigações dos Estados

72. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que os Estados Parte “ se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição”. Desta forma, as violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana podem acarretar a responsabilidade de um Estado, desde que a pessoa se encontre baixo sua jurisdição. Portanto, o exercício desta é uma condição necessária para que um Estado incorra em responsabilidade por condutas que lhe sejam atribuíveis e que se aleguem violadoras de algum direito convencional¹²⁶. Em outras palavras, para que um Estado seja considerado responsável por uma violação à Convenção Americana primeiro é necessário estabelecer que estava exercendo sua “jurisdição” respeito da pessoa ou pessoas que se alegam vítimas da conduta estatal.

73. Neste sentido, a Corte Interamericana indicou, que o uso do termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção Americana, implica que o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos se deve a toda pessoa que se encontre no território do Estado ou que de qualquer forma seja submetida a sua autoridade, responsabilidade ou controle.¹²⁷

¹²⁶ Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos, aprovado pelo Conselho da Organização dos Estados Americanos na sessão celebrada o 2 de outubro de 1968, em Atas e Documentos da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1966, OEA, Washington D.C., parágrafo 14.

¹²⁷ Crf. Ata da Primeira Sessão da Comissão I de 10 de novembro de 1969, em Atas e Documentos da Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, 1966, OEA, Washington DC., páginas 145 e 147, e Ata da Segunda Sessão da Comissão I de 10 de novembro de 1969, Atas e Documentos da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1966, OEA, Washington DC., páginas 156 e 157. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também outorgou esta interpretação aos trabalhos preparatórios da Convenção, de forma consistente em referência ao uso do termo jurídico na Convenção Americana.

74. A Corte lembra que o que uma pessoa se encontre submetida à jurisdição do Estado não equivale a que se encontre em seu território¹²⁸. De conformidade com as normas de interpretação de tratados, bem como aquelas específicas da Convenção Americana (parágrafos supracitados. 40 a 42), a sentido corrente do termo jurisdição, interpretado de boa fé e tendo em conta o contexto, fim e propósito da Convenção Americana assinala que não está limitado ao conceito de território nacional, senão que abarca um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício da jurisdição fosse do território do Estado em questão.

75. Esta interpretação coincide com o sentido que outorgou a Comissão Interamericana ao termo jurisdição no artigo 1.1 da Convenção em suas decisões¹²⁹. Ao respeito, a Comissão apontou que:

No direito internacional, as bases da jurisdição não são exclusivamente territoriais senão que pode ser exercida sobre outras bases também. Neste sentido, [...] “em certas circunstâncias, o exercício de sua jurisdição sobre atos ocorridos em um local extraterritorial não só será consistente senão requerido pelas normas pertinentes”. Desta forma, embora jurisdição usualmente refere-se à autoridade sobre pessoas que se encontram dentro do território de um Estado, os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e não se baseiam em sua cidadania ou localização. Sob o direito interamericano dos direitos humanos, a cada Estado está obrigado em consequência a respeitar os direitos de todas as pessoas dentro de seu território e daqueles presentes no território de outro Estado, mas sujeitas ao controle de seus agentes¹³⁰.

76. Seguindo a regra de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena, salvo que as partes tivessem a intenção de dar-lhe um sentido especial, deve ser outorgado ao termo “jurisdição” e seu significado corrente interpretado de boa fé e tendo em conta o contexto, objeto e fim da Convenção Americana.

77. Este Tribunal nota que os trabalhos preparatórios da Convenção Americana revelam que o texto inicial do artigo 1.1 estabelecia que: [o]s Estados Parte

¹²⁸ Cfr. TEDH, Caso Loizidou Vs. Turquia (Exceções Preliminares), No. 15318/89. Sentença de 23 de março de 1995, parágrafo 62; TEDH, Caso Al-Skeini e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 55721/07. Sentença de 7 de julho de 2011, parágrafo 138, e TEDH, Caso Provam e outros Vs. Moldávia e Rússia [GS], Nos. 43370/04, 8252/05 e 18454/06. Sentença de 19 de outubro de 2012, parágrafo 311.

¹²⁹ Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Chiragov e outros Vs. Armênia [GS], No. 13216/05. Sentença de 16 de junho de 2015, parágrafo 168, e TEDH, Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], No. 52207/99. Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 71.

¹³⁰ Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Loizidou Vs. Turquia (Exceções preliminares), No. 15318/89. Sentença de 23 de março de 1995, parágrafo 62; TEDH, Caso Cyprus Vs. Turquia [GS], No. 25781/94. Sentença do 10 de maio de 2001, parágrafo 77; TEDH, Caso Manitaras e outros Vs. Turquia, No. 54591/00. Decisão de 3 de junho de 2008, parágrafos 25 a 29, e TEDH, Caso Pisari Vs. República da Moldávia e Rússia, No. 42139/12. Sentença do 21 de abril de 2015, parágrafos 33 a 36.

comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nesta Convenção e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que se encontre *em seu território e esteja sujeita a sua jurisdição*¹³¹ (grifaço fora do texto original). Ao momento de adotar a Convenção Americana, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos suprimiu a referência ao território e estabeleceu a obrigação dos Estados parte da Convenção, consagrada no artigo 1.1 de dito tratado, de respeitar e garantir os direitos ali reconhecidos “a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição” (parágrafo supracitado 72). Portanto, se ampliou a margem de proteção aos direitos reconhecidos na Convenção Americana, na medida em que as obrigações dos Estados Parte não estão restritas ao espaço geográfico correspondente a seu território, senão que abarca aquelas situações onde, ainda fosse do território de um Estado, uma pessoa se encontre baixo sua jurisdição. Em outras palavras, os Estados não só poderiam chegar a ser responsáveis internacionalmente por atos ou omissões que lhes fossem atribuíveis dentro de seu território, senão também por aqueles atos ou omissões cometidos fora de seu território, mas baixo sua jurisdição.¹³²

78. Portanto, a “jurisdição” a que se refere o artigo 1.1 da Convenção Americana não está limitada ao território nacional de um Estado, senão que contempla circunstâncias em que condutas extraterritoriais dos Estados constituam um exercício da jurisdição por parte de tal Estado.

79. No Direito Internacional dos Direitos Humanos se reconheceram diferentes supostos em que as condutas extraterritoriais dos Estados implicam o exercício de sua jurisdição. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que o exercício de jurisdição fosse do território de um Estado, baixo o Convênio Europeu de Direitos Humanos, requer que um Estado Parte do Convênio exerça um controle efetivo sobre uma área fora de seu território, ou sobre pessoas no território de outro Estado, seja legal ou ilegalmente¹³³ ou que, por consentimento, convite ou consentimento do Governo desse território, exerça todos ou alguns dos poderes públicos que normalmente este exerceria¹³⁴. Neste sentido, o Tribunal Europeu reconheceu situações de controle efetivo e, em consequência, de exercício extraterritorial da jurisdição em casos de ocupação militar ou intervenções militares¹³⁵, pela atuação no estrangeiro das forças de segurança

¹³¹ Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Öcalan Vs. Turquia [GS], No. 46221/99. Sentença do 12 de maio de 2005, parágrafo 91.

¹³² Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Ilascu e outros Vs. República da Moldávia e Rússia, No. 48787/99. Sentença do 8 de julho de 2004, parágrafos 314 a 316; TEDH, Caso Ivantoc e outros Vs. República da Moldávia e Rússia, No. 23687/05. Sentença do 15 de novembro de 2011, parágrafos 105 e 106; TEDH, Caso Provm e outros Vs. República da Moldávia e Rússia [GS], Nos. 43370/04, 8252/05 e 18454/06. Sentença de 19 de outubro de 2012, parágrafos 103 a 106, e TEDH, Caso Mozer Vs. República de Moldávia e Rússia [GS], No. 11138/10. Sentença de 23 de fevereiro de 2016, parágrafos 97 e 98.

¹³³ Cfr. Comitê de Direitos Humanos, Comunicação Não. 56/1979, Lilian Celiberti de Casariego Vs. Uruguai, CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julho de 1981, parágrafo 10.3, e Comitê de Direitos Humanos, Comunicação No. 106/1981, Mabel Pereira Montero v. Uruguai, CCPR/C/18/D/106/1981, 31 de março de 1983, parágrafo 5.

¹³⁴ CIDH, Caso Armando Alejandro Junior. e outros versus Cuba. Relatório de fundo N° 86/99 de 29 de setembro de 1999, parágrafo 23.

¹³⁵ CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia), Relatório de admissibilidade n° 112/10 de 21 de outubro de 2011, parágrafo 91, e CIDH, Caso Coard e outros Vs. Estados Unidos, Relatório de fundo n° 109/99 de 29 de setembro de 1999, parágrafo 37.

do Estado¹³⁶ ou por influência militar, política e econômica¹³⁷. De maneira similar, o Comitê de Direitos Humanos reconheceu a existência de condutas extraterritoriais dos Estados que implicam o exercício de sua jurisdição sobre outro território ou sobre as pessoas fora de seu território¹³⁸. Por sua vez, a Comissão Interamericana assinalou que, em determinadas circunstâncias, o exercício da jurisdição pode ser referido a uma conduta extraterritorial, em que a pessoa está presente ao território de um Estado, mas está sujeita ao controle de outro Estado, pelo geral através dos atos dos agentes no exterior deste último¹³⁹, pelo qual reconheceu o exercício de jurisdição extraterritorial também em casos relativos a intervenções militares¹⁴⁰, operações militares em espaço aéreo internacional¹⁴¹ e no território de outro Estado¹⁴², bem como em instalações militares fosse do território do Estado¹⁴³.

80. A maioria destes supostos envolvem uma atuação militar ou das forças de segurança do Estado, que evidenciam um “controle”, “poder” ou “autoridade” na execução da conduta extraterritorial. No entanto, estes não são os supostos propostos pelo Estado solicitante nem correspondem ao contexto específico de obrigações em matéria ambiental ao que se refere este pedido de opinião consultiva.

81. Este Tribunal adverte que os supostos em que as condutas extraterritoriais dos Estados constituem exercícios de sua jurisdição são excepcionais e, como tal,

¹³⁶ CIDH, Caso Armando Alejandro Junior. e outros versus Cuba. Relatório de fundo N° 86/99 de 29 de setembro de 1999, parágrafo 23.

¹³⁷ Cfr. CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia), Relatório de admissibilidade n°. 112/10 de 21 de outubro de 2010, parágrafo 98.

¹³⁸ Cfr. CIDH, Djamel Ameziane Vs. Estados Unidos. Relatório de admissibilidade n°. 17/12 de 20 de março de 2012, parágrafo 35.

¹³⁹ Ao respeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos interpretou que, conquanto a jurisdição de um Estado é primordialmente territorial, existe “um número de circunstâncias excepcionais capazes de gerar o exercício da jurisdição por um Estado contratante, fora de seus próprios limites territoriais”. Veja-se, entre outros, TEDH, Caso Al-Skeini e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 55721/07. Sentença de 7 de julho de 2011, parágrafos 131, 133 a 139; TEDH, Caso Ilascu e outros Vs. República da Moldávia e Rússia [GS], No. 48787/99. Sentença do 8 de julho de 2004, parágrafos 311 a 319; TEDH, Caso Provan e outros Vs. República da Moldávia e Rússia [GS], Nos. 43370/04, 8252/05 e 18454/06. Sentença de 19 de outubro de 2012, parágrafos 105; TEDH, Caso Chiragov e outros Vs. Armênia, [GS], No. 13216/05. Sentença de 16 de junho de 2015, parágrafos 168, e TEDH, Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 66.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, ver, entre outros, TEDH, Ilascu e outros Vs. Moldávia e Rússia [GS], No. 48787/99. Sentença de 8 de julho de 2004, parágrafo 311; TEDH, Al-Skeini e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 55721/07. Sentença de 7 de julho de 2011, parágrafo 130, e TEDH, Chiragov e outros Vs. Armênia [GS], No. 13216/05, Sentença de 16 de junho de 2015, parágrafo 168.

¹⁴¹ Em relação com o princípio de não devolução, se veja, Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 219.

¹⁴² A informação sobre o programa de mares regionais do Programa de Nações Unidas para o meio Ambiente (em adiante “PNUMA”) se encontra disponível no seguinte link: <https://www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/working-regional-seas/why-does-working-regional-seas-matter>.

¹⁴³ Designadamente, abarca as seguintes regiões: (1) Oceano Antártico, (2) Oceano Ártico, (3) Mar Báltico, (4) Mar Negro, (5) Mar Cáspio, (6) África Oriental, (7) Mares do Leste Asiático, (8) Mediterrâneo, (9) Nordeste Atlântico, (10) Nordeste Pacífico, (11) Noroeste Pacífico, (12) Pacífico, (13) Mar Vermelho e Golfo de Áden, (14) Área Marinha de ROPME (Bahrein, Irã, Iraque, Kuwait, Omã, Qatar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos), (15) Mares do Sul da Ásia, (16) Sudeste Pacífico, (17) África Ocidental, e (18) Mares do Leste da Ásia. Cfr. PNUMA, Levando a cabo a governança integrada de oceanos regionais (Realizing Integrated Regional Oceans Governance “Summary of case studies on regional cross-sectoral institutional cooperation and policy coherence, Regional Sea” Reports and Studies No. 199 2017), parágrafo 8.

devem ser interpretados de maneira restritiva¹⁴⁴. O efeito de analisar a possibilidade de exercício extraterritorial da jurisdição no enquadramento do cumprimento de obrigações em matéria ambiental, resulta necessário analisar as obrigações derivadas da Convenção Americana à luz das obrigações dos Estados em dita matéria. Além disso, as possíveis bases de jurisdição que surjam desta interpretação sistemática devem ser justificadas nas circunstâncias particulares do caso concreto¹⁴⁵. A Corte Interamericana estima que uma pessoa está submetida à “jurisdição” de um Estado, respeito de uma conduta cometida fora do território de dito Estado (condutas extraterritoriais) ou com efeitos fora de dito território, quando dito Estado está exercendo autoridade sobre a pessoa ou quando a pessoa se encontra sob seu controle efetivo, seja dentro ou fora de seu território¹⁴⁶.

82. Portanto, uma vez estabelecido que o exercício da jurisdição por parte de um Estado baixo o artigo 1.1 da Convenção, pode abarcar condutas extraterritoriais e que ditas circunstâncias devem ser examinadas em cada caso concreto a efeito de verificar a existência de um controle efetivo sobre as pessoas, corresponde a esta Corte examinar os supostos de condutas extraterritoriais que lhe foram propostos no enquadramento deste processo consultivo a efeitos de determinar se poderiam implicar o exercício da jurisdição por parte de um Estado. Tendo em conta o anterior, a Corte passa a analisar (1) se o cumprimento por parte dos Estados de obrigações extraterritoriais, no enquadramento de regimes especiais de proteção ambiental, poderiam constituir um exercício de jurisdição baixo a Convenção Americana, e (2) se as obrigações dos Estados em frente a danos transfronteiriços podem acarretar o exercício de sua jurisdição para além de seu território.

B. Obrigações estatais no marco de regimes especiais de proteção em matéria ambiental

83. Em 1974, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) lançou o programa de mares regionais, com o propósito de enfrentar a degradação acelerada dos oceanos e as zonas costeiras do mundo mediante uma abordagem de mares partilhados, designadamente, envolvendo aos países vizinhos na adoção de medidas integrais e específicas para proteger seu meio marinho comum¹⁴⁷. Atualmente,

¹⁴⁴ O Programa leva-se a cabo por meio de convenções e planos de ação dirigidos à proteção de uma área marinha particular na que convergem diferentes Estados. Cfr. Programa de Nações Unidas para o meio Ambiente, Por que importa trabalhar com mares regionais? Disponível em: <https://www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/working-regional-seas/why-does-working-regional-seas-matter>.

¹⁴⁵ A zona de aplicação do Convênio é “o meio marinho do Golfo de México, o Mar Caribe e as zonas adjacentes do Oceano Atlântico ao sul dos 30’ de latitude norte e dentro das 200 milhas marinhas da costa atlântica dos Estados a que se faz referência no artigo 25 do Convênio”. Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 2.1.

¹⁴⁶ Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região do Grande Caribe (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 4.

¹⁴⁷ Cfr. Convênio para a Proteção, a Ordenação e o Desenvolvimento do Meio Marinho e Costeiro da Região da África Oriental (Convênio de Nairóbi), entrada em vigor o 30 de maio de 1996, art. 4.1.

o programa abarca 18 regiões do mundo e envolve a mais de 143 Estados¹⁴⁸, mediante convenções e planos de ação sobre mares regionais para a manipulação e uso sustentável do meio marinho e costeiro¹⁴⁹.

84. Dentro deste programa e em relação com o Mar Caribe, os Estados da região adotaram o Convênio de Cartagena, referido por Colômbia em seu pedido de opinião consultiva e cujo propósito busca abarcar todos os diferentes aspectos do deterioro do meio ambiente e satisfazer as necessidades especiais da região (parágrafos supracitados 32 a 34). Com este objetivo, o Convênio de Cartagena estabelece que:

Artigo 4 Obrigações Gerais:

1. As partes Contratantes adotarão, individual ou conjuntamente, todas as medidas adequadas de conformidade com o direito internacional e com arranjo ao presente Convênio e àqueles de seus protocolos em vigor nos quais sejam partes *para prevenir, reduzir e controlar a contaminação da zona de aplicação do Convênio*¹⁵⁰ e para assegurar uma ordenação do meio utilizando a estes efeitos os meios mais viáveis de que disponham e na medida de suas possibilidades.
2. Ao tomar as medidas a que se refere a alínea 1, as Parte Contratantes se assegurarão de que a aplicação dessas medidas não cause contaminação do meio marinho fora da zona de aplicação do Convênio.
3. As partes Contratantes cooperarão na elaboração e adoção de protocolos ou outros acordos para facilitar a aplicação efetiva do presente Convênio.
4. As partes Contratantes adotarão as medidas adequadas, de conformidade com o direito internacional, para cumprir efetivamente as obrigações previstas no presente Convênio e seus protocolos e tentarão harmonizar suas políticas a este respeito.
5. As partes Contratantes cooperarão com as organizações internacionais, regionais e sub-regionais competentes para aplicar efetivamente o presente Convênio e seus protocolos e colaborarão

¹⁴⁸ Cfr. Convênio para a Proteção do Meio Marinho e a Região Costeira do Mediterrâneo (Convênio de Barcelona), entrada em vigor o 12 de fevereiro de 1978, art. 4.1.

¹⁴⁹ Cfr. Convênio sobre a Cooperação para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho e as zonas costeiras da Região da África Ocidental e Central (Convênio de Abidjan), entrada em vigor o 5 de agosto de 1984, art. 4.

¹⁵⁰ Cfr. Convênio Marco para proteção do Meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Tehrã), entrada em vigor em 12 de agosto de 2006, Art. 4.a.

entre si para cumprir as obrigações contraídas em virtude do presente Convênio e seus protocolos¹⁵¹. (grifado fora do original).

85. Com base nessas e em outras obrigações, particularmente as estabelecidas no artigo 4.1 da Convenção de Cartagena, Colômbia declara que “é criada uma área de jurisdição funcional [na área de aplicação da Convenção] localizada além das fronteiras dos Estados Partes e nas quais eles são obrigados a cumprir certas obrigações, a fim de proteger o meio marinho de toda a região. ”

86. Agora bem, a Corte nota que este tipo de disposições também podem ser encontrado em outros tratados, particularmente aqueles que fazem parte do programa de proteção mares regionais mencionado anteriormente (parágrafo supracitado 83), tais como: (i) o Convênio para a Proteção, a Ordenação e o Desenvolvimento do meio Marinho e Costeiro da Região da África Oriental (Convênio de Nairóbi¹⁵²); (ii) o Convênio para a Proteção do meio Marinho e a Região Costeira do Mediterrâneo (Convênio de Barcelona)¹⁵³; (iii) o Convênio sobre a Cooperação para a Proteção e o Desenvolvimento do meio Marinho e as zonas costeiras da Região da África Ocidental e Central (Convênio de Abidjan)¹⁵⁴; (iv) o Convênio Marco para a Proteção do meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Teerã)¹⁵⁵; (v) a Convenção sobre a Proteção do Mar Negro contra a Contaminação¹⁵⁶; (vi) o Convênio para a Proteção do meio Marinho e a Zona Costeira do Pacífico Sudeste (Convênio de Lima)¹⁵⁷; (vii) a Convenção para a Proteção dos Recursos Naturais e o meio Ambiente da Região do Pacífico Sul (Convenção Nouméa¹⁵⁸); (viii) a Convenção Regional para a Conservação do Mar Vermelho e do Golfo de Áden

¹⁵¹ Cfr. Convenção sobre a Proteção do Mar Negro contra a Contaminação, entrada em vigor o 15 de janeiro de 1994, art. V.2.

¹⁵² Cfr. Convênio para a Proteção do Meio Marinho e a Zona Costeira do Pacífico Sudeste (Convênio de Lima), entrada em vigor o 19 de maio de 1986, art. 3.1. A Comissão Permanente do Pacífico Sul (CPPS), organismo intergovernamental criado em 1952 em Santiago de Chile pelos governos do Chile, Equador e Peru, atua como Secretaria Executiva deste Convênio e seus protocolos, e do Plano de Ação para a proteção do Meio Marinho e as Áreas costeiras do Pacífico Sudeste. Cfr. História e Trabalho da Comissão Permanente do Pacífico Sul. Disponível em: <http://cpps-int.org/index.php/home/cpps-historia>

¹⁵³ Cfr. Convenção para a Proteção dos Recursos Naturais e o Meio Ambiente da Região do Pacífico Sul (Convenção Nouméa), entrada em vigor o 22 de agosto de 1990, art. 5.1.

¹⁵⁴ Cfr. Convenção Regional para a Conservação do Mar Vermelho e do Golfo de Áden (Convenção de Jidá), entrada em vigor o 19 de agosto de 1985, art. III.1

¹⁵⁵ Cfr. Convenção Regional do Kuwait para a Cooperação para a Proteção do Meio Marinho em frente à Contaminação, entrada em vigor o 30 de junho de 1979, art. III.a.

¹⁵⁶ Cfr. Convenção sobre a Proteção do Meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, art. 3.1.

¹⁵⁷ Cfr. Convenção para a Proteção do Meio Ambiente Marinho e a Zona Costeira do Atlântico Nordeste (OSPAR), entrada em vigor o 25 de março de 1998, art. 2.1(a).

¹⁵⁸ Jurisdição funcional é um termo utilizado em direito do mar, para referir-se à limitada jurisdição dos Estados costeiros sobre as atividades em “suas” zonas marítimas (do mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental). Veja-se, por exemplo, os diferentes regimes na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A jurisdição é funcional porque se exerce com base no propósito da atividade. Por exemplo, em uma zona econômica exclusiva, a jurisdição, direitos e deveres atribuídos tanto aos Estados costeiros como aos demais Estados, se exercem de acordo com sua finalidade “econômica” e tendo em conta os correspondentes direitos e deveres dos demais Estados na mesma zona. Cfr. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (em adiante “CONVEMAR”), entrada em vigor o 16 de novembro de 1994, arts. 55 a 75.

(Convenção de Jidá)¹⁵⁹; (ix) a Convenção Regional do Kuwait para a Cooperação para a Proteção do meio Marinho em frente à Contaminação¹⁶⁰; (x) a Convenção sobre a Proteção do meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque)¹⁶¹, e (xi) a Convenção para a Proteção do meio Ambiente Marinho e a Zona Costeira do Atlântico Nordeste (OSPAR)¹⁶².

87. Todos estes tratados estabelecem regimes especiais para prevenir, reduzir e controlar a contaminação nas zonas de aplicação de cada tratado (parágrafo supracitado 84 e 86). Desta forma atribuem funções ou atribuições específicas a seus Estados Parte em espaços geográficos determinados. Como outras jurisdições no direito do mar, estes regimes dependem das funções específicas para as quais foram desenhadas e acordadas¹⁶³. As zonas de aplicação destes tratados de proteção ambiental abarcam zonas jurisdicionais dos Estados, entre eles suas zonas econômicas exclusivas, onde os Estados costeiros exercem jurisdição, direitos e deveres de acordo com sua finalidade “econômica” e tendo em conta os correspondentes direitos e deveres dos demais Estados na mesma zona¹⁶⁴.

88. Por um lado, a consulta de Colômbia propõe a possibilidade de equiparar as obrigações ambientais impostas no enquadramento destes regimes a obrigações de direitos humanos, de forma que as condutas estatais levadas a cabo na zona de aplicação destes regimes sejam consideradas um exercício da jurisdição do Estado

¹⁵⁹ Ao respeito, os artigos 55 e 56 da CONVEMAR estabelecem que: “Artigo 55: Regime jurídico específico da zona econômica exclusiva. A zona econômica exclusiva é uma área situada para além do mar territorial e adjacente a este, sujeita ao regime jurídico específico estabelecido nesta Parte, de acordo com o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro e os direitos e liberdades dos demais Estados se regem pelas disposições pertinentes desta Convenção. Artigo 56: 1. Na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem: a) Direitos de soberania para os fins de exploração e exploração, conservação e administração dos recursos naturais, tanto vivos como não vivos, das águas suprajacentes ao leito e do leito e o subsolo do mar, e com respeito a outras atividades tendo em vista a exploração e exploração econômicas da zona, tal como a produção de energia derivada da água, das correntes e dos ventos; b) Jurisdição, com arranjo às disposições pertinentes desta Convenção, com respeito a: i) O estabelecimento e a utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; ii) A investigação científica marinha; iii) A proteção e preservação do meio marinho; c) Outros direitos e deveres previstos nesta Convenção. 2. No exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres na zona econômica exclusiva em virtude desta Convenção, o Estado costeiro terá devidamente em conta os direitos e deveres dos demais Estados e atuará de maneira compatível com as disposições desta Convenção. 3. Os direitos enunciados neste artigo com respeito ao leito do mar e seu subsolo se exercerão de conformidade com a Parte VI”. Cfr. CONVEMAR, arts. 55 e 56.

¹⁶⁰ Cfr. Comissão Europeia de Direitos Humanos. Caso X.Y. Vs. Suíça. Nos. 7289/75 e 7349/76. Decisão de 14 de julho de 1977, págs. 71 a 73

¹⁶¹ No mesmo sentido, se veja, TEDH, Al-Adsani Vs. Reino Unido [GS], No. 35763/97, Sentença de 21 de novembro de 2001, parágrafos 60 a 67, e TEDH, Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], No. 52207/99. Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 57.

¹⁶² Cfr. TEDH, Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], No. 52207/99. Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 59, e Caso Markovic e outros Vs. Itália, [GS], No. 1398/03. Sentença de 14 de dezembro de 2006, parágrafo 49.

¹⁶³ No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que “a competência de um Estado para exercer sua jurisdição sobre seus próprios nacionais no estrangeiro está subordinada à concorrência territorial desse e outros Estados”. TEDH, Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], No. 52207/99. Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 60.

¹⁶⁴ Veja-se, por exemplo, CONVEMAR, arts. 56.2 (com respeito à zona econômica exclusiva), e 78 (com respeito às águas e o espaço área subjacente em plataforma continental). Veja-se também, TIDM, Pedido de Opinião Consultiva enviada pela Comissão Sub-regional de Pesca (CSRP). Opinião Consultiva de 2 de abril de 2015, parágrafo 216.

baixo a Convenção Americana. Não obstante, em primeiro lugar a Corte adverte que o exercício da jurisdição por parte de um Estado baixo a Convenção Americana não depende do desenvolvimento da conduta estatal em uma zona geográfica delimitada. Como se estabeleceu previamente, o exercício da jurisdição por parte de um Estado baixo a Convenção Americana depende que um Estado está exercendo autoridade sobre a pessoa ou quando a pessoa se encontra sob o controle efetivo de dito Estado (parágrafo supracitado 81). Em segundo lugar, esta Corte destaca que as áreas geográficas que constituem as zonas de aplicação deste tipo de tratados foram delimitadas com o propósito específico do cumprimento das obrigações estabelecidas em ditos tratados de prevenir, reduzir e controlar a contaminação. Conquanto o cumprimento de obrigações ambientais pode contribuir à proteção de direitos humanos, isso não equivale ao estabelecimento de uma jurisdição especial comum aos Estados parte de ditos tratados na qual se entenda que qualquer atuação de um Estado em cumprimento das obrigações do tratado constitui um exercício da jurisdição deste Estado baixo a Convenção Americana.

89. Por outro lado, a Corte entende que a consulta de Colômbia também propõe a possibilidade de que ditos tratados estendem a jurisdição de um Estado para além de seus limites territoriais. A Corte adverte que certamente a jurisdição de um Estado pode ser estendida sobre os limites territoriais de outro quando este último expressa, através de um acordo, seu consentimento para limitar sua própria soberania¹⁶⁵. A questão a determinar por este Tribunal, em relação com a pergunta proposta por Colômbia, é se estes regimes convencionais desenhados para a proteção ambiental poderiam implicar tal cessão de soberania.

90. A respeito, a Corte adverte que o cumprimento de obrigações em matéria de direitos humanos ou em matéria ambiental não é justificativa para não cumprir outras normas de direito internacional, incluindo o princípio de não intervenção. A Convenção Americana deve ser interpretada de conformidade com outros princípios do direito internacional¹⁶⁶, já que as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos não autorizam aos Estados a atuar em violação da Carta de Nações Unidas nem o direito internacional general. Conquanto o direito internacional não exclui o exercício extraterritorial da jurisdição de um Estado, as bases de dita jurisdição geralmente estão definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos demais Estados pertinentes.¹⁶⁷ Portanto, a soberania territorial impõe limites ao alcance do dever dos Estados de contribuir à realização global dos direitos humanos¹⁶⁸. Da mesma

¹⁶⁵ Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 3.1.

¹⁶⁶ Cfr. Convênio para a Proteção, a Ordenação e o Desenvolvimento do Meio Marinho e Costeiro da Região da África Oriental (Convênio de Nairóbi), entrada em vigor o 30 de maio de 1996, art. 3.3.

¹⁶⁷ Cfr. Convênio para a Proteção do Meio Marinho e a Região Costeira do Mediterrâneo (Convênio de Barcelona), entrada em vigor o 12 de fevereiro de 1978, art. 3.

¹⁶⁸ Cfr. Convênio sobre a Cooperação para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho e as zonas costeiras da Região da África Ocidental e Central (Convênio de Abidjan), entrada em vigor o 5 de agosto de 1984, art. 3.

maneira, os direitos e deveres estatais sobre as áreas marítimas devem sempre se executar respeitando os direitos e deveres dos demais Estados¹⁶⁹.

91. Neste sentido, se ressalta que o próprio Convênio de Cartagena limita o alcance das disposições de dito instrumento, de forma que não devem ser interpretado em um sentido que “afet[em] às reivindicações atuais ou futuras ou as opiniões jurídicas de qualquer Parte Contratante relativa à natureza e a extensão da jurisdição marítima.”¹⁷⁰ Este tipo de limitações também podem ser encontrado nos demais tratados similares como: (i) o Convênio de Nairóbi¹⁷¹, (ii), o Convênio de Barcelona¹⁷²; (iii) o Convênio de Abidjan¹⁷³; (iv) o Convênio de Teerã¹⁷⁴, (v) a Convenção sobre a Proteção do Mar Negro contra a Contaminação¹⁷⁵; (vi) o Convênio de Lima¹⁷⁶; (vii) a Convenção Nouméa¹⁷⁷; (viii) a Convenção de Jidá¹⁷⁸; (ix) o Convênio Regional do Kuwait para a Cooperação

¹⁶⁹ Cfr. Convênio Marco para a Proteção do meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Teerã), entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, art. 37.

¹⁷⁰ Cfr. Convenção sobre a Proteção do Mar Negro contra a Contaminação, entrada em vigor o 15 de janeiro de 1994, art. V. 1.

¹⁷¹ Cfr. Convênio para a Proteção do Meio Marinho e a Zona Costeira do Pacífico Sudeste (Convênio de Lima), entrada em vigor o 19 de maio de 1986, art. 3.4.

¹⁷² Cfr. Convenção para a Proteção dos Recursos Naturais e o meio Ambiente da Região do Pacífico Sul (Convenção Nouméa), entrada em vigor o 22 de agosto de 1990, art. 4.4.

¹⁷³ Cfr. Convenção Regional para a Conservação do Mar Vermelho e do Golfo de Áden (Convenção de Jidá), entrada em vigor o 19 de agosto de 1985, art. XV.

¹⁷⁴ Cfr. Convenção Regional do Kuwait para a Cooperação para a Proteção do Meio Marinho em frente à Contaminação, entrada em vigor no 30 de junho de 1979, art. XV.

¹⁷⁵ Cfr. Convenção sobre a Proteção do Meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor no 17 de janeiro de 2000, art. 4

¹⁷⁶ CIJ, Caso relativo ao projeto Gabcikovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença de 25 de setembro de 1997, parágrafo 142.

¹⁷⁷ O Tribunal Europeu estabeleceu que a responsabilidade de um Estado pode ser gerada por atos de suas autoridades que produzam efeitos fora de seu território. Neste sentido, indicou que atos dos Estados Partes realizadas ou que tenham efeitos fora de seu território podem constituir só em casos excepcionais um exercício de sua jurisdição baixo o artigo 1. Cfr. TEDH. Caso Al-Skeini e outros Vs. Reino Unido, sentença de 7 de julho de 2011, parágrafo 131; Caso Bankovic e outros Vs. Bélgica [GS], No. 52207/99, Decisão de Admissibilidade de 12 de dezembro de 2001, parágrafo 67; Caso Drozd e Janousek vs. França e Espanha, Sentença de 26 de junho de 1992, parágrafo 91; Caso Soering v. Reino Unido, No. 14038/88, Sentença do 7 de julho de 1989, parágrafos 86 a 88; Caso Issa e outros Vs. Turquia, No. 31821/96. Sentença de 16 de novembro de 2004, parágrafos 68 e 71. Veja-se também, CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador vs. Colômbia), Relatório de admissibilidade nº. 112/10 de 21 de outubro de 2010, parágrafo 98.

¹⁷⁸ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafo 47 e 48, e Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 31, e Conselho de Direitos Humanos, Estudo analítico da relação entre os direitos humanos e o meio ambiente, Relatório da Alta Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 16 de dezembro de 2011, Doc. ONU A/HRC/19/34, parágrafos 65, 70 e 72.

para a Proteção do Meio Marinho em frente à Contaminação¹⁷⁹, e (x) a Convenção de Helsinque¹⁸⁰.

92. Portanto, não é possível concluir que os regimes especiais de proteção ambiental, tais como o estabelecido no Convênio de Cartagena, estendam por si mesmos a jurisdição dos Estados Parte a efeitos de suas obrigações sob a Convenção Americana.

93. A Corte reitera que, a efeito de determinar se uma pessoa está sujeita à jurisdição de um Estado sob a Convenção Americana, não bastaria a localização dessa pessoa em uma zona geográfica determinada, como a zona de aplicação de um tratado para a proteção ambiental. A determinação de que existem as circunstâncias excepcionais que revelam uma situação de controle efetivo ou que as pessoas se encontravam submetidas à autoridade de um Estado deve ser realizado com base nas circunstâncias fáticas e jurídicas particulares de cada caso concreto (parágrafo supracitado 81). Em cada caso corresponderá determinar se, por causa da conduta extraterritorial do Estado, as pessoas podem ser consideradas sob sua jurisdição a efeitos da Convenção Americana.

94. Sem prejuízo do anterior, a Corte lembra que o princípio de *pacta sunt servanda* exige às partes em um tratado que o apliquem “razoavelmente e de maneira que possa ser cumprido seu objetivo¹⁸¹.” Em consequência, os Estados Parte da Convenção Americana não devem se comportar de forma tal que dificultem a outros Estados Parte o cumprimento de suas próprias obrigações em virtude desse tratado. Isto é importante não só a efeito das ações e omissões fora de seu território, senão também respeito daquelas dentro de seu território que poderiam ter efeitos no território ou habitantes de outro Estado, como se examina a seguir.

C. Obrigações em frente a danos transfronteiriços

95. Como se estabeleceu anteriormente, a jurisdição de um Estado não está limitada a seu espaço territorial (parágrafo supracitado 74). O termo jurisdição, a efeitos das obrigações de direitos humanos da Convenção Americana, além das condutas extraterritoriais, também pode abarcar as atividades de um Estado que causam efeitos fora de seu território¹⁸² (parágrafo supracitado 81).

¹⁷⁹ Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Relatório preliminar do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, 24 de dezembro de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, parágrafos 47 e 48, e Conselho de Direitos Humanos, Estudo analítico da relação entre os direitos humanos e o meio ambiente, Relatório da Alta Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 16 de dezembro de 2011, Doc. ONU A/HRC/19/34, parágrafos 65, 70 e 72.

¹⁸⁰ Cfr. CIJ, Caso do Canal de Corfu (Reino Unido Vs. Albânia). Sentença de 9 de abril de 1949, pág. 22. Veja-se também, o caso da Fundação de Trail (Trail Smelter Case), onde se assinalou que sob os princípios do direito internacional nenhum Estado tem o direito para usar ou permitir que se use seu território de forma que cause um dano por fumaças em ou ao território de outro Estado. Cfr. Tribunal Arbitral, Caso da Fundação de Trail (Estados Unidos Vs. Canadá). Decisão de 16 de abril de 1938 e 11 de março de 1941, pág. 1965

¹⁸¹ Cfr. CIJ, Legalidade da ameaça ou o uso de armas nucleares. Opinião consultiva de 8 de julho de 1996, parágrafo 29.

¹⁸² Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafos 101 e 204, e CIJ, Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteiriça

96. Muitas afetações ao meio ambiente entram danos transfronteiriços. A contaminação de um país pode ser convertida no problema de direitos ambientais e humanos de outro, designadamente quando os meios poluentes, como o ar e a água, cruzam facilmente as fronteiras¹⁸³. A prevenção e regulação da contaminação ambiental transfronteiriça deu local a grande parte do direito internacional ambiental, por meio de acordos bilaterais e regionais ou acordos multilaterais para abordar problemas globais de caráter ambiental tais como o esgotamento do ozônio e a mudança climática.¹⁸⁴

97. O direito internacional exige aos Estados uma série de obrigações em frente à possibilidade de danos ambientais que traspassem as fronteiras de um particular Estado. A Corte Internacional de Justiça tem reiteradamente estabelecido que os Estados têm a obrigação de não permitir que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados.¹⁸⁵ Assim mesmo, tal corte apontou, em aplicação deste princípio, que os Estados devem velar porque as atividades realizadas dentro de sua jurisdição¹⁸⁶ ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente

de outros Estados ou zonas que estejam fosse de sua jurisdição, bem como que estão obrigados a usar todos os meios ao seu dispor para evitar que atividades que têm local em seu território, ou em qualquer área baixo sua jurisdição, causem um dano significativo ao meio ambiente de outro Estado¹⁸⁷.

(Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafos 104 e 118.

¹⁸³ Cfr. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A /CONF.48/14/ Rev.1, princípio 21. Este princípio estabelece que “[d]e conformidade com a carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explodir seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental, e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não prejudiquem ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional”.

¹⁸⁴ Declaração do Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 2. Este princípio também foi reconhecido no preâmbulo da Convenção Marco de Nações Unidas sobre Mudança Climática: “Lembrando também que os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explodir seus próprios recursos conforme a suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar por que as atividades que se realizem dentro de sua jurisdição ou baixo seu controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados nem de zonas que estejam fosse dos limites da jurisdição nacional”. Convenção Marco de Nações Unidas sobre Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994.

¹⁸⁵ CONVEMAR, art. 194.2.

¹⁸⁶ Cfr. OACNUDH, Relatório de recopilação do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável. Relatório individual No. 9 sobre os acordos globais e regionais relativos ao meio ambiente. Dezembro 2013, parágrafos 147 e 149.

¹⁸⁷ Veja-se, em sentido similar respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais: Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 31. Assim mesmo, o Comitê DESC indicou que [p]ara cumprir as obrigações internacionais [...], os Estados Parte têm que respeitar o desfrute [dos direitos econômicos, sociais e culturais] em outros países. Comitê DESC, Observação Geral Não. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo 39.

98. Esta obrigação foi recolhida na Declaração de Estocolmo¹⁸⁸ e na Declaração de Rio. Nesta última, se estabelece que:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de aproveitar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar por que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional¹⁸⁹.

99. Além disso, também foi codificado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, na qual se estabelece que os Estados:

A toma de todas as medidas necessárias para garantir que as atividades sob sua jurisdição ou controle se realizem de forma tal que não causem prejuízos por contaminação a outros Estados e seu meio ambiente, e que a contaminação causada por incidentes ou atividades sob sua jurisdição ou controle não se estenda para além das zonas onde exercem direitos de soberania de conformidade com esta Convenção¹⁹⁰.

100. A maioria dos tratados, acordos ou outros instrumentos internacionais de direito ambiental abordam os danos ambientais transfronteiriços e requerem ou exigem cooperação internacional para abordar estes assuntos¹⁹¹.

101. O dever de respeitar e garantir os direitos humanos exige que os Estados se abstenham de impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações derivadas da

¹⁸⁸ Para os efeitos desta Opinião Consultiva “Estado de origem” refere-se ao Estado sob cuja jurisdição ou controle pode ser originado ou se originou ou realizou o feito com que ocasionou um dano ambiental.

¹⁸⁹ Cfr. Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rês. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68.

¹⁹⁰ Em similar sentido, ver: TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafos 181 a 184, e CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equador Vs. Colômbia), Relatório de admissibilidade n.º 112/10 de 21 de outubro de 2011, parágrafo 99.

¹⁹¹ Ver, entre outros, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Experiente independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, A/HRC/25/53, 30 de dezembro de 2013, parágrafo 29, e Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Relator Especial sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, 1 de fevereiro de 2016, Doc. ONU A/HRC/31/52, parágrafo 50.

Convenção aos outros Estados Partes¹⁹² (parágrafo supracitado 94). As atividades que se empreendam dentro da jurisdição de um Estado Parte não devem privar a outro Estado da capacidade de assegurar às pessoas em sua jurisdição o desfrute e desfrute de seus direitos sob a Convenção. O Corte considera que os Estados têm a obrigação de evitar danos ambientais transfronteiriços que pudessem afetar os direitos humanos de pessoas fora de seu território. A efeitos da Convenção Americana, quando ocorrem um dano transfronteiriço que afete direitos convencionais, se entende que as pessoas cujos direitos foram vulnerados se encontram sob a jurisdição do Estado de origem¹⁹³ se existe uma relação de causalidade entre o feito com que se originou em seu território e a afetação dos direitos humanos de pessoas fora de seu território.

102. O exercício da jurisdição por parte do Estado de origem em frente a danos transfronteiriços baseia-se no entendimento de que é o Estado, em cujo território ou sob cuja jurisdição se realizam estas atividades, quem tem o controle efetivo sobre as mesmas e está em posição de impedir que se cause um dano transfronteiriço que afete o desfrute dos direitos humanos de indivíduos fora de seu território. As possíveis vítimas das consequências negativas dessas atividades se encontram sob a jurisdição do Estado de origem, a efeito da possível responsabilidade do Estado pelo não cumprimento de sua obrigação de prevenir danos transfronteiriços. Agora bem, não qualquer afetação ativa esta responsabilidade. Os limites e características desta obrigação explicam-se em maior detalhe no capítulo VIII desta Opinião.

103. Portanto, é possível concluir que a obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços é uma obrigação reconhecida pelo direito internacional ambiental, pelo qual os Estados podem ser responsáveis pelos danos significativos que se ocasionem às pessoas fora de suas fronteiras por atividades originadas em seu território ou sob sua autoridade ou controle efetivo. É importante destacar que esta obrigação não depende do caráter lícito ou ilícito da conduta que gere o dano, pois os Estados devem consertar de forma rápida, adequada e efetiva às pessoas e Estados vítimas de um dano transfronteiriço decorrente de atividades desenvolvidas em seu território ou sob sua jurisdição, independentemente de que a atividade que causou dito dano não esteja proibida pelo direito internacional¹⁹⁴. Agora bem, em todo suposto, deve existir uma relação de causalidade entre o dano ocasionado e a ação ou omissão do Estado de origem em frente a atividades em seu território ou baixo sua jurisdição ou controle¹⁹⁵. No Capítulo VIII desta Opinião se detalham o conteúdo, alcance, termos e características destas obrigações (parágrafos infracitados 123 a 242).

¹⁹² Cfr. Caso dos "Crianças da Rua" (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo, parágrafo supracitado 144, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela. Fundo, Reparos e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2017. Série C No. 338, parágrafo 100.

¹⁹³ Cfr. Caso dos "Crianças da Rua" (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo, parágrafo supracitado 144, e Caso Chinchilla Sandoval e outros Vs. Guatemala, parágrafo supracitado 166.

¹⁹⁴ Cfr. Caso dos "Crianças da Rua" (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo, parágrafo supracitado 144, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, parágrafo supracitado 100.

¹⁹⁵ Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C No. 99, parágrafo 110, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, parágrafo supracitado 100.

D. CONCLUSÃO

104. Em virtude de todas as considerações anteriores, de conformidade com as alíneas 72 a 103 e em resposta à primeira pergunta do Estado solicitante, a Corte opina que:

a. Os Estados Parte da Convenção Americana têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos consagrados em dito instrumento a toda pessoa abaixo de sua jurisdição.

b. O exercício da jurisdição por parte de um Estado acarreta sua responsabilidade pelas condutas que lhe sejam atribuíveis que se aleguem violatórias dos direitos consagrados na Convenção Americana.

c. A jurisdição dos Estados, quanto a proteção dos direitos humanos das pessoas baixo a Convenção Americana, não se limita a seu espaço territorial. O termo jurisdição na Convenção Americana é mais extenso que o território de um Estado e inclui situações para além de seus limites territoriais. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição, embora não estejam dentro de seu território.

d. O exercício da jurisdição baixo o artigo 1.1 da Convenção Americana, fora do território de um Estado, é uma situação excepcional que deve ser analisado em cada caso concreto e de maneira restritiva.

e. O conceito de jurisdição sob o artigo 1.1 da Convenção Americana abarca toda situação na que um Estado exerça autoridade ou controle efetivo sobre a ou as pessoas, seja dentro ou fora de seu território.

f. Os Estados devem velar porque seu território não seja utilizado de maneira que possa ser causado um dano significativo ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas fora dos limites de seu território. Portanto, os Estados têm a obrigação de evitar causar danos transfronteiriços.

g. Os Estados estão obrigados a adotar todas as medidas necessárias para evitar que as atividades desenvolvidas em seu território ou sob seu controle afetem os direitos das pessoas dentro ou fora de seu território.

h. Em frente a danos transfronteiriços, uma pessoa está abaixo da jurisdição do Estado de origem se média uma relação de causalidade entre o feito com que ocorreu em seu território e a afetação dos direitos humanos de pessoas fora de seu território. O exercício da jurisdição surge quando o Estado de origem exerce um controle efetivo sobre as atividades levadas a cabo que causaram o dano e conseqüente violação de direitos humanos.

VIII

OBRIGAÇÕES DERIVADAS DOS DEVERES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL, NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

105. Como se explicou previamente, a segunda e as terceiras perguntas realizadas por Colômbia pretendem que a Corte determine as obrigações estatais relacionadas com o dever de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal em relação com danos ao meio ambiente (parágrafo supracitado 37 e 38). O efeito de contestar esta consulta do Estado, o Corte primeiro se pronunciará sobre os direitos à vida e à integridade pessoal e sua relação com a proteção do meio ambiente, para depois precisar as obrigações estatais específicas que se derivam neste contexto.

106. A respeito, o Corte nota que, em seu pedido, Colômbia consultou especificamente sobre as obrigações ambientais de prevenção, precaução, mitigação do dano e cooperação (parágrafos supracitados 1 e 37). Adicionalmente, para garantir o cumprimento destas obrigações, o direito internacional dos direitos humanos impõe determinadas obrigações de procedimento aos Estados relativo à proteção do meio ambiente¹⁹⁶, tais como o acesso à informação, a participação pública, e o acesso à justiça. O efeito de contestar quais são as obrigações ambientais que se derivam do dever de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, conforme a consulta proposta por Colômbia, este Tribunal examinará e se pronunciará sobre todas estas obrigações e deveres dos Estados.

107. Portanto, a resposta da Corte à consulta proposta por Colômbia em sua segunda e terceira perguntas, estrutura-se da seguinte maneira: (A) no parágrafo A Corte se pronunciará sobre o conteúdo e alcance dos direitos à vida e à integridade pessoal, e as correspondentes obrigações de respeitar e garantir estes direitos em frente a possíveis danos ao meio ambiente, e (B) no título B a Corte se pronunciará sobre as obrigações ambientais específicas de prevenção, precaução, cooperação e de procedimento que se derivam das obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal sob a Convenção Americana.

A. Os direitos à vida e à integridade pessoal em relação com a proteção do meio ambiente

A.1 Conteúdo e alcance dos direitos à vida e à integridade pessoal em frente a possíveis danos ao meio ambiente

108. O Corte afirmou reiteradamente que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, porquanto de sua salvaguarda depende a realização

¹⁹⁶ Cfr. Caso do Massacre de Povo Belo. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140, parágrafo 120, e Caso Cruz Sánchez e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C No. 292, parágrafo 260.

dos demais direitos.¹⁹⁷ Em virtude disso, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para seu pleno desfrute e exercício¹⁹⁸. Neste sentido, a Corte apontou em sua jurisprudência constante que o cumprimento das obrigações impostas pelo artigo 4 da Convenção Americana, relacionado com o artigo 1.1 da mesma, não só pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), senão que além disso, à luz de sua obrigação de garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos, requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva)¹⁹⁹ de todos quem se encontrem baixo sua jurisdição.²⁰⁰

109. Outrossim, os Estados devem adotar as medidas necessárias para criar um enquadramento normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo capaz de pesquisar, castigar e consertar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares²⁰¹; e salvaguardar o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna²⁰², o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação deste direito²⁰³. Em razão do anterior, apresentaram-se circunstâncias excepcionais que permitem

¹⁹⁷ Cfr. Caso dos “Crianças da Rua” (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo, parágrafo supracitado 144, e Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica, parágrafo supracitado 172.

¹⁹⁸ Cfr. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, parágrafo supracitado 153, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, parágrafo supracitado 110.

¹⁹⁹ Assim, por exemplo no caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, o Corte declarou que o Estado era responsável pela violação do direito à vida por considerar que, ao não ter garantido o direito à propriedade comunitária, o Estado os tinha privado da possibilidade de aceder a seus meios de subsistência tradicionais, bem como do uso e desfrute dos recursos naturais necessários para a obtenção de água limpa e para a prática da medicina tradicional de prevenção e cura de doenças, além de não ter adotado as medidas positivas necessárias para lhes assegurar as condições de vida compatíveis com sua dignidade. Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 158.d e 158.e. Veja-se também, Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C No. 112, parágrafo 176; Caso do Massacre da Rochela Vs. Colômbia. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C No. 163, parágrafos 124, 125, 127 e 128; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 244, e Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 191. Nesta mesma linha, cabe mencionar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou a violação do direito à vida respeito de pessoas que não faleceram como consequência dos fatos de violação. Ao respeito, veja-se o TEDH, Caso Acar e outros Vs. Turquia, Nos. 36088/97 e 38417/97. Sentença de 24 maio de 2005, parágrafos 77, 110, e TEDH, Caso Makaratzis Vs. Grécia [GS], No. 50385/99. Sentença de 20 dezembro 2004, parágrafos 51 e 55.

²⁰⁰ Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 167, Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 156 a 178 e Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Fundo Reparos e Custos. Sentença 24 de agosto de 2010. Série C No. 214, parágrafos 195 a 213.

²⁰¹ Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 163 e Caso Chinchilla Sandoval e outros Vs. Guatemala, parágrafo supracitado 168.

²⁰² Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 163, Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 187, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 172.

²⁰³ Entre ditas condições encontram-se a alimentação e a nutrição, a casa, o acesso à água limpa potável e a condições sanitárias adequadas, condições de trabalho seguras e sãs e um médio ambiente saudável. Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo 4. Veja-se também, Comitê Europeu de Direitos Sociais, Demanda Nº 30/2005, Fundação para os direitos humanos “Marangopoulos” Vs. Grécia (Fundo). Decisão do 6 de dezembro de 2006, parágrafo 195.

fundamentar e analisar a violação do artigo 4 da Convenção respeito de pessoas que não faleceram como consequência dos fatos violatórios.²⁰⁴ Entre as condições necessárias para uma vida digna, a Corte tem-se referido ao acesso e qualidade da água, alimentação e saúde, cujo contido já foi definido na jurisprudência desta Corte²⁰⁵, indicando que estas condições impactam de maneira aguda o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos.²⁰⁶ Outrossim, a Corte incluiu a proteção do meio ambiente como uma condição para a vida digna²⁰⁷.

110. Entre ditas condições cabe destacar que a saúde requer de certas pré-condições necessárias para uma vida saudável²⁰⁸, pelo que se relaciona diretamente com o acesso à alimentação e à água²⁰⁹. Ao respeito, a Corte assinalou que a saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de infecções ou doenças²¹⁰. Portanto, a contaminação ambiental pode causar afetações à saúde²¹¹.

111. Por outra parte, o acesso à água e à alimentação pode ser afetado por exemplo, se a contaminação limita a disponibilidade dos mesmos em quantidades suficientes ou afeta sua qualidade²¹². Cabe destacar que o acesso à água inclui o acesso “para uso pessoal e doméstico” que compreende” o consumo, o saneamento, o vazamento, a preparação de alimentos e a higiene pessoal e doméstica”, bem como

²⁰⁴ Cfr. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 167, Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 156 a 178 e Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, parágrafo supracitado 195 a 213.

²⁰⁵ Cfr. Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica, parágrafo supracitado 148, citando a Constituição da Organização Mundial para a Saúde, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, celebrada em Nova York do 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada o 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados, e entrou em vigor o 7 de abril de 1948.

²⁰⁶ Sobre este ponto, por exemplo, o Comitê DESC assinalou que a obrigação de respeitar o direito à saúde implica que os Estados devem ser absteridos de contaminar ilegalmente a atmosfera, a água e a terra, por exemplo mediante os desperdícios industriais das instalações propriedade do Estado, utilizar ou ensaiar armas nucleares, biológicas ou químicas se, como resultado desses ensaios, se libertam substâncias nocivas para a saúde do ser humano”. Comitê DESC, Observação Geral No. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo 34.

²⁰⁷ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 126; Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, parágrafo supracitado 195 e 198; Comitê DESC, Observação Geral No. 12: O direito a uma alimentação adequada (art. 11), 12 de maio de 1999, Doc. ONU E/C.12/1999/5, parágrafos 7 e 8, e Comitê DESC, Observação Geral Não. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafos 10 e 12.

²⁰⁸ Comitê DESC, Observação Geral Não. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 12. Veja-se também, Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, parágrafo supracitado 195.

²⁰⁹ Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 21.

²¹⁰ Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Fundo. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C No. 33, parágrafos 57 e 58, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, parágrafo supracitado 102.

²¹¹ Mutantis mutandi, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 217, e Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C No. 250, parágrafo 160.

²¹² Cfr. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C No. 213, parágrafo 171, e Caso Mohamed Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 23 novembro de 2012. Série C No. 255, parágrafo 119.

para alguns indivíduos e grupos também incluirá “recursos de água adicionais em razão da saúde, o clima e as condições de trabalho”²¹³. O acesso à água, à alimentação e a saúde são obrigações de realização progressiva, no entanto, os Estados têm obrigações imediatas, como os garantir sem discriminação e adotar medidas para conseguir sua plena realização²¹⁴.

112. Assim que o direito à integridade pessoal, a Corte reitera que a violação do direito à integridade física e psíquica das pessoas tem diversas conotações de grau e que abarca desde a tortura até outro tipo de abuso ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, cujas sequelas físicas e psíquicas variam de intensidade segundo fatores endógenos e exógenos (duração dos tratos, idade, sexo, saúde, contexto, vulnerabilidade, entre outros) que deverão ser analisados na cada situação concreta²¹⁵.

113. Adicionalmente, no caso específico das comunidades indígenas e tribais, este Tribunal se pronunciou sobre a obrigação de proteger seus territórios ancestrais devido à conexão que mantêm com sua identidade cultural, direito humano fundamental de natureza coletiva que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática²¹⁶.

114. A Corte adverte que conquanto a cada um dos direitos contidos na Convenção tem seu âmbito, sentido e alcance próprios²¹⁷, existe uma estreita relação entre o direito à vida e o direito à integridade pessoal. Neste sentido, existem ocasiões em que a falta de acesso às condições que garantem uma vida digna também constitui uma violação ao direito à integridade pessoal²¹⁸, por exemplo, em casos vinculados com a saúde humana²¹⁹. Assim mesmo, a Corte reconheceu que determinados projetos ou intervenções no meio ambiente em que se desenvolvem as pessoas, podem representar um risco à vida e à integridade pessoal²²⁰ das pessoas. Portanto, este Tribunal considera pertinente desenvolver de maneira conjunta as obrigações estatais referentes aos direitos à vida e a integridade pessoal, que podem resultar de afetações

²¹³ Mutatis mutandi, Caso Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai, supra, parágrafo 170, e Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, parágrafos supracitados 168 e 169.

²¹⁴ Cfr. Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Fundo Reparos e Custos. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171, parágrafo 117, e Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, parágrafo supracitado 170.

²¹⁵ Cfr. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 249, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 222.

²¹⁶ Cfr. Caso da “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134, parágrafo 111, e Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 168.

²¹⁷ Cfr. Caso do Massacre de Povo Belo Vs. Colômbia, parágrafos supracitados 111, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 206.

²¹⁸ Cfr. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Opinião consultiva OC-6/86 do 9 de maio de 1986. Série A No. 6, parágrafos 21, e Caso Massacres do Mozote e locais adjacentes Vs. El Salvador. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C No. 252, parágrafo 143.

²¹⁹ Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafos 17 a 19, e Comitê DESC, Observação Geral No. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, parágrafo 34.

²²⁰ Cfr. Caso das “Crianças da Rua” (Villagrán Morais e outros) Vs. Guatemala. Fundo, parágrafo supracitado 144, e Caso Lua López Vs. Honduras. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C No. 269, parágrafo 118.

ocasionadas por danos ao meio ambiente. Com este propósito, este Tribunal passa a estabelecer e reafirmar o conteúdo e alcance das obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos à vida e integridade pessoal (parágrafos infracitados 115 a 121), para posteriormente pronunciar sobre as obrigações específicas em matéria ambiental que se derivam destas obrigações gerais (parágrafos infracitados 123 a 242), de acordo com o que foi consultado por Colômbia em seu pedido de opinião consultiva.

A.2. Obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal em frente a possíveis danos ao meio ambiente

115. Esta Corte sustentou que, em aplicação do artigo 1.1 da Convenção, os Estados possuem a obrigação erga omnes de respeitar e garantir as normas de proteção, bem como de assegurar a efetividade dos direitos humanos²²¹. Ao respeito, a Corte lembra que, das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos que estabelece o artigo 1.1 da Convenção Americana, derivam deveres especiais determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, já seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra²²².

116. A Corte exporá a seguir o conteúdo e alcance geral das obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal em relação com afetações produzidas por danos ao meio ambiente. Estas obrigações devem ser interpretadas tomando em conta as obrigações e princípios de direito ambiental que se expõem no título B seguinte (parágrafos infracitados 123 a 242).

117. A Corte sustentou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Parte, nos termos do artigo 1.1 da Convenção, é a de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos em tal tratado. Assim, na proteção dos direitos humanos, esta obrigação de respeito necessariamente compreende a noção da restrição ao exercício do poder estatal²²³. Portanto, os Estados devem ser abster-se de (i) qualquer prática ou atividade que denegue ou restrinja o acesso, em condições de igualdade, aos requisitos para uma vida digna, como o são, a água e a alimentação adequada, entre outros, e de (ii) contaminar ilicitamente o meio ambiente de forma que se afete as condições que permitem a vida digna das pessoas, por exemplo, mediante o depósito de desperdícios de empresas estatais em formas que afetem a qualidade ou o acesso à água potável e/ou a fontes de alimentação²²⁴.

118. A segunda obrigação, a obrigação de garantia, implica que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar os direitos à vida

²²¹ Cfr. Caso da “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia, parágrafo supracitado 111, e Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 170.

²²² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fundo, parágrafo supracitado 175; Caso González e outras (“Campo Algodreiro”) Vs. México, parágrafo supracitado 252, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 221 e 222.

²²³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fundo, parágrafo supracitado 166, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 208.

²²⁴ Cfr. Caso da “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia, parágrafo supracitado 123, e Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 170.

e à integridade²²⁵. Neste sentido, a obrigação de garantia se projeta para além da relação entre os agentes estatais e as pessoas submetidas a sua jurisdição, abarcando assim mesmo o dever de prevenir, na esfera privada, que terceiros vulnerarem os bens jurídicos protegidos²²⁶. Este dever de prevenção abarca todas aquelas medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar multas para quem o cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais²²⁷. É evidente, por sua vez, que a obrigação de prevenir é o comportamento e não se apresenta seu incumprimento pelo só fato de que um direito fosse violado²²⁸.

119. A Corte apontou que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. O caráter erga omnes das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica uma responsabilidade ilimitada dos mesmos em frente a qualquer ato ou fato de particulares; pois, embora um ato, omissão ou fato de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, aquele não é automaticamente atribuível ao Estado, senão que corresponde ater às circunstâncias particulares do caso e à concretização de ditas obrigações de garantia²²⁹. No marco da proteção do meio ambiente, a responsabilidade internacional do Estado derivada da conduta de terceiros pode resultar da falta de regulação, superintendência ou fiscalização das atividades destes terceiros que causem um dano ao meio ambiente. Estas obrigações se explicam detalhadamente no título seguinte (parágrafos infracitados 146 a 170).

120. Adicionalmente, tendo em conta as dificuldades que implicam o planejamento e adoção de políticas públicas e as eleições de caráter operativo que devem ser tomadas em função de prioridades e recursos, as obrigações positivas do Estado devem ser interpretado de forma que não se imponha às autoridades uma carga impossível ou desproporcionada. Para que surja esta obrigação positiva, deve ser estabelecido que: (i) ao momento dos fatos as autoridades sabiam ou deviam saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou

²²⁵ Cfr. Comitê DESC, Observação Geral Não. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 25, e Comitê DESC, Observação Geral No. 12: O direito a uma alimentação adequada (art. 11), 12 de maio de 1999, Doc. ONU E/C.12/1999/5, parágrafo 6.

²²⁶ Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 12: O direito a uma alimentação adequada (art. 11), 12 de maio de 1999, Doc. ONU E/C.12/1999/5, parágrafo 17.

²²⁷ Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 12: O direito a uma alimentação adequada (art. 11), 12 de maio de 1999, Doc. ONU E/C.12/1999/5, parágrafo 17.

²²⁸ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 197. Veja-se também, Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 3, parágrafo 8.

²²⁹ 230 Cfr. Artigo 1 comum dos Convênios de Genebra de 1949, e CIJ, Aplicação da Convenção para a prevenção e a multa do delito de genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença de 26 de fevereiro de 2007, parágrafo 430.

grupo de indivíduos determinados, e não tomaram as medidas necessárias dentro do âmbito de suas atribuições que razoavelmente podiam ser esperado para prevenir ou evitar esse risco, e (ii) que existe uma relação de causalidade entre a afetação à vida ou à integridade e o dano significativo causado ao meio ambiente.

121. Por outra parte, a obrigação de garantir também implica que os Estados adotem medidas positivas que permitam e ajudem aos particulares a exercer seus direitos. Neste sentido, devem ser adotado medidas para que se difunda informação sobre o uso e proteção da água e das fontes de alimentação adequada (parágrafos infracitados 213 a 225)²³⁰. Assim mesmo, em casos particulares de pessoas ou grupos de pessoas que não estão em condições de aceder por si mesmos à água e a uma alimentação adequada, por razões alheias a sua vontade, os Estados devem garantir um mínimo essencial de água e alimentação²³¹. Se um Estado não tem os recursos para cumprir com dita obrigação, deve “demonstrar que fez todos os esforços possíveis por utilizar todos os recursos de que dispõe com o fim de cumprir, com caráter prioritário, essas obrigações mínimas”²³².

122. Uma vez estabelecido o conteúdo e alcance dos direitos à vida e à integridade pessoal em relação com a proteção do meio ambiente, a Corte passa a examinar e determinar as obrigações ambientais específicas, a cargo dos Estados, que se derivam das obrigações gerais de respeitar e garantir estes direitos.

B. Obrigações estatais em frente a possíveis danos ao meio ambiente, a efeitos de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal

123. Os Estados estão obrigados a cumprir com suas obrigações baixo a Convenção Americana com devida diligência. O conceito geral de devida diligência no Direito Internacional é tipicamente associado à possível responsabilidade de um Estado em frente a obrigações de conduta ou comportamento, em contraste com as obrigações de resultado que requerem o lucro de um objetivo específico²³³. O dever de um Estado de atuar com devida diligência é um conceito cujo conteúdo foi determinado pelo Direito Internacional e que foi utilizado em diversos âmbitos, tanto no Direito

²³⁰ Cfr. TIDM, Pedido de Opinião Consultiva enviada pela Comissão Sub-regional de Pesca (CSRP). Opinião Consultiva de 2 de abril de 2015, parágrafos. 128 e 129, e TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafos 110 a 120.

²³¹ Veja-se, entre outros, Declaração de Estocolmo sobre o Meio Humano, adotada em 16 de junho de 1972, princípio 7; CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteiriça (Costa Rica Vs. Nicarágua) e Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. Veja-se também, CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio o Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 101.

²³² Cfr. Comitê DESC, Observação Geral No. 3: A índole das obrigações dos Estados Parte (alínea 1 do artigo 2 do Pacto), Doc. ONU E/1991/23, 1990, parágrafos 2 e 3; Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafos 40 a 44.

²³³ Veja-se, entre outros, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fundo, parágrafo supracitado 166; Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 168, e Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela, parágrafo supracitado 100 e 101.

Internacional Humanitário²³⁴, como no Direito do Mar²³⁵ e no Direito Internacional do meio Ambiente²³⁶, entre outros. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, o dever de atuar com devida diligência foi abordado em relação com os direitos econômicos, sociais e culturais, respeito dos quais os Estados se comprometem a adotar “todas as medidas apropriadas” tendentes a conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos correspondentes²³⁷. Além disso, como ressaltou esta Corte, o dever de atuar com devida diligência também corresponde, de maneira geral, à obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção Americana a toda pessoa sujeita a sua jurisdição, segundo a qual os Estados devem adotar todas as medidas apropriadas para proteger e preservar os direitos consagrados na Convenção, bem como organizar todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos²³⁸ (parágrafo supracitado 118).

124. Sobre a base deste dever de devida diligência repousam a maioria das obrigações em matéria ambiental. A Corte reitera que uma proteção adequada do meio ambiente é essencial para o bem-estar humano, bem como para o desfrute de múltiplos direitos humanos, designadamente os direitos à vida, à integridade pessoal, a saúde e o próprio direito a um meio ambiente saudável (parágrafo supracitado 47 a 69).

125. Para o cumprimento das obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, no contexto da proteção do meio ambiente, os Estados devem cumprir com uma série de obrigações, tanto para danos ocorridos dentro de seu território como para danos que traspassem suas fronteiras. No presente parágrafo (Lat. Recebido) se examinará: (A) a obrigação de prevenção; (B) o princípio de precaução; (C) a obrigação de cooperação, e (D) as obrigações de procedimentos em matéria

²³⁴ Ver, entre outros, Convênio de Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços dos desperdícios perigosos e sua eliminação, entrada em vigor o 5 de maio de 1992, artigo 4; Convênio internacional relativo à intervenção em alta mar em casos de acidentes que causem uma contaminação por hidrocarbonetos, entrada em vigor o 6 de maio de 1975, artigo I; Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, artigo 3, e Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, entrada em vigor o 22 de setembro de 1988, artigo 2.

²³⁵ Ver, entre outros, Convênio Internacional para prevenir a contaminação pelos navios (MARPOL), entrada em vigor o 2 de outubro de 1983, artigo 1.

²³⁶ Ver, entre outros, CONVEMAR, artigo 194; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, artigo 1; Convenção Relativa às Zonas úmidas de Importância Internacional especialmente como Habitat de Aves Aquáticas (Convenção de Ramsar), entrada em vigor o 21 de dezembro de 1975, artigo 3; Acordo sobre a aplicação das disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, relativas à conservação e ordenação das populações de peixes transzonais e as populações de peixes altamente migratórios, entrada em vigor o 11 de dezembro de 2001, artigo 2.

²³⁷ Ver, entre outros, Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região das Grandes Antilhas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 4, e Convênio para a proteção do meio marinho e a região costeira do Mediterrâneo (Convênio de Barcelona), entrada em vigor o 12 de fevereiro de 1978, artigo 4.

²³⁸ Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP. I51/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 2, e Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, princípio 21.

de proteção do meio ambiente, com o propósito de estabelecer e determinar as obrigações estatais derivados da interpretação sistemática de ditas normas junto das obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida e integridade pessoal consagrados na Convenção Americana. Tal análise tem o propósito de responder à segunda e à terceira pergunta de Colômbia sobre quais são as obrigações ambientais específicas que se derivam do respeito e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal sob a Convenção Americana. Conquanto o cumprimento destas obrigações também pode ser necessário para garantir outros direitos em casos de possíveis afetações causadas por danos ambientais, neste parágrafo nos mencionamos particularmente a estas obrigações em relação com a proteção dos direitos à vida e a integridade pessoal, por ser estes os direitos respeito dos quais Colômbia propôs sua consulta (parágrafo supracitado 37, 38 e 64 a 69).

126. A Corte adverte que, no direito internacional ambiental, existem uma multidão de obrigações específicas que, por exemplo, se referem ao tipo de danos, tais como as convenções, acordos e protocolos sobre derrame petroleiros, a manipulação de substâncias tóxicas, a mudança climática ou a emissão de gases tóxicos²³⁹; à atividade que se busca regular, tais como as convenções e acordos sobre transporte marítimo e fluvial²⁴⁰, ou ao aspecto ou elemento do meio ambiente que se busca proteger, tais como os tratados e convenções sobre direito marítimo, de diversidade biológica e de proteção de ecossistemas ou conservação de espécies determinadas²⁴¹. Assim mesmo, existem tratados que buscam garantir uma proteção reforçada em determinadas áreas geográficas²⁴², como o Convênio de Cartagena referido por

²³⁹ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 101. Veja-se também, Tribunal Arbitral, Caso da Fundação Trail (Estados Unidos Vs. Canadá). Decisão de 16 de abril de 1938 e 11 de março de 1941, pág. 1965, e CIJ, Caso do Canal de Corfu (Reino Unido Vs. Albânia). Sentença do 9 de abril de 1949, pág. 22.

²⁴⁰ O caráter consuetudinário do princípio de prevenção foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça. Cfr. CIJ, Legalidade da ameaça ou o uso de armas nucleares, Opinião consultiva, 8 de julho de 1996, parágrafo 29; CIJ, Caso do Projeto Gabčíkovo Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença de 25 de setembro de 1997, parágrafo 140; CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai), Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 101; e CIJ, Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica), Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. O mesmo assinalou o Tribunal Internacional do Direito do Mar (em adiante "TIDM") e o Corte Permanente de Arbitragem (em adiante "CPA"). Cfr. TIDM, Disputa relativa à delimitação da fronteira marítima entre Gana e Costa de Marfim no Oceano Atlântico (Gana Vs. Costa de Marfim). Caso número 23, Ordem de medidas provisórias de 25 de abril de 2015, parágrafo 71; CPA, Arbitragem respeito do Rin de Ferro (Bélgica Vs. Países Baixos). Laudo de 24 de maio de 2005, parágrafo 222; CPA, Arbitragem respeito da planta hidroelétrica do rio Kishanganga (Paquistão Vs. Índia). Laudo Parcial de 18 de fevereiro de 2013, parágrafos 448 a 450 e Laudo Final de 20 de dezembro de 2013, parágrafo 112, e CPA, Arbitragem sobre o mar da China Meridional (South Chinese Sea Arbitration) (Filipinas Vs. Chinesa). Laudo de 12 de julho de 2016, parágrafo 941.

²⁴¹ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 262.

²⁴² CONVEMAR, art. 192. Os seguintes Estados-membros da OEA ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Equador (24 de setembro de 2012), República Dominicana (10 de julho de 2009), Canadá (7 de novembro de 2003), Nicarágua (3 de maio de 2000), Suriname (9 de julho de 1998), Chile (25 de agosto 1997), Guatemala (11 de fevereiro de 1997), Haiti (31 de julho de 1996), Panamá (1 de julho de 1996), Argentina (1 de dezembro de 1995), Bolívia (28 de abril de 1995), Guiana (16 de novembro de 1993), Barbados (12 de outubro de 1993), Honduras (5 de outubro de 1993), San Vicente e as Granadinas (1 de outubro de 1993), Saint Kitts e Nevis (7 de janeiro de 1993), Uruguai (10 de dezembro de 1992), Costa

Colômbia em seu pedido, em virtude dos quais as obrigações estabelecidas nesta Opinião devem ser cumpridas de maneira mais estrita. No entanto, esta Opinião Consultiva não pretende expor de maneira exaustiva e detalhada todas as obrigações específicas que têm os Estados em virtude de tais normas. Em seguida se expõem as obrigações gerais dos Estados em matéria ambiental, em ara de respeitar e garantir os direitos humanos das pessoas baixo a Convenção Americana. Estas obrigações são gerais porque devem ser cumpridas pelos Estados seja qual seja a atividade, a área geográfica ou o componente do meio ambiente afetado. No entanto, nada do que se expõe nesta Opinião deve ser entendido em detrimento das obrigações mais específicas que assumisse os Estados em ar da proteção do meio ambiente.

B.1 Obrigação de prevenção

127. A obrigação de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana implica o dever dos Estados de prevenir as violações a ditos direitos (parágrafo supracitado 118). Como se mencionou previamente, este dever de prevenção abarca todas as medidas, de diferente caráter, que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e suscetíveis de acarretar multas e indenizações por suas consequências prejudiciais (parágrafo supracitado 118).

128. No âmbito do direito ambiental o princípio de prevenção implicou que os Estados têm a “responsabilidade de velar por que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou baixo seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional”²⁴³. Este princípio foi

Rica (21 de setembro de 1992), Dominica (24 de outubro de 1991), Granada (25 de abril de 1991), Antígua e Barbuda (2 de fevereiro de 1989), Brasil (22 de dezembro de 1988), Paraguai (26 de setembro de 1986), Trindade e Tobago (25 de abril de 1986), Santa Luzia (27 de março de 1985), Cuba (15 de agosto de 1984), Belize (13 de agosto de 1983), Bahamas (29 de julho 1983), Jamaica (21 de março de 1983) e México (18 de março 1983). Os seguintes Estados parte da OEA não ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar: Colômbia, El Salvador, Estados Unidos da América, Peru e Venezuela.

²⁴³ Designadamente estabelece que em seu artigo 194 que: “1. Os Estados tomarão, individual ou conjuntamente segundo proceda, todas as medidas compatíveis com esta Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio marinho procedente de qualquer fonte, utilizando a estes efeitos os meios mais viáveis de que disponham e na medida de suas possibilidades, e se esforçarão por harmonizar suas políticas ao respeito. 2. Os Estados tomarão todas as medidas necessárias para garantir que as atividades sob sua jurisdição ou controle se realizem de forma tal que não causem prejuízos por contaminação a outros Estados e seu meio ambiente, e que a contaminação causada por incidentes ou atividades sob sua jurisdição ou controle não se estenda para além das zonas onde exercem direitos de soberania de conformidade com esta Convenção. 3. As medidas que se tomem com arranjo a esta Parte se referirão a todas as fontes de contaminação do meio marinho. Estas medidas incluirão, entre outras, as destinadas a reduzir no maior grau possível: a) A evacuação de substâncias tóxicas, prejudiciais ou nocivas, especialmente as de caráter persistente, desde fontes terrestres, desde a atmosfera ou através dela, ou por despejo; b) A contaminação causada por navios, incluindo designadamente medidas para prevenir acidentes e fazer frente a casos de emergência, garantir a segurança das operações no mar, prevenir a evacuação intencional ou não e regulamentar o desenho, a construção, a equipe, a operação e a dotação dos navios; c) A contaminação procedente de instalações e dispositivos utilizados na exploração ou exploração dos recursos naturais dos fundos marinhos e seu subsolo, incluindo designadamente medidas para prevenir acidentes e fazer frente a casos de emergência, garantir a segurança das operações no mar e regulamentar o desenho, a construção, a equipe, o funcionamento e a dotação de tais instalações ou dispositivos; d) A

estabelecido expressamente nas Declarações de Estocolmo e de Rio sobre o meio ambiente e está vinculado à obrigação de devida diligência internacional de não causar ou permitir que se causem danos a outros Estados²⁴⁴ (parágrafo supracitado. 95 a 103).

129. O princípio de prevenção de danos ambientais faz parte do direito internacional consuetudinário²⁴⁵. Tal proteção não só abarca a terra, a água e a atmosfera, senão que inclui à flora e a fauna²⁴⁶. Especificamente em relação com os deveres dos Estados com respeito ao mar, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, estabelece que “[o]s Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio marinho”²⁴⁷, e impõe uma obrigação específica de prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio marinho²⁴⁸. No mesmo sentido, estabelece o Convênio de Cartagena referido por Colômbia em seu pedido²⁴⁹.

130. Tomando em conta que frequentemente não é possível restaurar a situação existente antes da ocorrência de um dano ambiental, a prevenção deve ser a política principal com respeito à proteção do meio ambiente²⁵⁰. Em seguida se analisará: 1) o âmbito de aplicação da obrigação de prevenção; 2) que tipo de dano deve ser prevenido, e 3) as medidas que devem adotar os Estados para cumprir com esta obrigação.

B.1.a Âmbito de aplicação da obrigação de prevenção

131. No direito ambiental, o princípio de prevenção é aplicável respeito de atividades que se levem a cabo no território ou baixo a jurisdição de um Estado que causem danos ao meio ambiente de outro Estado²⁵¹, ou respeito de danos que possam

contaminação procedente de outras instalações e dispositivos que funcionem no meio marinho, incluindo designadamente medidas para prevenir acidentes e fazer frente a casos de emergência, garantir a segurança das operações no mar e regulamentar o desenho, a construção, a equipe, o funcionamento e a dotação de tais instalações ou dispositivos. 4. Ao tomar medidas para prevenir, reduzir ou controlar a contaminação do meio marinho, os Estados se absterão de toda interferência injustificável nas atividades realizadas por outros Estados em exercício de seus direitos e em cumprimento de suas obrigações de conformidade com esta Convenção. 5. Entre as medidas que se tomem de conformidade com esta Parte figurarão as necessárias para proteger e preservar os ecossistemas raros ou vulneráveis, bem como o habitat das espécies e outras formas de vida marinha dizimadas, ameaçadas ou em perigo”. CONVEMAR, art. 194.

²⁴⁴ Cfr. Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região do Grande Caribe (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, arts. 4 ao 9.

²⁴⁵ Cfr. CIJ, Caso do Projeto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença de 25 de setembro de 1997, parágrafo 140, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), comentários gerais, parágrafos 1 a 5.

²⁴⁶ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulosa sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 101.

²⁴⁷ Cfr. CIJ, Legalidade da ameaça ou o uso de armas nucleares. Opinião consultiva de 8 de julho de 1996, parágrafo 29.

²⁴⁸ Cfr. CONVEMAR, arts. 116 a 118 e 192.

²⁴⁹ Cfr. CONVEMAR, art. 192.

²⁵⁰ Cfr. CPA, Arbitragem sobre o mar da China Meridional (South Chinese Sea Arbitration) (Filipinas Vs. China), Laudo de 12 de julho de 2016, parágrafo 940.

²⁵¹ Cfr. Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 7. A versão em espanhol da Convenção utiliza o termo de “daños sensibles”, a versão em inglês utiliza “significant harm”. De acordo ao artigo 37 da Convenção, ambos textos são autênticos.

ocorrer em zonas não sejam parte do território de nenhum Estado designadamente²⁵², como por exemplo, alta mar²⁵³.

132. Em relação com as águas marítimas, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar estabelece uma obrigação geral de “proteger e preservar o meio marinho”, sem limitar seu âmbito de aplicação²⁵⁴. Ao respeito, a Corte Permanente de Arbitragem, assinalou que dita disposição deve ser interpretado como um dever de proteger e preservar o meio marinho que aplica tanto dentro das jurisdições nacionais como fora delas²⁵⁵.

133. A Convenção Americana obriga aos Estados a tomar ações para prevenir eventuais violações de direitos humanos (parágrafo supracitado 118). Neste sentido, conquanto o princípio de prevenção em matéria ambiental se consagrou no marco das relações interestatais, as obrigações que impõe são similares ao dever geral de prevenir violações de direitos humanos. Portanto, a Corte reitera que a obrigação de prevenção aplica para danos que possam ocorrer dentro ou fora do território do Estado de origem (parágrafo supracitado 103).

B.1.b Tipo de dano que deve ser prevenido

134. A formulação da obrigação de prevenção estabelecida nas declarações de Estocolmo e de Rio não qualificam o tipo de dano ao meio ambiente que é necessário prevenir. No entanto, muitos dos tratados que incluem uma obrigação de prevenir danos ambientais, se condicionam esta obrigação a certa gravidade no dano que possa ser causado. Assim, por exemplo, a Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação²⁵⁶, o Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio²⁵⁷, a Convenção Marco nas Nações Unidas

²⁵² Este convênio se refere à obrigação de prevenir “efeitos adversos”. Ao respeito assinala que por efeitos adversos “se entende as mudanças no meio físico ou as biotas, incluídos as mudanças no clima, que têm efeitos deletérios significativos para a saúde humana ou para a composição, resistência e produtividade dos ecossistemas tanto naturais como objeto de ordenação ou para os materiais úteis ao ser humano”. Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, entrada em vigor o 22 de setembro de 1988, arts. 1.2 e 2.

²⁵³ A Convenção estabelece a obrigação de prevenir, evitar ou reduzir ao mínimo as causas da mudança climática e mitigar seus “efeitos adversos”. Para isso, define “efeitos adversos” como “as mudanças no meio ambiente físico ou na biota decorrentes da mudança climática que têm efeitos nocivos significativos na composição, a capacidade de recuperação ou a produtividade dos ecossistemas naturais ou sujeitos a ordenação, ou no funcionamento dos sistemas socioeconômicos, ou na saúde e o bem-estar humanos”. Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor em 21 de março de 1994, arts. 1 e 3. (destaques da Corte).

²⁵⁴ Cfr. Protocolo ao Tratado Antártico sobre Proteção do Meio Ambiente (Protocolo de Madri), entrada em vigor em 14 de janeiro 1998, art. 3.2.b.

²⁵⁵ Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 14.1.a.

²⁵⁶ Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, art. 2.1. A versão em inglês de dito convênio, cujo texto é autêntico, se refere a “significant adverse transboundary environmental impact”, enquanto a versão em francês indica “impact transfrontière préjudiciable important”. (destaques da Corte). As versões em inglês, francês e russo constituem textos igualmente autênticos do mesmo. Cfr. Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, art. 20.

²⁵⁷ Convênio sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, arts. 1.2 e 2.1. A versão

sobre a Mudança Climática²⁵⁸ e o Protocolo ao Tratado Antártico sobre Proteção do Meio Ambiente²⁵⁹ estabelecem a obrigação de prevenir danos significativos. De forma similar, o Convênio sobre a Diversidade Biológica assinala um dever de prevenir “efeitos adversos importantes para a diversidade biológica”²⁶⁰. Na região europeia, o Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço, estabelece como regular de prevenção o impacto ambiental “de caráter prejudicial e magnitude apreciável”²⁶¹ e o Convênio sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais estabelece a obrigação de prever qualquer “efeito adverso importante”²⁶².

135. A Corte Internacional de Justiça apontou que a obrigação de prevenção surge quando há risco de um dano significativo²⁶³. De acordo a tal tribunal, o caráter significativo de um risco pode ser determinado tomando em conta a natureza e magnitude do projeto e o contexto onde será levado a cabo²⁶⁴.

136. Do mesmo modo, os Artigos sobre a Prevenção do Dano Transfronteiriço decorrente de Atividades Perigosas da Comissão de Direito Internacional só abarcam àquelas atividades que possam implicar um dano significativo²⁶⁵. A respeito, apontou que o termo “significativo” é ambíguo pelo que é necessário realizar uma determinação em cada caso específico. Deve ser entendido que “significativo” é algo mais que “detectável”, mas não é necessário que seja “grave” ou “substancial”. O dano deve conduzir a um efeito prejudicial real em assuntos tais como saúde humana, indústria,

em inglês de dito convênio, cujo texto é autêntico, define dano transfronteiriço como “any significant adverse effect”, enquanto a versão em francês indica “effet préjudiciable important”. (destaques da Corte). As versões em inglês, francês e russo constituem textos igualmente autênticos do mesmo. Cfr. Convênio sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, art. 28.

²⁵⁸ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 101, e CIJ, certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteiriça (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafo 153. Veja-se também, CPA, Arbitragem respeito da planta hidroelétrica do rio Kishanganga (Paquistão Vs. Índia). Laudo Parcial de 18 de fevereiro de 2013, parágrafo 451 e Laudo Final de 20 de dezembro de 2013, parágrafo 112.

²⁵⁹ Cfr. CIJ, Certas Atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteiriça (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica), Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafo 155.

²⁶⁰ Cfr. Artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, preparados pela Comissão de Direito Internacional e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 1.

²⁶¹ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao Projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part II (A/56/10), art. 2, parágrafo 4.

²⁶² Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao Projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part II (A/56/10), art. 3, parágrafo 5.

²⁶³ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 126

²⁶⁴ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C No. 185, parágrafo 42, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 214.

²⁶⁵ Cfr. TEDH, Caso Fadeyeva Vs. Rússia, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005, parágrafo 68, e TEDH, Caso Dubetska e outros Vs. Ucrânia, No. 30499/03. Sentença de 10 de fevereiro de 2011, parágrafo 105.

propriedade, meio ambiente ou agricultura em outros Estados. Tais efeitos prejudiciais devem ser suscetíveis de ser medidos por standards de fatos e objetivos²⁶⁶. Por outra parte, a Comissão de Direito Internacional assinalou que o Estado de origem não é responsável por prevenir riscos que não sejam previsíveis. Não obstante, advertiu que, de forma paralela, os Estados têm a obrigação de continuamente identificar as atividades que impliquem este tipo de risco significativo²⁶⁷.

137. Portanto, desde o ponto de vista das normas ambientais internacionais, existe consentimento em que a obrigação de prevenção requer um determinado nível nos efeitos do dano.

138. Ao mesmo tempo, no âmbito dos direitos humanos, a Corte Interamericana assinalou que a Convenção Americana não pode ser interpretada de maneira que impeça ao Estado emitir qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais²⁶⁸. Neste sentido, indicou que o nível aceitável de impacto, demonstrado através dos estudos de impacto ambiental, que permitiria ao Estado outorgar uma concessão em um território indígena pode diferir na cada caso, sem que seja admissível em nenhum caso negar a capacidade dos membros dos povos indígenas e tribais a sua própria sobrevivência²⁶⁹.

139. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao analisar casos de alegadas interferências à vida privada causada por contaminação, indicou que não existe uma violação do Convênio Europeu a cada vez que se produz uma degradação ao meio ambiente, na medida em que o Convênio Europeu não inclui um direito a um meio ambiente saudável²⁷⁰ (parágrafo supracitado 65). Portanto, os efeitos adversos da contaminação devem chegar a um nível mínimo para ser considerados como uma violação dos direitos do Convênio Europeu²⁷¹. A determinação de tal nível mínimo é relativa e depende das circunstâncias do caso, tais como a intensidade e a duração da perturbação e seus efeitos físicos e mentais. Além disso, o contexto geral do meio ambiente deve ser tomado em conta. Isto é, se uma afetação é similar à causada pelos

²⁶⁶ Cfr. TEDH, Caso Fadeyeva Vs. Rússia, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005, parágrafo 69; TEDH, Caso Leon e Agnieszka Kania Vs. Polônia, No. 12605/03. Sentença de 21 de Julho de 2009, parágrafo 100, e, *mutatis mutandi*, TEDH, Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido, No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003, parágrafo 118.

²⁶⁷ Cfr. TEDH, Caso Fadeyeva Vs. Rússia, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005, parágrafo 69, e TEDH, Caso Dubetska e outros Vs. Ucrânia, No. 30499/03. Sentença de 10 de fevereiro de 2011, parágrafo 105.

²⁶⁸ Veja-se, entre outros, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149, parágrafos 89 e 90; Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 178 e 183, e Caso IV. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado. 154 e 208.

²⁶⁹ Cfr. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria. Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafos 53.

²⁷⁰ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 101.

²⁷¹ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 117, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao Projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas G.A. Rés. 56/82, Doc. ONU NRES/56/82, art. 3, parágrafo 11.

riscos de contaminação de viver em uma cidade, a afetação é insignificante²⁷². Para isso, o Tribunal Europeu analisa o impacto do dano ambiental na pessoa, não o risco existente para o meio ambiente ou o nível de degradação ambiental.

140. Em virtude de todo o anterior, a Corte conclui que os Estados devem tomar medidas para prevenir o dano significativo ao meio ambiente, dentro ou fora de seu território. Para esta Corte, qualquer dano ao meio ambiente que possa implicar uma violação dos direitos à vida ou à integridade pessoal, conforme ao conteúdo e alcance de ditos direitos que foi definido previamente (parágrafo supracitado 108 a 114), deve ser considerado como um dano significativo. A existência de um dano significativo nestes termos é algo que deverá ser determinado em cada caso concreto, com atenção às circunstâncias particulares do mesmo.

B.1.c Medidas que devem adotar os Estados para cumprir com a obrigação de prevenção

141. Esta Corte assinalou que existem certas atividades que entram riscos significativos para a saúde das pessoas e, portanto, os Estados estão na obrigação de regular de maneira específica e que dita regulação inclua mecanismos de superintendência e fiscalização²⁷³. No mesmo sentido se pronunciou a Comissão Africana em relação com ameaças ao meio ambiente.²⁷⁴

142. Do mesmo modo, em virtude do dever de prevenção em direito ambiental, os Estados estão obrigados a usar todos os meios a seu alcance com o fim de evitar que as atividades que se levem a cabo baixo sua jurisdição, causem danos significativos ao meio ambiente²⁷⁵ (parágrafo supracitado 127 a 140). Esta obrigação deve ser cumprida sob um standard de devida diligência, o qual deve ser o apropriado e proporcional ao grau de risco de dano ambiental²⁷⁶. Desta forma, as medidas que um Estado deva adotar para a conservação de ecossistemas frágeis serão maiores e diferentes às que corresponda adotar em frente ao risco de dano ambiental de outros componentes

²⁷² Os ecossistemas frágeis são sistemas importantes, com características e recursos singulares, que geralmente ultrapassam os limites nacionais. Compreendem os desertos, as terras semiáridas, as montanhas, as marismas, as ilhas pequenas e certas zonas costeiras. Cfr. Capítulos 12 e 13 da Agenda 21, relativos à ordenação dos ecossistemas frágeis mediante a luta contra a desertificação e a seca e o desenvolvimento sustentável das zonas de montanha. Agenda 21 adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafo 12.1.

²⁷³ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 117.

²⁷⁴ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 158.

²⁷⁵ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 110, e TIDM, Pedido de Opinião Consultiva enviada pela Comissão Sub-regional de Pesca (CSR). Opinião Consultiva de 2 de abril de 2015, parágrafo. 129.

²⁷⁶ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fundo, parágrafo supracitado 175, e Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C No. 98, parágrafo 126.

do meio ambiente²⁷⁷. Assim mesmo, as medidas para cumprir com este standard podem variar com o tempo, por exemplo, em base a descobertas científicas ou novas tecnologias²⁷⁸. Não obstante, a existência desta obrigação não depende do nível de desenvolvimento, isto é, a obrigação de prevenção aplica por igual a Estados desenvolvidos como àqueles em via de desenvolvimento²⁷⁹.

143. Este Tribunal ressaltou que a obrigação geral de prevenir violações a direitos humanos é uma obrigação de meio ou comportamento, não de resultado, pelo qual seu não cumprimento não se demonstra pelo mero fato de que um direito seja violado (parágrafo supracitado 118 a 121). No mesmo sentido, a obrigação de prevenção prevista pelo direito ambiental é uma obrigação de meios, não de resultado²⁸⁰.

144. Não é possível fazer uma enumeração detalhada de todas as medidas que poderia ser adotado a efeitos de cumprir com sua obrigação de prevenção, pois variarão segundo o direito de que se trate e segundo as condições próprias de cada Estado Parte²⁸¹. Não obstante, podem ser precisado certas obrigações mínimas que os Estados devem adotar dentro de sua obrigação geral de tomar as medidas apropriadas para prevenir violações dos direitos humanos como consequência de danos ambientais.

145. Entre estas obrigações específicas dos Estados encontram-se os deveres de: i) regular; ii) supervisionar e fiscalizar; iii) requerer e aprovar estudos de impacto ambiental; iv) estabelecer um plano de contingência, e v) mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental.

i) Dever de regulação

146. A Convenção Americana, em seu artigo 2, obriga aos Estados Parte a adotar, com arranjo a seus procedimentos constitucionais e às disposições de dito tratado, as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção²⁸². Neste sentido, a obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais não se limita ao texto

²⁷⁷ Cfr. Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador, parágrafo supracitado 118, e Caso Valencia Hinojosa e outra Vs. Equador. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 29 de novembro de 2016. Série C No. 327, parágrafo 118.

²⁷⁸ Cfr. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C No. 218, parágrafo 286, e Opinião Consultiva OC-21/14, parágrafo supracitado 65.

²⁷⁹ Ao respeito, o princípio 11 da Declaração de Rio sobre o meio Ambiente estabelece que: “[o]s Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente. As normas, os objetivos de ordenação e as prioridades ambientais deveriam refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento ao que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países podem resultar inadequadas e representar um custo social e econômico injustificado para outros países, designadamente os países em desenvolvimento”. Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 11. Veja-se também, Declaração de Estocolmo sobre o meio Ambiente Humano, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, alíneas 5 e 7 do preâmbulo e princípio 23.

²⁸⁰ Cfr. CONVEMAR, art. 207.

²⁸¹ Cfr. CONVEMAR, art. 208.

²⁸² Cfr. CONVEMAR, art. 210.

constitucional ou legislativo, senão que deve irradiar a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e se traduzir na efetiva aplicação prática.²⁸³

147. Dada a relação entre a proteção do meio ambiente e os direitos humanos (parágrafo supracitado 47 a 55), os Estados devem regular esta matéria e adotar outras medidas similares para prevenir danos significativos ao meio ambiente. Esta obrigação foi expressamente incluída em instrumentos internacionais relativos à proteção do meio ambiente, sem que se distinga entre danos causados dentro ou fora do território do Estado de origem²⁸⁴. A Convenção sobre o Direito do Mar estabelece a obrigação de ditar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio marinho procedente de fontes terrestres²⁸⁵, de atividades relativas aos fundos marinhos sujeitos à jurisdição nacional²⁸⁶, de despejos²⁸⁷ e desde a atmosfera²⁸⁸, entre outros²⁸⁹. No mesmo sentido, o Convênio de Cartagena, ao que se referiu Colômbia em seu pedido, estabelece que os Estados “comprometem-se a elaborar diretrizes técnicas e de outra índole que sirvam de ajuda no planejamento de seus projetos de desenvolvimento importantes, de maneira que se previna ou minimize seu impacto nocivo na zona de aplicação do Convênio”²⁹⁰. Outros tratados similares também contêm disposições neste sentido²⁹¹.

²⁸³ Cfr. CONVEMAR, art. 212.

²⁸⁴ Cfr. CONVEMAR, art. 209 (contaminação decorrente de atividades nos fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo fora dos limites da jurisdição nacional), e art. 211 (contaminação causada por navios).

²⁸⁵ Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 12.1.

²⁸⁶ Ver, entre outros, Convênio para a Proteção, a Ordenação e o Desenvolvimento do meio Marinho e Costeiro da Região da África Oriental (Convênio de Nairóbi), entrada em vigor o 30 de maio de 1996, art. 14.1; Convênio sobre a Cooperação para a Proteção e o Desenvolvimento do meio Marinho e as zonas costeiras da Região da África Ocidental e Central (Convênio de Abidjan), entrada em vigor o 5 de agosto de 1984, art. 4; Convênio Marco para a Proteção do meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Teerã), entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, arts. 15, 18 e 19.4; Acordo sobre a Conservação dos Cetáceos no Mar Negro, o Mar Mediterrâneo e a Zona Atlântica contígua (ACCOBAMS), entrada em vigor o 1 de junho de 2001, art. II.3; Convenção sobre a Proteção do meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, arts. 3.1, 6.2 e 16.1.a, e Convenção para a Proteção do meio Ambiente Marinho e a Zona Costeira do Atlântico Nordeste (OSPAR), entrada em vigor o 25 de março de 1998, art. 22(a).

²⁸⁷ Cfr. TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafo 89.

²⁸⁸ Cfr. TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafo 90, e TEDH, Caso Budayeva e outros Vs. Rússia, Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008, parágrafo 132.

²⁸⁹ Cfr. TEDH, Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, parágrafo 90, e TEDH, Caso Budayeva e outros Vs. Rússia, Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008, parágrafo 132.

²⁹⁰ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma focagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 18. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>. Veja-se também, PNUMA, Resolução 14/25 de 17 de junho de 1987, mediante a qual adota os Objetivos e Princípios das Avaliações de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Annex, princípio 2. Respeito destes princípios a Corte Internacional de Justiça assinalou que conquanto não são relacionadas, devem ser tomadas em conta pelos Estados como diretrizes emitidas por um órgão internacional. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 205.

²⁹¹ Comitê DESC, Observação Geral No. 14: O direito ao desfrute do mais alto de nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Doc. ONU E/C.12/2000/4,

148. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que os Estados devem regular as atividades perigosas, tomando em conta o nível de risco potencial que estas implicam a vida humana²⁹². Neste sentido, devem regular as concessões, o estabelecimento, a forma em que operam, a segurança e a superintendência da atividade, bem como fazer obrigatório para todos os interessados a adoção de medidas práticas para garantir a proteção efetiva das pessoas em perigo de ser afetadas pelos riscos inerentes da atividade²⁹³. Assim mesmo, o regulamento pertinente deve prever procedimentos adequados, tendo em conta os aspectos técnicos da atividade em questão, para identificar as deficiências nos processos em questão e qualquer erro cometido pelos responsáveis a diferentes níveis²⁹⁴.

149. Portanto, esta Corte considera que os Estados, tomando em conta o nível de risco existente, devem regular as atividades que possam causar um dano significativo ao meio ambiente, de maneira que diminua qualquer ameaça aos direitos à vida e à integridade pessoal.

150. Especificamente com respeito aos estudos de impacto ambiental, sobre os quais se expõe com mais detalhe infra (parágrafos 156 a 170), esta regulação deveria ser clara ao menos sobre: i) quais atividades propostas e impactos devem ser examinados (áreas e aspectos cobertos); ii) como deve ser o procedimento para realizar um estudo de impacto ambiental (requisitos e procedimentos); iii) que responsabilidades e deveres têm as pessoas que propõem o projeto, as autoridades competentes e os entes ou órgãos que tomam as decisões (responsabilidades e deveres); iv) como se utilizará o processo do estudo de impacto ambiental para aprovar as atividades propostas (relação com a tomada de decisões), e v) que passos e medidas devem ser adotado em caso que não se siga o procedimento estabelecido para realizar o estudo de impacto ambiental ou para implementar os termos e condições da aprovação (cumprimento e implementação)²⁹⁵.

151. Por outra parte, com respeito às empresas registradas em um Estado, mas que desenvolvem atividades fora de seu território, este Tribunal adverte que existe uma tendência para a regulação de ditas atividades por parte do Estado onde se encontram registradas. Neste sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assinalou que “os Estados Parte têm que [...] impedir que terceiros suscitem [os direitos econômicos, sociais e culturais] em outros países sempre que possam exercer influência sobre esses terceiros por meios legais ou políticos, de conformidade com a

11 de agosto de 2000, parágrafo 39. Veja-se também, em similar sentido, Comitê DESC, Observação Geral No. 15: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de janeiro de 2003, parágrafo 33.

²⁹² Cfr. Comitê para a Eliminação da Discriminação, Observações finais do Comitê com respeito a Estados Unidos da América, CERD/C/USA/CO/6, 8 de maio de 2008, parágrafo 30.

²⁹³ Ver, entre outros, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, parágrafo supracitado 89 e 90; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 167; Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 154 e 208.

²⁹⁴ Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 221 e 222.

²⁹⁵ Cfr. C.J., Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 197. Veja-se também, no mesmo sentido, CONVEMAR, arts. 204 e 213.

Carta das Nações Unidas e o direito internacional aplicável²⁹⁶. Assim mesmo, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial recomendou adotar medidas legislativas e administrativas para prevenir que as atividades de companhias transnacionais registradas no Estado impactem negativamente os direitos humanos de pessoas localizadas fora de seu território²⁹⁷. A Corte toma nota de tais desenvolvimentos, os quais considera uma tendência positiva que permitiria aos Estados garantir os direitos humanos das pessoas fora de seu território.

ii) Obrigação de supervisionar e fiscalizar

152. A Corte apontou que em certas ocasiões os Estados têm a obrigação de estabelecer mecanismos adequados para supervisionar e fiscalizar certas atividades, a efeito de garantir os direitos humanos, protegendo das ações de entidades públicas, bem como de pessoas privadas²⁹⁸. Assim mesmo, de maneira específica em relação com o meio ambiente, no caso dos Povos Kaliña e Lokono a Corte assinalou que o dever de proteger as áreas de reserva natural e os territórios de comunidades indígenas implica um dever de superintendência e fiscalização²⁹⁹.

153. Por outra parte, no enquadramento de relações interestatais, a Corte Internacional de Justiça assinalou que, como parte da obrigação de prevenção, os Estados devem vigiar o cumprimento e a implementação de sua legislação ou outras normas relativas à proteção do meio ambiente, bem como exercer alguma forma de controle administrativo sobre operadores públicos e privados como, por exemplo, através de monitorar das atividades destes operadores³⁰⁰. Assim mesmo, indicou que

²⁹⁶ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafos 205, e CIJ, Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafo 161.

²⁹⁷ Cfr. ONU, Princípios Reitores sobre as empresas e os direitos humanos: posta em prática do enquadramento das Nações Unidas para “proteger, respeitar e remediar”. Relatório do Representante Especial do Secretário-Geral para a questão dos direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, John Ruggie, Doc. ONU A/HRC/17/31, 21 de março de 2011, princípio 5. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas fez seus estes princípios e estabeleceu um grupo de trabalho para, entre outras coisas, promover sua divulgação e aplicação efetiva. Cfr. Conselho de Direitos Humanos, Resolução 17/4, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4, 6 de julho de 2011. Em similar sentido, a Assembleia Geral da OEA resolveu promover a aplicação destes princípios entre seus Estados-membros. Cfr. Assembleia Geral da OEA, Resolução AG/RES. 2840 (XLIV-Ou/14), titulada “Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Âmbito Empresarial”, aprovada na segunda sessão plenária celebrada o 4 de junho de 2014.

²⁹⁸ Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 224, citando, ONU, Princípios Reitores sobre as empresas e os direitos humanos: posta em prática do enquadramento das Nações Unidas para “proteger, respeitar e remediar”. Relatório del Representante Especial do Secretário-Geral para a questão dos direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, John Ruggie, Doc. ONU A/HRC/17/31, 21 de março de 2011, princípio 1.

²⁹⁹ Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 224, citando, ONU, Princípios Reitores sobre as empresas e os direitos humanos: posta em prática do enquadramento das Nações Unidas para “proteger, respeitar e remediar”. Relatório do Representante Especial do Secretário-Geral para a questão dos direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, John Ruggie, Doc. ONU A/HRC/17/31, 21 de março de 2011, princípios 11 a 15, 17, 18, 22 e 25.

³⁰⁰ Veja-se, entre outros, Caso Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 129; Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 31 a 39; Caso Povo Indígena

o controle que deve levar a cabo um Estado não termina com a realização do estudo de impacto ambiental, senão que os Estados devem monitorar, de maneira contínua, os efeitos de um projeto ou atividade no meio ambiente³⁰¹.

154. Neste sentido, a Corte Interamericana considera que os Estados têm um dever de supervisionar e fiscalizar atividades, baixo sua jurisdição, que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente. Portanto, os Estados devem desenvolver e pôr em prática mecanismos adequados e independentes de superintendência e prestação de contas³⁰². Estes mecanismos não só devem incluir medidas preventivas, senão também aquelas apropriadas para pesquisar, sancionar e consertar possíveis abusos, mediante políticas adequadas, atividades de regulamentação e submetimento à justiça³⁰³. O nível intensidade necessário na superintendência e fiscalização dependerá do nível de risco que entranhe a atividade ou conduta.

155. Sem prejuízo da obrigação dos Estados de supervisionar e fiscalizar as atividades que pudessem causar danos significativos ao meio ambiente, a Corte toma nota que, conforme aos “Princípios Orientadores sobre as empresas e os direitos humanos”, as empresas devem atuar em conformidade com o respeito e a proteção dos direitos humanos, bem como prevenir, mitigar e fazer-se responsáveis pelas consequências negativas de suas atividades sobre os direitos humanos³⁰⁴.

iii) Obrigação de requerer e aprovar estudos de impacto ambiental

156. A Corte Interamericana até o momento só se pronunciou com respeito à obrigação de levar a cabo estudos de impacto ambiental respeito a atividades desenvolvidas em território de comunidades indígenas. Neste sentido, estabeleceu que a realização de estudos de impacto ambiental constitui uma das salvaguardas

Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 205; Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, *supra*. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C No. 305, parágrafo 156, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 214 e 215.

³⁰¹ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Surinam. Interpretação da Sentença de exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 40, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 214.

³⁰² Declaração do Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP. I51/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 17. No mesmo sentido, se veja, entre outros CONVEMAR, art. 204; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 14; Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, art. 4.1.f; Convênio para a Proteção e o Desenvolvimento do meio Marinho na Região das Grandes Caraíbas (Convênio de Cartagena), entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 12.2; Convênio para a Proteção, a Ordenação e o Desenvolvimento do meio Marinho e Costeiro da Região da África Oriental (Convênio de Nairobi), entrada em vigor o 30 de maio de 1996, art. 14.2; Protocolo ao Tratado *Antártico sobre Proteção do meio Ambiente (Protocolo de Madri), entrada em vigor o 14 de janeiro 1998, art. 8; Convênio sobre a Cooperação para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho e as zonas costeiras da Região da África Ocidental e Central (Convênio de Abidjan), entrada em vigor o 5 de agosto de 1984, art. 13.2; Convenção sobre a Proteção do meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, art. 7, e Convênio Marco para a Proteção do meio Marinho do Mar Caspio (Convênio de Teerã), entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, art. 17.

³⁰³ Cfr. Environmental Protection and Management Act de Antiga e Barbuda de 24 de setembro de 2015, parte VI, seção 38.

³⁰⁴ Cfr. Lei Geral do Ambiente de Argentina, Lei No. 25.675 de 27 de novembro de 2002, art. 11.

para garantir que as restrições impostas às comunidades indígenas ou tribais, respeito do direito à propriedade sobre suas terras pela emissão de concessões dentro de seu território, não impliquem uma denegação de sua subsistência como povo³⁰⁵. O objetivo dos mesmos não é unicamente ter alguma medida objetiva do possível impacto sobre a terra e as pessoas, senão também assegurar que os membros do povo tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluídos os riscos ambientais e insalubridade, para que possam avaliar se aceitam o plano de desenvolvimento ou investimento proposto, com conhecimento e de forma voluntária³⁰⁶.

157. Não obstante, esta Corte adverte que a obrigação de levar a cabo um estudo de impacto ambiental existe também em relação com qualquer atividade que possa causar um dano ambiental significativo. Ao respeito, a Declaração de Rio estabelece que “[d]everá se empreender uma avaliação do impacto ambiental, em qualidade de instrumento nacional, respeito de qualquer atividade proposta que provavelmente tenha de produzir um impacto negativo considerável no meio ambiente e que esteja sujeita à decisão de uma autoridade nacional competente”³⁰⁷. Esta obrigação foi além disso reconhecida pela legislação de numerosos Estados-membros da OEA, incluindo, Antiga e Barbuda³⁰⁸, Argentina³⁰⁹, Belize³¹⁰, Bolívia³¹¹, Brasil³¹², Canadá³¹³, Chile³¹⁴, Colômbia³¹⁵, Costa Rica³¹⁶, Cuba³¹⁷, Equador³¹⁸, Estados Unidos³¹⁹, El Salvador³²⁰,

³⁰⁵ Cfr. Environmental Protection Act de Belize, Chapter 328, 31 de dezembro de 2000, parte V, seção 20.1.

³⁰⁶ Cfr. Constituição Política do Estado de Bolívia, art. 345.2, e Lei do Meio Ambiente de Bolívia, Lei No. 1333 de 27 de abril de 1992, art. 25.

³⁰⁷ Cfr. Constituição Federal do Brasil, art. 225 (IV).

³⁰⁸ Cfr. Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1999, c. 33, de 24 de setembro de 1999, com emendas posteriores, art. 13.

³⁰⁹ Cfr. Lei sobre Bases Gerais do Meio Ambiente de Chile No. 19.300 de 1 de março de 1994, art. 10.

³¹⁰ Cfr. Lei No. 1753 de Colômbia, titulada Plano Nacional de Desenvolvimento 2014-2018 “Todos por um novo país”, de 9 de junho de 2015, art. 178., e Lei No. 99 de Colômbia, pela qual, entre outras coisas, se cria o Ministério do meio Ambiente, de 22 de dezembro de 1993, art. 57.

³¹¹ Cfr. Lei Orgânica do Ambiente de Costa Rica, Lei No. 7554 de 28 de setembro de 1995, art. 17.

³¹² Cfr. Lei do Meio Ambiente de Cuba, Lei No. 81 de 11 de julho de 1997, art. 28.

³¹³ Cfr. Código Orgânico do Ambiente do Equador de 12 de abril de 2017, art. 179.

³¹⁴ Cfr. National Environmental Policy Act (NEPA) de 1969 dos Estados Unidos da América, Sec. 102 [42 USC § 4332].

³¹⁵ Cfr. Lei do Meio Ambiente de El Salvador, de 4 de maio de 1998 com reformas até 2012, art. 19.

³¹⁶ Cfr. Lei de Proteção e Melhoramento do Ambiente de Guatemala, Decreto No. 68-86 de 28 de novembro de 1986, art. 8.

³¹⁷ Cfr. Environmental Protection Act de Guiana de 5 de junho de 1996, parte IV, seção 11 a 15.

³¹⁸ Cfr. Lei Geral do Ambiente de Honduras, Decreto No. 104-93 de 8 de junho de 1993, arts. 5 e 78.

³¹⁹ Cfr. The Natural Resources Conservation Authority Act de Jamaica de 5 de julho de 1991, seção 10.

³²⁰ Cfr. Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e a Proteção ao Ambiente dos Estados Unidos Mexicanos de 28 de janeiro de 1988, art. 28.

Guatemala³²¹, Guiana³²², Honduras³²³, Jamaica³²⁴, México³²⁵, Panamá³²⁶, Paraguai³²⁷, Peru³²⁸, República Dominicana³²⁹, Trindade e Tobago³³⁰, Uruguai³³¹ e Venezuela³³².

158. Em sentido similar, a Corte Internacional de Justiça indicou que o dever de devida diligência implica levar a cabo um estudo de impacto ambiental quando existe um risco de que uma atividade proposta possa ter um impacto adverso significativo em um contexto transfronteiriço e, particularmente, quando envolve recursos partilhados³³³. Esta obrigação reside no Estado que planeja levar a cabo tal atividade ou sob cuja jurisdição se vai levar a cabo a atividade³³⁴. Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça explicou que os Estados devem, antes de iniciar alguma atividade que tenha o potencial de afetar o meio ambiente, determinar se há um risco de dano transfronteiriço significativo e, de ser o caso, realizar um estudo de impacto ambiental³³⁵.

³²¹ Cfr. Lei Geral de Ambiente da República do Panamá, Lei No. 41 de 1 de julho de 1998, art. 21, e Decreto Executivo No. 59 de 16 de março de 2000, pelo qual se aprova o Regulamento do Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, art. 3.

³²² Cfr. Lei sobre a Avaliação de Impacto Ambiental de Paraguai, Lei No. 294/93 de 31 de dezembro de 1993, art. 1.

³²³ Cfr. Lei do Sistema Nacional de Avaliação do Impacto Ambiental do Peru, Lei No. 27.446 de 20 de abril de 2001 e suas modificações segundo decreto legislativo nº. 1078, arts. 2 e 3.

³²⁴ Cfr. Lei Geral sobre Meio Ambiente e Recursos Naturais de República Dominicana, Lei No. 64-00 de 18 de agosto de 2000, art. 38.

³²⁵ Cfr. Environmental Management Act de Trindade e Tobago de 13 de março de 2000, parte V, seções 35 a 40.

³²⁶ Cfr. Lei de Meio Ambiente do Uruguai, Lei No. 16.466 de 19 de janeiro de 1994, arts. 6 e 7, e Decreto No 349/2005 de 21 de setembro de 2005, mediante o qual se aprova o Regulamento de Avaliação de Impacto Ambiental e Autorizações Ambientais, art. 25.

³²⁷ Cfr. Constituição da República Bolivariana de Venezuela, art. 129.

³²⁸ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 204, e CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua) e Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. No mesmo sentido, TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 145.

³²⁹ Cfr. CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua) e Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 153.

³³⁰ Cfr. CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua) e Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104.

³³¹ Cfr. TEDH, Caso Hutton e outros Vs. Reino Unido [GS], No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003, parágrafo 128, e TEDH, Caso Taskin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, parágrafo 119.

³³² Veja-se, por exemplo, TEDH, Caso Giacomelli Vs. Itália, No. 59909/00. Sentença de 2 de novembro de 2006, parágrafos 86 a 96.

³³³ Ao respeito, veja-se, como exemplo, a obrigação de realizar estudos de impacto ambiental respeito de atividades em territórios de comunidades ou povos indígenas, que não depende da existência de um risco de dano significativo (parágrafo supracitado 156).

³³⁴ O Protocolo ao Tratado Antártico sobre Proteção do Meio Ambiente estabelece a obrigação de preparar uma "Avaliação Ambiental Inicial", para determinar se a atividade proposta pode ter um impacto mais que mínimo ou transitório, em cujo caso deve ser preparado então uma "Avaliação Ambiental Global". Cfr. Anexo 1 ao Protocolo ao Tratado Antártico sobre Proteção do Meio Ambiente (Protocolo de Madri), entrada em vigor o 14 de janeiro 1998, arts. 2 e 3.

³³⁵ Este tipo de regulação existe, por exemplo, no Brasil, Chile, Cuba, El Salvador, México, Panamá, Paraguai, República Dominicana e Uruguai. Cfr. (Brasil) Resolução 001/86 de Conselho Nacional do Meio Ambiente

159. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que quando um Estado deve determinar questões complexas de política ambiental e econômica, o processo de tomada de decisões deve, em primeiro lugar, incluir investigações e estudos adequados que lhes permitam prever e avaliar com antecipação os efeitos daquelas atividades que possam danar o meio ambiente e infringir os direitos dos particulares e lhes permitir encontrar um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em conflito³³⁶. Não obstante, respeito especificamente aos estudos de impacto ambiental, o Tribunal Europeu só analisou a obrigatoriedade e requisitos dos mesmos quando estes se estabelecem no regulamento interno do Estado demandado³³⁷.

160. Sem prejuízo de outras obrigações que surjam do direito internacional³³⁸, este Corte considera que, ao se determinar que uma atividade implica um risco de dano significativo, é obrigatório a realização de um estudo de impacto ambiental. Dita determinação inicial, pode ser feita, por exemplo, mediante um estudo inicial de impacto ambiental³³⁹ ou porque a legislação interna ou alguma outra norma precise atividades que obrigatoriamente requeiram a realização de um estudo de impacto ambiental³⁴⁰. Em qualquer caso, a obrigação de realizar um estudo de impacto ambiental quando há risco de dano significativo e independentemente de se tratar de um projeto realizado diretamente pelo Estado ou por pessoas privadas.

161. A Corte já apontou que os estudos de impacto ambiental devem ser realizados conforme aos standards internacionais e boas práticas ao respeito. Neste sentido, assinalou certas condições que devem cumprir ditos estudos de impacto ambiental. Conquanto este desenvolvimento se realizou respeito de atividades a se

(CONAMA) de 23 de janeiro de 1986, mediante a qual se dispõem os critérios básicos e diretrizes gerais para as avaliações de impacto ambiental, art. 2; (Chile) Lei sobre Bases Gerais do Meio Ambiente No. 19.300 de 1 de março de 1994, art. 10; (Cuba) Lei No. 81 do meio Ambiente de 11 de julho de 1997, art. 28; (El Salvador) Lei do Meio Ambiente, de 4 de maio de 1998 com reformas até 2012, art. 21; (México) Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e a Proteção ao Ambiente dos Estados Unidos Mexicanos de 28 de janeiro de 1988, art. 29; (Paraguai) Lei sobre a Avaliação de Impacto Ambiental, Lei No. 294/93 de 31 de dezembro de 1993, art. 7; (Panamá) Decreto Executivo No. 59 de 16 de março de 2000, pelo qual se aprova o Regulamento do Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, art. 3; (República Dominicana) Lei Geral sobre meio Ambiente e Recursos Naturais, Lei No. 64-00 de 18 de agosto de 2000, art. 41, e (Uruguai) Decreto No 349/2005 de 21 de setembro de 2005, mediante o qual se aprova o Regulamento de Avaliação de Impacto Ambiental e Autorizações Ambientais, art. 2.

³³⁶ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41; Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, parágrafo supracitado 180, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 216.

³³⁷ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41, e Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, parágrafo supracitado 180. Ao respeito, o Comitê DESC indicou que os estudos de impacto ambiental devem ser realizados anteriormente à execução dos projetos ou, de ser o caso, antes da concessão das permissões das empresas. Cfr. Comitê DESC, Observações Finais: Peru, Doc. ONU E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de maio de 2012, parágrafo. 22.

³³⁸ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 129, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 201.

³³⁹ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma abordagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 41. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>.

³⁴⁰ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma abordagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 40. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>.

realizar em territórios de comunidades indígenas, a Corte considera que também são aplicáveis para todo estudo de impacto ambiental.³⁴¹ Tais condições são as seguintes:

a. Levar-se a cabo antes da realização da atividade

162. O estudo de impacto ambiental deve ser concluído de maneira prévia à realização da atividade ou antes do outorgamento das permissões necessárias para sua realização³⁴². O Estado deve garantir que não se empreenda nenhuma atividade relacionada com a execução do projeto até que o estudo de impacto ambiental seja aprovado pela autoridade estatal competente³⁴³. A realização do estudo ambiental nas etapas iniciais de discussão do projeto permite que realmente se explorem alternativas à proposta e que estas possam ser tomadas em conta³⁴⁴. Preferivelmente, os estudos de impacto ambiental devem começar antes que a localização e desenho dos projetos estejam decididas, para evitar perdas econômicas em caso que seja necessária uma modificação³⁴⁵. Em casos em que a autorização para realizar a atividade, concessão ou licença já foi outorgada, sem se ter realizado um estudo de impacto ambiental, este deve ser concluído antes da execução do projeto.³⁴⁶

b. Realizado por entidades independentes sob a supervisão de Estado

163. A Corte considera que o estudo de impacto ambiental o deve realizar uma entidade independente e tecnicamente capaz, sob a superintendência do Estado³⁴⁷. Neste sentido, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados pelo próprio Estado ou por uma entidade privada. No entanto, em ambos casos é o Estado quem, no enquadramento de seu dever de supervisão e fiscalização, deve ser assegurado que o estudo se realizou corretamente³⁴⁸. Em caso que os estudos

³⁴¹ Cfr. Caso Povos Kaliña y Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado . 207 e 215.

³⁴² Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 201.

³⁴³ Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 216 e 221. Veja-se também, Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 17.

³⁴⁴ Mutatis mutandi, Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 207, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 216.

³⁴⁵ Cfr. Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 129, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 213 a 226.

³⁴⁶ Ao respeito, o Comitê DESC assinalou que os Estados deveriam avaliar, além dos efeitos ambientais, as consequências para os direitos humanos dos projetos ou atividades submetidos a sua aprovação. Cfr. Comitê DESC, Declaração no enquadramento da Conferência Rio+20 sobre "a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza", 4 de junho de 2012, Doc. ONU E/C.12/2012/1, parágrafo 7. Veja-se também, Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma focagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 52. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>.

³⁴⁷ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41, e Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 206.

³⁴⁸ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma focagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 52. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>.

sejam realizados por entidades privadas os Estados devem tomar medidas para assegurar a independência das mesmas.³⁴⁹

164. Dentro do processo de aprovação de um estudo de impacto ambiental, o Estado deve examinar se a realização do projeto é compatível com as obrigações internacionais do Estado. Neste sentido, o Estado deverá tomar em conta o impacto que pode ter o projeto em suas obrigações de direitos humanos. A Corte assinalou em casos de comunidades indígenas que os estudos de impacto ambiental devem abarcar o impacto social que implique o projeto³⁵⁰. Ao respeito, a Corte adverte que se os estudos de impacto ambiental não incluem uma análise social³⁵¹, esta análise deve ser realizada pelo Estado ao momento de supervisionar tal estudo.

c. Abranger o impacto acumulado

165. A Corte assinalou que o estudo de impacto ambiental deve abarcar o impacto acumulado que geraram os projetos existentes e os que vão gerar os projetos que forem propostos³⁵². Nesse sentido, se um projeto está relacionado a outro, como por exemplo, a construção de uma estrada para dar acesso, o estudo de impacto ambiental deve tomar em conta o impacto do projeto principal e dos projetos associados³⁵³. Assim mesmo, deve ser tomado em conta o impacto causado por outros projetos existentes³⁵⁴. Esta análise permite concluir de uma maneira mais certa se os efeitos individuais e acumulados de atividades existentes e futuras implicam um risco de dano significativo³⁵⁵

d. Participação das pessoas interessadas

166. A Corte não se pronunciou sobre a participação de pessoas interessadas nos estudos de impacto ambiental que não se relacionem com a proteção dos direitos de comunidades indígenas. No caso de projetos que possam afetar territórios indígenas e tribais, a Corte indicou que deve ser dada participação à comunidade, dentro do processo de estudo de impacto ambiental, mediante uma consulta³⁵⁶. O direito de

³⁴⁹ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma focagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 52. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>.

³⁵⁰ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41.

³⁵¹ Veja-se, entre outros, Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 129 e 130; Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 206, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 215.

³⁵² Cfr. PNUMA, Resolução 14/25 de 17 de junho de 1987, mediante a qual adota os Objetivos e Princípios das Avaliações de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Anexos, princípios 7 e 8.

³⁵³ Respeito destes princípios, ver supranota 297 e CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 205.

³⁵⁴ Cfr. Ley General del Ambiente de Argentina, Ley No. 25.675 de 27 de noviembre de 2002, art. 21.

³⁵⁵ Cfr. Environmental Protection Act de Belize, Chapter 328, 31 de dezembro de 2000, parte V, seção 20.5.

³⁵⁶ Cfr. Resolução 001/86 de Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) de 23 de janeiro de 1986, mediante a qual se dispõem os critérios básicos e diretrizes gerais para as avaliações de impacto ambiental, art. 11.2.

participação em assuntos que pudessem afetar o meio ambiente se desenvolve, de maneira geral, no parágrafo (lat.) correspondente a obrigações de procedimento infra (parágrafos 226 a 232).

167. No entanto, com respeito à participação das pessoas interessadas nos estudos de impacto ambiental, a Corte toma nota que em 1987 o Programa de Nações Unidas para o meio Ambiente adotou os Objetivos e Princípios dos Estudos de Impacto Ambiental, nos quais se estabelece que os Estados deveriam permitir que experientes e grupos interessados possam fazer comentários aos estudos de impacto ambiental³⁵⁷. Conquanto estes princípios não são vinculativos, são recomendações de um ente técnico internacional que deveriam ser tomadas em conta pelos Estados³⁵⁸. A Corte além disso adverte que os ordenamentos internos da Argentina³⁵⁹, Belize³⁶⁰, Brasil³⁶¹, Canadá³⁶², Chile³⁶³, Colômbia³⁶⁴, Equador³⁶⁵, El Salvador³⁶⁶, Guatemala³⁶⁷, Peru³⁶⁸, República Dominicana³⁶⁹, Trinidad e Tobago³⁷⁰ e Venezuela³⁷¹ incluem disposições que preveem a participação cidadã durante os processos de avaliação do impacto

³⁵⁷ Cfr. Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1999, c. 33, de 24 de setembro de 1999, com emendas posteriores, art. 19.1.

³⁵⁸ Cfr. Lei sobre Bases Gerais do Meio Ambiente de Chile No. 19.300 de 1 de março de 1994, art. 10, art. 30 (bis).

³⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-348/12, de 15 de maio de 2012, seção. 2.3.2.3.

³⁶⁰ fr. Código Orgânico do Ambiente do Equador de 12 de abril de 2017, art. 179, e Regulamento de aplicação dos mecanismos de Participação Social estabelecidos na Lei de Gerenciamento Ambiental do Equador, Decreto No. 1040 de 22 de abril de 2008, art. 6.

³⁶¹ Lei do Meio Ambiente de El Salvador, de 4 de maio de 1998 com reformas até 2012, arts. 24 e 25.

³⁶² Cfr. Regulamento de Avaliação, Controle e Seguimento Ambiental de Guatemala, Acordo No. 137-2016 de 11 de julho de 2016, art. 43.d.

³⁶³ Cfr. Lei do Sistema Nacional de Avaliação do Impacto Ambiental do Peru, Lei No. 27.446 de 20 de abril de 2001 e suas alterações segundo decreto legislativo n°. 1078, art. 14.c.

³⁶⁴ Cfr. Lei Geral sobre Meio Ambiente e Recursos Naturais de República Dominicana, Lei No. 64-00 de 18 de agosto de 2000, art. 43.

³⁶⁵ Cfr. Environmental Management Act de Trinidad e Tobago de 13 de março de 2000, parte V, seção 35.5.

³⁶⁶ Cfr. Lei Orgânica do Ambiente de 22 de dezembro de 2006, arts. 39 e 40, e 90, e Normas sobre Avaliação Ambiental de Atividades Suscetíveis de Degradar o Ambiente, Decreto No. 1257 de 13 de março de 1996, art. 26.

³⁶⁷ Cfr. Constituição Política do Estado de Bolívia, art. 352.

³⁶⁸ Cfr. Lei Orgânica do Ambiente de Costa Rica, Lei No. 7554 de 28 de setembro de 1995, art. 6.

³⁶⁹ Cfr. Lei do Meio Ambiente de Cuba, Lei Não. 81 de 11 de julho de 1997, art. 4(i) e 4(m).

³⁷⁰ Cfr. Lei Geral do Ambiente de Honduras, Decreto No. 104-93 de 8 de junho de 1993, art. 9.e.

³⁷¹ Cfr. Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e a Proteção ao Ambiente dos Estados Unidos Mexicanos de 28 de janeiro de 1988, art. 9, inciso C.V.

ambiental, enquanto em Bolívia³⁷², Costa Rica³⁷³, Cuba³⁷⁴, Honduras³⁷⁵ e México³⁷⁶ se promove de forma geral, a participação cidadã nas decisões relativas ao meio ambiente.

168. A Corte considera que a participação do público interessado, de modo geral, permite realizar um exame mais completo do possível impacto que terá o projeto ou atividade, bem como se afetará ou não direitos humanos. Neste sentido, é recomendável que os Estados permitam que as pessoas que pudessem ser visto afetadas ou, de modo geral, qualquer pessoa interessada tenham oportunidade de apresentar suas opiniões ou comentários sobre o projeto ou atividade antes que se aprove, durante sua realização e depois que se emita o estudo de impacto ambiental.

e. Respeitar tradições e cultura dos povos indígenas

169. Em casos de projetos que possam afetar o território de comunidades indígenas, os estudos de impacto ambiental e social devem respeitar as tradições e cultura dos povos indígenas³⁷⁷. Neste sentido, é necessário tomar em conta a conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais têm com seu território. É preciso proteger esta conexão, entre o território e os recursos naturais que tradicionalmente usaram e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural e para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, a efeito de garantir que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas sejam respeitadas, garantidas e protegidas pelos Estados³⁷⁸.

³⁷² Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 41, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 164.

³⁷³ Veja-se, entre outros, Caso Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai, parágrafo supracitado 124, 135 e 137; Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá, parágrafo supracitado 112; Caso Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros Vs. Honduras. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 8 de outubro de 2015. Série C No. 304, parágrafo 167, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, supra, Vs. Suriname, parágrafo supracitado 164.

³⁷⁴ Cfr. PNUMA, Avaliação do impacto ambiental e avaliação ambiental estratégica: para uma abordagem integrada (Environmental Impact Assessment and Strategic Environmental Assessment: Towards an Integrated Approach), 2004, pág. 44. Disponível em: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>, e PNUMA, Resolução 14/25 de 17 de junho de 1987, mediante a qual adota os Objetivos e Princípios das Avaliações de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Annex, princípio 5.

³⁷⁵ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 205; CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua) e Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao Projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas G.A. Rés. 56/82, Doc. ONU NRES/56/82, art. 7 parágrafo 9.

³⁷⁶ Cfr. CONVEMAR, art. 199.

³⁷⁷ Cfr. Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 28.

³⁷⁸ Cfr. Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 16, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 16, parágrafos 1 a 3.

f. Conteúdo dos Estudos de Impacto Ambiental

170. O conteúdo dos estudos de impacto ambiental dependerá das circunstâncias específicas de cada caso e o nível de risco que implica a atividade proposta³⁷⁹. A Corte Internacional de Justiça e a Comissão de Direito Internacional assinalaram que a cada Estado deve determinar em sua legislação o conteúdo dos estudos de impacto ambiental requerido em cada caso³⁸⁰. A Corte Interamericana estima que os Estados devem determinar e precisar, mediante legislação ou mediante o processo de autorização do projeto, o conteúdo específico que se requer para o estudo de impacto ambiental, tomando em conta a natureza e magnitude do projeto e a possibilidade de impacto que teria no meio ambiente.

iv) Dever de estabelecer um plano de contingência

171. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar estabelece que os Estados elaborarão e promoverão em comum planos de emergência para fazer frente a incidentes de contaminação no meio marinho³⁸¹. Está mesma obrigação incluiu-se na Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação³⁸². Ao respeito, esta Corte considera que o Estado de origem deve ter um plano de contingência para responder a emergências ou desastres ambientais³⁸³, que inclua medidas de segurança e procedimentos para minimizar as consequências de ditos desastres. Conquanto o Estado de origem é o principal responsável pelo plano de contingência, quando seja apropriado, o plano deve ser realizado em cooperação com outros Estados potencialmente afetados e organizações internacionais competentes³⁸⁴ (parágrafos infracitados 190).

³⁷⁹ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 16, parágrafo 2.

³⁸⁰ Cfr. CPA, Arbitragem respeito do Rin de Ferro (Bélgica Vs. Países Baixos). Laudo de 24 de maio de 2005, parágrafo 59; CPA, Arbitragem respeito da planta hidroelétrica do rio Kishanganga (Paquistão Vs. Índia). Laudo Parcial de 18 de fevereiro de 2013, parágrafo 451 e Laudo Final de 20 de dezembro de 2013, parágrafo 112.

³⁸¹ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Projeto de Princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), princípio 5.b.

³⁸² Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), princípio 5, parágrafo 6.

³⁸³ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), princípio 5, parágrafos 1, 2, 5.

³⁸⁴ Cfr. CONVEMAR, art. 198; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 14.1.d); Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 28.2; Convenção sobre a rápida notificação de acidentes nucleares, entrada em vigor o 27 de outubro de 1986, art. 2; Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 18, e Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 17. Esta notificação deve ser realizada,

v) Dever de mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental

172. Em caso de ocorrência de um dano ambiental o Estado deve mitigar o dano ambiental significativo³⁸⁵. Inclusive se o incidente ocorre apesar de se ter tomado todas as medidas preventivas do caso, o Estado de origem deve ser assegurado que se tomem as medidas apropriadas para mitigar o dano, e deve, para isto, utilizar a melhor tecnologia e ciência disponível³⁸⁶. Estas medidas devem ser tomadas imediatamente, inclusive se desconhece-se qual é a origem da contaminação³⁸⁷. Neste sentido, algumas das medidas que devem tomar os Estados são: (i) limpeza e restauração dentro da jurisdição do Estado de origem; (ii) conter o âmbito geográfico do dano e prevenir, de ser possível, que afete outros Estados; (iii) coletar toda a informação necessária do incidente e o perigo de dano existente³⁸⁸; (iv) em casos de emergência com respeito a uma atividade que pode produzir um dano significativo ao meio ambiente de outro Estado, o Estado de origem deve, sem demora e da forma mais rápida possível ao seu dispor, notificar ao Estado que possivelmente se veja afetado por o dano³⁸⁹ (parágrafos infracitados 190); (v) uma vez notificados, os Estados afetados ou potencialmente afetados devem tomar todas as medidas possíveis para mitigar e de ser possível eliminar as consequências do dano³⁹⁰, e (vi) em caso de emergência, além disso deve ser informado às pessoas que possam resultar afetadas³⁹¹.

inclusive se o incidente ocorre apesar de ter-se tomado todas as medidas preventivas do caso. Cfr. Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), preâmbulo e princípio 1, parágrafo 7.

³⁸⁵ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Projeto de Princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), princípio 5.d.

³⁸⁶ Cfr. TEDH, Caso Budayeva e outros Vs. Rússia, No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008, parágrafo 131.

³⁸⁷ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Projeto de Princípios sobre a atribuição das perdas em caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2006, vol. II, Part Two (A/61/10), princípio 5.c e 5.d.

³⁸⁸ 389 A Corte adverte que em alguns instrumentos se denomina “princípio de precaução” e em outras abordagens ou “critério” de precaução. A Corte utilizará os termos dependendo da fonte que se esteja citando.

³⁸⁹ Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 15.

³⁹⁰ Cfr. Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, art. 3.3; Convênio de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, emendado em 2009, entrada em vigor o 17 de maio de 2004, art. 1; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, preâmbulo; Protocolo relativo ao Convênio sobre a prevenção da contaminação do mar por despejo de desperdícios e outras matérias (com suas emendas de 2006), entrada em vigor o 24 de março de 2006, preâmbulo e art. 3.1; Convênio internacional sobre o controle dos sistemas anti-incrustantes prejudiciais nos navios, entrada em vigor o 17 de setembro de 2008, preâmbulo; Protocolo de Cartagena sobre Segurança da Biotecnologia do Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 11 de setembro de 2003, preâmbulo e arts. 1, 10.6 e 11.8; Acordo sobre a aplicação das disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de Dezembro de 1982 relativas à conservação e ordenação das populações de peixes transzonais e as populações de peixes altamente migratórios, entrada em vigor o 11 de dezembro de 2001, art. 6, e Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, entrada em vigor o 22 de setembro de 1988, preâmbulo.

³⁹¹ Ratificado por Antiga e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Guiana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, San Vicente e as Granadinas, Santa Luzia, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

173. Por outra parte, como se explicará infra, existe uma obrigação de cooperação entre o Estado de origem e os Estados possivelmente afetados com o fim de adotar todas as medidas possíveis para mitigar os efeitos do dano³⁹² (parágrafos infracitados 181 a 210).

B.1.d Conclusão com respeito a obrigação de prevenção

174. A efeitos de garantir os direitos à vida e integridade, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território, de conformidade com o exposto nas alíneas 127 a 173 desta Opinião. A efeitos de cumprir com esta obrigação os Estados devem: (i) regular as atividades que possam causar um dano significativo ao meio ambiente, com o propósito de diminuir o risco aos direitos humanos, de conformidade com o assinalado nas alíneas 146 a 151 desta Opinião; (ii) supervisionar e fiscalizar atividades sob sua jurisdição que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente, para o qual devem pôr em prática mecanismos adequados e independentes de superintendência e rendição de contas, entre os quais se incluam tanto medidas preventivas como medidas de multa e reparo, de conformidade com o assinalado nas linhas 152 a 155 desta Opinião; (iii) exigir a realização de um estudo de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente, independentemente que a atividade ou projeto seja realizado por um Estado ou por pessoas privadas. Estes estudos devem ser realizado de maneira prévia, por entidades independentes baixo a superintendência do Estado, abarcar o impacto acumulado, respeitar as tradições e cultura de povos indígenas que poderiam ser visto afetados e seu conteúdo deve ser determinado e precisado mediante legislação ou no enquadramento do processo de autorização do projeto, tomando em conta a natureza e magnitude do projeto e a possibilidade de impacto que teria no meio ambiente, de conformidade com o assinalado nas alíneas 156 a 170 desta Opinião; (iv) estabelecer um plano de contingência, a efeito de dispor de medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais, de conformidade com a alínea 171 desta Opinião, e (v) mitigar o dano ambiental significativo, inclusive quando ocorresse apesar de ações preventivas do Estado, utilizando a melhor tecnologia e ciência disponível, de conformidade com a alínea 172 desta Opinião.

B.2 Princípio de Precaução

175. O princípio de precaução, em matéria ambiental, se refere às medidas que devem ser adotado em casos onde não existe certeza científica sobre o impacto

³⁹² Ratificado por Antiga e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Guiana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, San Vicente e as Granadinas, Santa Luzia, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

que possa ter uma atividade no meio ambiente³⁹³. Ao respeito, a Declaração de Rio estabelece que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar largamente o critério de precaução conforme a suas capacidades. Quando tenha perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para prorrogado a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente³⁹⁴.

176. Assim mesmo, o princípio ou focagem de precaução foi incluído em diversos tratados internacionais sobre proteção do meio ambiente em diferentes âmbitos³⁹⁵. Entre estes tratados é necessário destacar a Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática que foi ratificado por todos os Estados membros da OEA³⁹⁶, o Convênio de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes ratificado por 32 Estados-Membros da OEA³⁹⁷ e o Convênio sobre a Diversidade Biológica ratificado por 34 Estados-Membros³⁹⁸. Também está incluído em tratados ou instrumentos

³⁹³ Ratificado por Antiga e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Guiana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, San Vicente e as Granadinas, Santa Luzia, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

³⁹⁴ fr. Convênio sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, artigo 2.5.a), e Tratado de Amsterdã pelo que se modificam o tratado da União Europeia, os tratados constitutivos das Comunidades Europeias e determinados atos conexos, entrada em vigor o 1 de maio de 1999, artigo 174.2. Veja-se também, TEDH, *Tátar Vs. Romênia*, No. 6702/01. Sentença do 27 de janeiro de 2009, parágrafos 109 e 120.

³⁹⁵ Cfr. Convenção de Bamako sobre a proibição da importação a África, a fiscalização dos movimentos transfronteiriços e o gerenciamento dentro da África de desperdícios perigosos, entrada em vigor o 22 de abril de 1998, art. 4.3.f.

³⁹⁶ Cfr. Convenção para a Proteção do Meio Ambiente Marinho e a Zona Costeira do Atlântico Nordeste (OSPAR), entrada em vigor o 25 de março de 1998, art. 2.2.a).

³⁹⁷ Cfr. Convenção sobre a Proteção do meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, art. 3.2.

³⁹⁸ Cfr. Convênio Marco para a Proteção do Meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Teerã), entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, art. 5.

regionais da Europa³⁹⁹, África,⁴⁰⁰ o Oceano Atlântico nordeste⁴⁰¹, o Mar Báltico⁴⁰², o mar Cáspio⁴⁰³, o mar do Norte⁴⁰⁴, o mar Mediterrâneo⁴⁰⁵, o rio Danúbio⁴⁰⁶ e o rio Rin⁴⁰⁷.

177. No Caso das Plantas de Celulose sobre o Rio Uruguai, a Corte Internacional de Justiça assinalou que a abordagem de precaução pode ser relevante na interpretação e aplicação do tratado sendo interpretado no caso⁴⁰⁸. No entanto, a Corte Internacional de Justiça não realizou nenhuma consideração expressa sobre a aplicabilidade do princípio de precaução, para além de indicar que não revertia a carga da prova. Por outra parte, o Tribunal Internacional do Direito do Mar assinalou que a abordagem de precaução iniciou uma tendência a fazer parte do direito internacional consuetudinário⁴⁰⁹. Além disso indicou que o enfoque em precaução é parte integral da obrigação geral de devida diligência, a qual obriga ao estado de origem a tomar todas as medidas apropriadas para prevenir o dano que possa resultar de atividades que realize. Esta obrigação aplica em situações onde a evidência científica referente ao alcance e potencial impacto negativo da atividade em questão seja insuficiente, mas existam indicadores admissíveis dos riscos potenciais⁴¹⁰.

178. Diversos Estados-membros da OEA, por meio de sua normatividade interna e a jurisprudência de seus mais altos tribunais, incorporaram o princípio de precaução. Desse modo, foi expressamente incorporado em legislação de Estados

³⁹⁹ Cfr. Declaração Ministerial da Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, 1 de novembro de 1984, conclusão A.7.

⁴⁰⁰ Cfr. Protocolo sobre a Proteção do Mar Mediterrâneo contra a contaminação de origem terrestre, entrada em vigor o 17 de junho de 1983, preâmbulo.

⁴⁰¹ Cfr. Convênio sobre a cooperação para a proteção e o uso sustentável do Danúbio (Convênio de proteção do Danúbio), entrada em vigor o 22 de outubro de 1998, art. 2.4.

⁴⁰² Cfr. Convênio sobre a proteção do Rim, entrada em vigor o 1 de janeiro de 2003, art. 4.a.

⁴⁰³ Cfr. CIJ, Caso das plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença de 20 de abril de 2010, parágrafo 164.

⁴⁰⁴ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 135. Veja-se também, TIDM, Caso do atum de barbatana azul do sul (Nova Zelândia Vs. Japão, Austrália Vs. Japão). Ordem de pedido de medidas provisórias de 27 de Agosto de 1999, parágrafos. 73 a 80.

⁴⁰⁵ Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 131.

⁴⁰⁶ Cfr. Environmental Protection and Management Act de Antiga e Barbuda de 24 de setembro de 2015, parte II, seção 7.5.b

⁴⁰⁷ Cfr. Lei Geral do Ambiente da Argentina, Lei No. 25.675 de 27 de novembro de 2002, art. 4.

⁴⁰⁸ Cfr. Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1999, c. 33, de 24 de setembro de 1999, com emendas posteriores, art. 2.1.a.

⁴⁰⁹ Cfr. Lei No. 1523 de Colômbia, pela qual se adota a política nacional de gerenciamento do risco de desastres e se estabelece o sistema nacional de gerenciamento do risco de desastres e se ditam outras disposições, de 24 de abril de 2012, art. 3.8.

⁴¹⁰ Cfr. Lei do Meio Ambiente de Cuba, Lei No. 81 de 11 de julho de 1997, art. 4.b.

como Antiga e Barbuda⁴¹¹, Argentina⁴¹², Canadá⁴¹³, Colômbia⁴¹⁴, Cuba⁴¹⁵, Equador⁴¹⁶, México⁴¹⁷, Peru⁴¹⁸, República Dominicana⁴¹⁹ e Uruguai⁴²⁰. Igualmente, os tribunais superiores do Chile⁴²¹ e Panamá⁴²² reconheceram a aplicabilidade e obrigatoriedade do princípio de precaução.

179. A Corte adverte que diversos tratados internacionais contêm o princípio de precaução respeito de diferentes matérias (parágrafo supracitado 176). Assim mesmo, Estados da região incluem o princípio de precaução dentro de sua legislação ou foi reconhecido jurisprudencialmente (parágrafo supracitado 178). O conteúdo do princípio de precaução varia dependendo do instrumento que o consagra.

180. Sem prejuízo do anterior, a obrigação geral de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal implica que os Estados devem atuar diligentemente para prevenir afetações a estes direitos (parágrafo supracitado 118). Assim mesmo, ao interpretar a Convenção como foi solicitado neste caso, deve sempre se buscar o “melhor ângulo”

⁴¹¹ Cfr. Constituição da República do Equador, art. 73, 313, 396 e 397.5.

⁴¹² Cfr. Lei Geral de Mudança Climática dos Estados Unidos Mexicanos de 6 de junho de 2012, art. 26.III.

⁴¹³ Cfr. Lei marco do Sistema Nacional de Gerenciamento Ambiental do Peru, Lei No. 28245 de 10 de junho de 2004, art. 5.k.

⁴¹⁴ Cfr. Lei Geral sobre Meio Ambiente e Recursos Naturais de República Dominicana, Lei No. 64-00 de 18 de agosto de 2000, arts. 8 e 12.

⁴¹⁵ Cfr. Lei de Proteção ao Meio Ambiente do Uruguai, Lei No. 17.283 de 12 de dezembro de 2000, art. 6.b.

⁴¹⁶ Cfr. Corte Suprema do Chile, Terceira Sala, Papel N° 14.209-2013, Sentença do 2 de junho de 2014, considerando 10.

⁴¹⁷ Cfr. Corte Suprema de Justiça Panamá, Pleno, Sentença de 24 de fevereiro de 2010, expediente 910-08.

⁴¹⁸ De acordo às formulações mais comuns nos instrumentos internacionais mais relevantes e o regulamento interno da região, o princípio de precaução usualmente condiciona as medidas necessárias àquelas que sejam “eficazes em função dos custos”, pelo qual o nível de medidas requeridas pudesse ser mais estrita para países desenvolvidos, ou dependendo das capacidades técnicas e cientistas disponíveis no Estado. Cfr. TIDM, Responsabilidades e Obrigações dos Estados respeito de atividades na Zona. Opinião Consultiva de 1 de fevereiro de 2011, parágrafo 128. Veja-se também, Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, artigo 3.3, e a legislação de Peru (parágrafo supracitado 178).

⁴¹⁹ O conteúdo do princípio de precaução varia dependendo da fonte. No entanto, de acordo às formulações mais comuns nos instrumentos internacionais mais relevantes e o regulamento interno da região, o princípio de precaução é aplicável quando exista um perigo de dano grave ou irreversível, mas não se tenha certeza científica absoluta ao respeito. Neste sentido, requer de nível de dano maior que o padrão aplicável à obrigação de prevenção, que requer um risco de dano significativo (parágrafo supracitado 134 a 140). Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 15, e Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, artigo 3.3. Veja-se também, as legislações de Antiga e Barbuda, Canadá, Colômbia, Equador, México e Peru (parágrafo supracitado 178).

⁴²⁰ No relevante, o artigo 26 da Convenção estabelece que: “Os Estados Parte se comprometem a adotar providências, tanto a nível interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos” econômicos, sociais e culturais”. Veja-se, o preâmbulo do Protocolo de San Salvador, bem como os artigos 1, 12 e 14 do mesmo tratado.

⁴²² O Princípio 24 da Declaração de Estocolmo estipula que “[t]odos os países, grandes ou pequenos, devem ser ocupados com espírito de cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar, mediante acordos multilaterais ou bilaterais ou por outros meios apropriados, para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam ter para o meio ambiente, tendo em conta devidamente a soberania e os interesses de todos os Estados”. Declaração de Estocolmo sobre o meio Ambiente Humano, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 16 de junho de 1972, Doc. ONU A /CONF.48/14/Rev.1.

para a proteção da pessoa (parágrafo supracitado 41). Portanto, esta Corte entende que, os Estados devem atuar conforme ao princípio de precaução, a efeitos da proteção do direito à vida e à integridade pessoal, em casos onde tenha indicadores admissíveis que uma atividade poderia acarretar danos graves e irreversíveis ao meio ambiente, ainda em ausência de certeza científica. Portanto, os Estados devem atuar com a devida cautela para prevenir o possível dano. Efetivamente, no contexto da proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal, o Corte considera que os Estados devem atuar conforme ao princípio de precaução, pelo qual, ainda em ausência de certeza científica, devem adotar as medidas que sejam “eficazes”⁴²³ para prevenir um dano grave ou irreversível⁴²⁴.

B.3 Obrigação de cooperação

181. O artigo 26 a Convenção Americana estabelece a obrigação de cooperar internacionalmente a efeitos do desenvolvimento e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais⁴²⁵. Assim mesmo, o Protocolo de San Salvador recorre à cooperação entre os Estados em vários de suas disposições⁴²⁶.

182. No caso concreto de atividades, projetos ou incidentes que possam gerar danos ambientais significativos transfronteiriços, o Estado ou os Estados potencialmente afetados requerem da cooperação do Estado de origem e vice-versa, a efeitos de adotar as medidas de prevenção e mitigação que fossem necessárias para garantir os direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição (parágrafo supracitado 127 a 174). Por outro lado, o cumprimento por parte do Estado de origem de sua obrigação de cooperação é um elemento importante na avaliação de sua obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos das pessoas fora de seu território que pudesse ser visto afetadas por atividades realizadas dentro deste (parágrafo supracitado 95 a 103).

183. No direito internacional ambiental, a obrigação de cooperação foi recolhida nas Declarações de Estocolmo⁴²⁷ e de Rio, onde se estabelece que “os Estados deverão cooperar com espírito de solidariedade mundial para conservar,

⁴²³ Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípios 7 e 19.

⁴²⁴ Veja-se, entre outros, Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, preâmbulo e arts. 3.3 e 5, 4.1.c) a i), 5.c) e 6.b); Convenção Internacional de Proteção Fitossanitária, novo texto revisado, entrada em vigor o 2 de outubro de 2005, art. VIII; Convênio Marco para a Proteção do Meio Ambiente do Mar Cáspio, entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, artigos 4.d) e 6, e Convenção sobre a proibição de utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis (ENMOD), entrada em vigor o 5 de outubro de 1978, art. V.1. No âmbito europeu estabeleceu-se a obrigação de cooperação no artigo 8 do Convênio sobre a avaliação do impacto ambiental em um contexto transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997.

⁴²⁵ Cfr. Tribunal Arbitral, caso Lac Lanoux (França Vs. Espanha). Decisão de 16 de novembro de 1957, pág. 308.

⁴²⁶ Cfr. CJJ, Casos relativos aos ensaios nucleares (Austrália Vs. França) (Nova Zelândia Vs. França). Sentenças do 20 de dezembro de 1974, parágrafos 46 e 49 respetivamente; Legalidade da ameaça ou o emprego de armas nucleares., Opinião consultiva do 8 de julho de 1996, parágrafo 102, e Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 145.

⁴²⁷ Cfr. CJJ, Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997, parágrafos 17 e 140.

proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra⁴²⁸, bem como em múltiplos tratados internacionais⁴²⁹.

184. Da mesma maneira, esta obrigação de cooperação em matéria ambiental e seu caráter consuetudinário foram reconhecidos por tribunais arbitrais⁴³⁰, o Tribunal Internacional do Direito do Mar e o Corte Internacional de Justiça. De acordo a esta última, a obrigação de cooperação se deriva-se do princípio de boa-fé nas relações internacionais⁴³¹, é indispensável para a proteção meio ambiente⁴³², e permite aos Estados conjuntamente gerenciar e prevenir os riscos de danos ao meio ambiente que podem derivar dos projetos empreendidos por uma das partes⁴³³. Por sua vez, o Tribunal Internacional do Direito do Mar determinou que a obrigação de cooperação provém do direito internacional general e constitui um princípio fundamental na prevenção da contaminação do ambiente marinho⁴³⁴.

185. Em consequência, esta Corte considera que os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa fé, para a proteção contra danos ao meio ambiente. Esta obrigação de cooperação tem especial proeminência no caso de recursos partilhados, cujo

⁴²⁸ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo. 77.

⁴²⁹ Cfr. TIDM, Caso da planta MOX (Irlanda Vs. Reino Unido). Ordem de medidas provisórias do 3 de dezembro de 2001, parágrafo 82.

⁴³⁰ Com respeito a recursos partilhados, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados estabelece que: "Na exploração dos recursos naturais compartilhados entre dois ou mais países a cada Estado deve cooperar sobre a base de um sistema de informação e consulta prévia com o objeto de obter uma ótima utilização dos mesmos que não cause danos aos legítimos interesses dos outros". Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas o 12 de dezembro de 1974 em sua Resolução 3281 (XXIX), Doc. ONU A/RES/29/3281, art. 3. Veja-se também, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, arts. 5 e 8, e Projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, artigo 7, preparados pela Comissão de Direito Internacional e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU Rés. 68/118 de 19 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/RES/68/118.

⁴³¹ Cfr. Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 2995 (XXVII) sobre a Cooperação entre os Estados no Campo do meio ambiente, 15 de dezembro de 1972, Doc. ONU A/RES/2995 (XXVII). Veja-se também, Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento "Nosso futuro comum" (Relatório Brundtland), adotado em Nairóbi o 16 de junho de 1987, Anexo a Doc. ONU A/42/427, princípio 16.

⁴³² Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 19.

⁴³³ Veja-se, por exemplo, CONVEMAR, arts. 197 e 200; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, arts. 14.1.c e 17; Convenção Relativa às Zonas úmidas de Importância Internacional especialmente como Habitat de Aves Aquáticas (Convenção de Ramsar), entrada em vigor o 21 de dezembro de 1975, arts. 3.2 e 5; Convênio para a Prevenção da contaminação marinha de origem terrestre, entrada em vigor o 6 de maio de 1978, arts. 9 e 10; Convênio de Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços dos desperdícios perigosos e sua eliminação, entrada em vigor o 5 de maio de 1992, arts. 6 e 13; Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, entrada em vigor o 22 de setembro de 1988, art. 4; Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, preâmbulo e artigos 8, 9, 11 e 12 a 18, e Protocolo ao Tratado Antártico sobre Proteção do Meio Ambiente, entrada em vigor o 14 de janeiro de 1998, art. 6.

⁴³⁴ Veja-se por exemplo, Ata de Santiago sobre Bacias hidrológicas, assinado o 26 de junho de 1971 por Argentina e Chile, art. 5; Estatuto do Rio o Uruguai, assinado o 26 de fevereiro de 1975 por Argentina e Uruguai, arts. 7 a 12; Tratado do Rio da Prata e sua Frente Marinha, assinado o 19 de Novembro de 1973 por Argentina e Uruguai, art. 17, e Tratado entre Estados Unidos e Reino Unido relativo às águas fronteiriças entre Estados Unidos e Canadá, assinado o 5 de maio de 1910, arts. 3 e 4.

aproveitamento e desenvolvimento deve ser realizado de uma forma equitativa e razoável com os direitos dos demais Estados que possuem jurisdição sobre tais recursos⁴³⁵.

186. A diferença das obrigações ambientais descritas até agora, a obrigação de cooperação é uma obrigação entre Estados. Dentro desta obrigação, o direito internacional precisou os seguintes deveres específicos que são exigíveis aos Estados, em matéria ambiental, para o cumprimento desta obrigação: 1) o dever de notificação e 2) o dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados. Em seguida se examinarão estes deveres, bem como 3) a possibilidade de intercâmbio de informação que se estabelece em múltiplos instrumentos internacionais em matéria ambiental.

B.3.a Dever de notificação

187. O dever de notificação implica a obrigação de notificar aos Estados potencialmente afetados por possíveis danos significativos ao meio ambiente causados por atividades levadas a cabo sob sua jurisdição. Esta obrigação exige o conhecimento oficial e público de atividades empreendidas na jurisdição nacional para evitar prejuízos sensíveis no meio ambiente da zona vizinha⁴³⁶. A obrigação de notificação foi formulada na Declaração de Rio nos seguintes termos:

Os Estados deverão proporcionar a informação pertinente e notificar previamente e em forma oportuna aos Estados que possivelmente resultem afetados por atividades que possam ter consideráveis efeitos ambientais transfronteiriços adversos, e deverão celebrar consultas com esses Estados em uma data temporã e de boa fé⁴³⁷.

188. Esta obrigação foi recolhida em múltiplos tratados multilaterais⁴³⁸ e bilaterais⁴³⁹, bem como foi reconhecida pela jurisprudência internacional como uma

⁴³⁵ CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. Veja-se também, entre outros, Tribunal Arbitral, Caso Lac Lanoux (França Vs. Espanha). Decisão de 16 de novembro de 1957; CIJ, Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997; Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, e Caso do Canal de Corfu (Reino Unido Vs. Albânia). Sentença do 9 de abril de 1949, pág. 22.

⁴³⁶ Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 8, parágrafo 2.

⁴³⁷ Cfr. CIJ, Caso do Canal de Corfu (Reino Unido e Irlanda Vs. Albânia). Sentença do 9 de abril de 1949, pág. 22, e Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 102.

⁴³⁸ Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 18.

⁴³⁹ Veja-se, por exemplo, Protocolo de Cartagena sobre Segurança da Biotecnologia do Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 11 de setembro de 2003, art. 17; Declaração de Rio sobre o

obrigação de direito internacional consuetudinário, em casos relacionados ao uso conjunto e a proteção de águas internacionais⁴⁴⁰.

189. Esta Corte entende que o dever de notificação a Estados potencialmente afetados por atividades levadas a cabo baixo a jurisdição de outro Estado é uma obrigação que se estende a todos os casos onde tenham possíveis danos significativos ao meio ambiente de caráter transfronteiriço (parágrafo supracitado 95 a 103), produto de atividades planejadas pelo Estado ou por pessoas privadas com autorização estatal⁴⁴¹. A notificação nestes casos costuma ser o primeiro passo para facilitar a cooperação e, a sua vez, permitir o cumprimento da obrigação de prevenção⁴⁴².

190. Assim mesmo, existe um dever de notificação com respeito às emergências ambientais, também identificadas como desastres naturais⁴⁴³. As emergências ambientais são aquelas situações que, de maneira súbita, causam ou implicam um risco iminente de efeitos adversos ou nocivos sobre o meio ambiente⁴⁴⁴, já seja como resultado de causas naturais ou pelo comportamento humano⁴⁴⁵. A notificação em

Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 18; Convênio sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, arts. 1 e 14, e Convênio Marco para a Proteção do meio Ambiente do Mar Cáspio, entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, art. 1.

⁴⁴⁰ Veja-se, por exemplo, Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 17, parágrafo 3; Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 28.1, e Convênio Marco para a Proteção do meio Ambiente do Mar Cáspio, entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, arts. 1 e 13.1

⁴⁴¹ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 28.1; Convênio sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, art. 14, e Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Resolução 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 17. Alguns tratados internacionais utilizam o termo “imediatamente”, ao referir ao momento da notificação. O Corte entende isso entra dentro do termo mais amplo de “sem demora” exposto acima. Veja-se, por exemplo, CONVEMAR, art. 198; Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 18; Protocolo relativo à Cooperação para Combater derrame dos Hidrocarbonetos na Região das Grandes Caraíbas, entrada em vigor o 11 de outubro de 1986, art. 5, e Convenção sobre a rápida notificação de acidentes nucleares, entrada em vigor o 27 de outubro de 1986, art. 2.

⁴⁴² Cfr. Protocolo de Cartagena sobre Segurança da Biotecnologia do Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 11 de setembro de 2003, art. 17, e Comissão de Direito Internacional, Comentários no projeto de artigos sobre a prevenção de dano fronteiro resultante de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 17, parágrafo 2.

⁴⁴³ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina *Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafos 102 e 113.

⁴⁴⁴ Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 19.

⁴⁴⁵ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulos 3 sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 105.

casos de emergências ambientais tem que se realizar sem demora⁴⁴⁶, o que implica que o Estado de origem tem que notificar aos Estados potencialmente afetados tão cedo como tenha conhecimento dessa situação.⁴⁴⁷

i) Momento para realizar a notificação

191. A obrigação de notificar tem o propósito de criar as condições para uma cooperação bem-sucedida entre as partes, o qual é necessário para evitar o potencial dano que o projeto possa causar e, dessa maneira, cumprir com a obrigação de prevenção⁴⁴⁸. Em virtude do anterior, se entende que a notificação deve ser realizada de maneira prévia e oportuna.⁴⁴⁹

192. Este momento oportuno surge quando o Estado de origem adquire conhecimento ou determina que uma atividade realizada baixo sua jurisdição implica ou poderia ter possíveis riscos de danos transfronteiriços significativos. Ao respeito, a Corte Internacional de Justiça destacou que o Estado sob cuja jurisdição se planificam as atividades, deve notificar ao outro Estado tão cedo como esteja em posse de um plano suficientemente desenvolvido que permita uma determinação, assim seja preliminar, que indique que os trabalhos propostos poderiam causar um dano significativo à outra parte⁴⁵⁰. Esta primeira determinação pudesse ser antes

⁴⁴⁶ Veja-se, neste sentido, Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, art. 3; Convênio Marco para a Proteção do meio Marinho do Mar Cáspio (Convênio de Teerã), entrada em vigor o 12 de agosto de 2006, art. 13.2, e Protocolo relativo ao gerenciamento integrado das zonas costeiras do Mediterrâneo, entrada em vigor o 24 de março de 2011, art. 29.1.

⁴⁴⁷ Cfr. CIJ, Caso Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteiriça (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma estrada em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica. Sentença de 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. No mesmo sentido, veja-se também, CPA, Arbitragem sobre o mar da China Meridional (South Chinese Sea Arbitration) (Filipinas Vs. China). Sentença de 12 de julho de 2016, parágrafo 104. Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 8, e PNUMA, Resolução 14/25 de 17 de junho de 1987, mediante a qual adota os Objetivos e Princípios das Avaliações de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Annex, princípio 12; Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, Yearbook of the International Law Commission, 2008, vol. II, Part Two (A/63/10), art. 15.2, parágrafo 5.

⁴⁴⁸ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 120.

⁴⁴⁹ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o direito dos usos dos cursos de água internacionais para fins diferentes da navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 12, e Projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, artigo 15.2, preparados pela Comissão de Direito Internacional e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU Rés. 68/118 de 19 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/RES/68/118.

⁴⁵⁰ Veja-se por exemplo, Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 2995 (XXVII) sobre a Cooperação entre os Estados no Campo do meio ambiente, 15 de dezembro de 1972, Doc. ONU A/RES/2995(XXVII); Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 12; Projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, artigo 15.2, preparados pela Comissão de Direito Internacional e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU Rés. 68/118 de 19 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/RES/68/118. No âmbito regional europeu, veja-se, o Convênio sobre a Avaliação de Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, artigo 2.4 e Adendo III. Em 2014 esta Convenção se abriu a ratificação de todos os Estados-membros das Nações Unidas, no

que se complete um estudo de impacto ambiental, pois isso permite aos Estados potencialmente afetados participar no processo do estudo de impacto ambiental ou proceder com uma avaliação própria⁴⁵¹. Em todo caso, o dever de notificação surge claramente ao momento que um estudo de impacto ambiental conclua ou evidência que há um risco de dano transfronteiriço significativo⁴⁵² e deve ser cumprido antes de que o Estado de origem decida sobre a viabilidade ambiental do projeto⁴⁵³ e antes da execução das atividades projetadas⁴⁵⁴.

193. Portanto, esta Corte considera que os Estados devem notificar a outros Estados potencialmente afetados sobre possíveis danos ambientais transfronteiriços significativos ao momento em que conheçam da possibilidade de dito risco. Isto, em alguns casos, será prévio à realização do estudo de impacto ambiental, por exemplo, como resultado de um estudo inicial ou pelo tipo de atividade (parágrafo supracitado 160), e em outros casos só surgirá depois de uma determinação neste sentido por parte de um estudo de impacto ambiental.

ii) Conteúdo da notificação

194. Múltiplos instrumentos internacionais requerem que a notificação seja acompanhada da “informação pertinente”⁴⁵⁵. Conquanto isto frequentemente se

entanto, de acordo às normas do tratado faltam ainda 13 ratificações para que se considere a adesão de um Estado que não faz parte da Comissão Econômica para a Europa.

⁴⁵¹ Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional afirmou que a informação técnica e outra informação pertinente, pelo geral, se revela durante o processo da avaliação de impacto ambiental e que dita informação inclui não somente o que se chama dados brutos, tais como estatísticas e fichas técnicas, senão também a análise da mesma informação usado pelo Estado de origem para determinar o risco de um dano transfronteiriço. Cfr. Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 8, parágrafo 6.

⁴⁵² Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 105.

⁴⁵³ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 12; Carta das águas do Rio Senegal, assinada o 28 de maio de 2002 pela República de Mali, a República Islâmica de Mauritânia e República de Senegal, art. 24; Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 8; PNUMA, Resolução 14/25 de 17 de junho de 1987, mediante a qual adota os Objetivos e Princípios das Avaliações de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Annex, princípio 12, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, *Yearbook of the International Law Commission*, 2008, vol. II, Part Two (A/63/10), art. 15.2, parágrafo 5.

⁴⁵⁴ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafos 204 e 119, e CIJ, Caso de Certas atividades levadas a cabo por Nicarágua na zona fronteira (Costa Rica Vs. Nicarágua), Construção de uma Rota em Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua Vs. Costa Rica). Sentença do 16 de dezembro de 2015, parágrafo 104. Veja-se também, Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, arts. 3.2, 3.5 e 4.2.

⁴⁵⁵ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, arts. 11 e 17; Convênio sobre os Efeitos Transfronteiriços dos Acidentes Industriais, entrada em vigor o 19 de abril de 2000, art. 4.2; Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, entrada em vigor o 8 de fevereiro de 1987, art. 5.3; Convenção sobre a proibição de utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis

refere a dados técnicos⁴⁵⁶, este Corte entende que se refere à informação suficiente e adequada para que o Estado potencialmente afetado possa estudar e avaliar o possível efeito das atividades previstas e desta forma cumprir com o propósito da notificação. Isto é, a notificação deve ir acompanhada dos elementos que facilitem uma determinação informada sobre os efeitos das atividades planejadas. 195. Isto não implica uma obrigação de anexar a documentação relativa à avaliação de impacto ambiental no caso de uma notificação prévia à realização de dito estudo (parágrafos supracitados 191 a 193). Ao respeito, a Corte Internacional de Justiça assinalou que, prévio à realização de tal estudo, a informação fornecida com a notificação não necessariamente consiste em uma avaliação inteira do impacto ambiental que, com frequência, requer de tempo e recursos adicionais⁴⁵⁷. Sem prejuízo do anterior, existe uma prática crescente, em diferentes instrumentos internacionais, de incorporar expressamente o requisito de incluir a avaliação de impacto ambiental como parte dos elementos da notificação⁴⁵⁸. É importante destacar que o indicado nesta alínea não deve ser entendido em prejuízo da obrigação de realizar um estudo de impacto ambiental em casos de risco de danos transfronteiriços significativos (parágrafos supracitados 156 a 170) e de comunicar seus resultados aos Estados potencialmente afetados⁴⁵⁹.

iii) Conclusão respeito do dever de notificação

196. Portanto, este Corte conclui que os Estados têm o dever de notificar aos demais Estados potencialmente afetados quando tenham conhecimento de que uma atividade planejada baixo sua jurisdição poderia gerar um risco de danos significativos transfronteiriços, de maneira prévia e oportuna, acompanhado da informação pertinente. Este dever surge quando o Estado de origem tem conhecimento do potencial risco, seja antes ou como resultado do estudo de impacto ambiental. A realização de estudos de impacto ambiental requer tempo e recursos, pelo que a efeitos de garantir que os Estados potencialmente afetados possam adotar as

(ENMOD), entrada em vigor o 5 de outubro de 1978, art. III.2, e Projeto de artigos sobre o direito dos aquíferos transfronteiriços, artigo 15.3, preparados pela Comissão de Direito Internacional e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU Rês. 68/118 de 19 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/RES/68/118.

⁴⁵⁶ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafo 115.

⁴⁵⁷ Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 19. Veja-se também, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 17.2 Com respeito a recursos partilhados, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados estabelece que: "Na exploração dos recursos naturais compartilhados entre dois ou mais países a cada Estado deve cooperar sobre a base de um sistema de informação e consulta prévia com o objeto de obter uma ótima utilização dos mesmos que não cause danos aos legítimos interesses dos outros. Cfr. Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, art. 3, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas o 12 de dezembro de 1974 em sua Resolução 3281 (XXIX), Doc. ONU A/RES/29/3281.

⁴⁵⁸ Cfr. Tribunal Arbitral, caso Lac Lanoux (França Vs Espanha). Decisão de 16 de novembro de 1957, pág. 315. No mesmo sentido, se veja, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 17.2.

⁴⁵⁹ Cfr. CIJ, Caso Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997, parágrafo 112.

medidas apropriadas se requer sua notificação o antes possível, sem prejuízo de que a informação transmitida se complete após a finalização do estudo de impacto ambiental, com os resultados de dita avaliação. Adicionalmente, existe um dever de notificação em casos de emergências ambientais, pelo qual os Estados devem notificar, sem demora, aos Estados potencialmente afetados dos desastres ambientais que se origem baixa sua jurisdição.

B.3.b Dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados

197. O dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados é uma forma de cooperação para prevenir ou mitigar danos transfronteiriços. Diferentes tratados e instrumentos internacionais estabelecem que ao dever de notificação se incorpora o dever de consultar e, se for o caso, negociar com os Estados potencialmente afetados por atividades que poderiam implicar danos transfronteiriços significativos⁴⁶⁰. Ao respeito, a Corte Internacional de Justiça ressaltou que a obrigação de notificar é uma parte essencial do processo que leva às partes a consultar e negociar possíveis mudanças ao projeto a efeito de eliminar ou minimizar os riscos⁴⁶¹. Este dever interestatal de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados é diferente ao dever estatal de consultar às comunidades indígenas e tribais nos processos de estudos de impacto ambiental (parágrafo supracitado 166).

i) Momento e forma da consulta

198. A consulta ao ou aos Estados possivelmente afetados deve ser realizado de maneira oportuna e de boa fé. Neste sentido, a Declaração de Rio estabelece que “os Estados [...] deverão celebrar consultas com [os] Estados [possivelmente afetados] em uma data próxima e de boa fé”⁴⁶².

199. Sobre o significado da consulta de boa-fé, o Tribunal Arbitral no Caso Lac Lanoux determinou que isso implica que o mecanismo de consulta não pode ser limitado a requisitos puramente formais, “tais como tomar nota das queixas, protestos ou representações” realizadas pelo Estado potencialmente afetado. De acordo ao tribunal arbitral nesse caso, as regras de boa fé obrigam ao Estado de origem a ter em conta os diferentes interesses envolvidos, a tentar oferecer toda satisfação que seja compatível com seus próprios interesses e, neste sentido, a mostrar uma preocupação

⁴⁶⁰ Cfr. CIJ, Caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (Alemanha Vs. Dinamarca). Sentença do 20 de fevereiro de 1969, parágrafo 85, e Caso Gacikovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997, parágrafo 141.

⁴⁶¹ Cfr. CIJ, Caso Gacikovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslováquia). Sentença do 25 de setembro de 1997, parágrafo 141.

⁴⁶² Além disso, tais artigos estabelecem que essas consultas deverão ser levadas a cabo em um prazo razoável acordado pelos Estados. Cfr. Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 9.

genuína por reconciliar os interesses do outro Estado com os seus⁴⁶³. De maneira similar, a Corte Internacional de Justiça afirmou que a implementação do processo de consulta e negociação requer da vontade mútua dos Estados para discutir de boa-fé os riscos ambientais atuais e potenciais⁴⁶⁴. Além disso, ressaltou que os Estados têm a obrigação de realizar negociações significativas, que não é o caso quando a cada parte faz questão de sua posição sem contemplar nenhuma modificação da mesma⁴⁶⁵.

200. A Corte Internacional de Justiça indicou que corresponde aos Estados alcançar uma solução acordada, de maneira conjunta e integral, tomando em conta as normas de o direito ambiental internacional, entre outras⁴⁶⁶. No mesmo sentido, nos Artigos sobre a Prevenção do Dano Transfronteiriço se estabelece que os Estados devem celebrar consultas com o objeto de alcançar soluções aceitáveis respeito das medidas que tenham de se adotar para prevenir um dano transfronteiriço sensível ou, em todo caso, minimizar o risco de causa.

ii) Dever de atuar de boa fé na consulta e negociação

201. Agora bem, o que a consulta deva ser realizado de boa-fé não significa que este processo “proporcione a qualquer Estado a retardar ou impedir os programas e projetos de exploração, exploração e desenvolvimento dos recursos naturais dos Estados em cujos territórios se empreendam tais programas e projetos”⁴⁶⁷. No entanto, o princípio de boa-fé nas consultas e negociações, sim estabelece restrições quanto ao desenvolvimento da atividade. Designadamente, entende-se que os Estados não devem autorizar nem executar as atividades em questão enquanto as partes se encontram no processo de consulta e negociação⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução 2995 (XXVII) sobre a Cooperação entre os Estados no Campo do meio ambiente, 15 de dezembro de 1972, Doc. ONU A/RES/2995(XXVII), parágrafo 3. Veja-se também, Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 3.

⁴⁶⁴ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 14; Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Resolução 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 8.2, e Estatuto do Rio o Uruguai, assinado em Salto o 26 de fevereiro de 1975 por Argentina e Uruguai, art. 9.

⁴⁶⁵ Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafos 144 e 147.

⁴⁶⁶ Veja-se por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 16.

⁴⁶⁷ Cfr. Tribunal Arbitral, caso Lac Lanoux (França Vs Espanha). Decisão de 16 de novembro de 1957, parágrafo 13. Cfr. CIJ, Caso das Plantas de celulose sobre o Rio Uruguai (Argentina *Vs. Uruguai). Sentença do 20 de abril de 2010, parágrafos 150 e 154. Cabe mencionar que esta decisão se referiu à interpretação de um tratado particular vigente entre as partes -designadamente ao artigo 7 do anteriormente citado Estatuto do Rio o Uruguai do ano 1975- sem constatar se ditas obrigações já fazem parte do direito internacional consuetudinário.

⁴⁶⁸ Veja-se por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, arts. 33.2 e 33.10; Estatuto do Rio o Uruguai, assinado o 26 de fevereiro de 1975 por Argentina e Uruguai, art. 60; Tratado do Rio da Prata e sua frente marinha, assinado o 19 de Novembro de 1973 por Argentina e Uruguai, art. 87; Convênio de Basileia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços dos Desperdícios Perigosos e sua Eliminação, em vigor o 5 de maio de 1992, art. 20.2; Convenção sobre a Cooperação para a Proteção e o Uso Sustentável

202. A Corte Internacional de Justiça reconheceu este dever no Caso das Plantas de Celulose sobre o Rio Uruguai, ao indicar que enquanto se esteja levando a cabo um mecanismo de cooperação entre os Estados para prevenir danos significativos ao meio ambiente, o Estado de origem está obrigado a não autorizar o projeto e, com maior motivo, a não o executar, pois caso contrário não faria sentido o mecanismo de cooperação e qualquer negociação entre as partes careceria de propósito⁴⁶⁹.

203. Sem prejuízo do anterior, a Corte adverte que esta proibição não implica que as atividades somente podem ser realizadas com o consentimento prévio dos Estados possivelmente afetados⁴⁷⁰. No Caso Lac Lanoux, o Tribunal Arbitral determinou que o consentimento prévio dos possíveis Estados afetados não podia ser derivado do costume nem como um princípio geral do direito, senão que só podia se entender como um requisito exigível na medida em que assim fosse estabelecido mediante um tratado⁴⁷¹. Da mesma forma, o Corte Internacional de Justiça sublinhou que a obrigação de negociar não implica a obrigação de chegar a um acordo e, uma vez finalizado o período de negociação o Estado pode continuar com a construção por seu próprio risco⁴⁷². Portanto, este Tribunal considera que, conquanto os Estados têm um dever de levar a cabo processos de consulta e negociação como formas de cooperação em frente a possíveis danos transfronteiriços, não necessariamente têm que chegar a um acordo nem se requer do consentimento prévio dos Estados potencialmente afetados

do Danúbio, entrada em vigor o 22 de outubro de 1998, art. 24.2.a; Convênio de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, entrada em vigor o 22 de setembro de 1988, art. 11.1 a 11.3, e Convênio sobre a Avaliação do Impacto Ambiental em um Contexto Transfronteiriço (Convênio de Espoo), entrada em vigor o 10 de setembro de 1997, art. 15.

⁴⁶⁹ 471 O artigo 45.1 da Convenção Americana estabelece: “Todo Estado parte possa, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão desta Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a concorrência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado parte alegue que outro Estado parte incorreu em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção”.

⁴⁷⁰ Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 26. Veja-se também, Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafo 39.10.

⁴⁷¹ Veja-se, por exemplo, Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, art. 4.1.h); Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 17.1; Convenção sobre a proteção física dos materiais nucleares, entrada em vigor o 8 de fevereiro de 1987, art. 5.2.b), e Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 11.

⁴⁷² Ao respeito, a Declaração de Rio estabelece que Os Estados deveriam cooperar no fortalecimento de sua própria capacidade de conseguir o desenvolvimento sustentável, aumentando o saber científico mediante o intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e intensificando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias, entre estas, tecnologias novas e inovadoras”. Assim mesmo, na Declaração de Estocolmo estabelece-se que “o livre intercâmbio de informação científica atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais”. Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26 (Vol. I), princípio 9, e Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo, 16 de junho de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, princípio 20.

para iniciar a execução de um projeto, salvo que esta obrigação esteja expressamente estabelecida em um tratado aplicável à matéria em questão.

204. Quando os Estados não chegam a um acordo por meio das consultas e negociações com respeito às atividades em questão, vários tratados dispõem que as Partes possam recorrer a soluções de controvérsia por meios diplomáticos, como a negociação, ou meios judiciais, como o submetimento da controvérsia a consideração da Corte Internacional de Justiça ou de um tribunal de arbitragem⁴⁷³. Sob a Convenção Americana, além disso estaria disponível a possibilidade de submeter a disputa ao sistema *interamericano de direitos humanos no caso que um Estado parte alegue que outro Estado parte incorreu em uma violação dos direitos estabelecidos na Convenção⁴⁷⁴, tendo em conta, entre outros, os standards e obrigações estabelecidas nesta Opinião. Neste contexto, cabe lembrar que a Declaração de Rio estipula que “[o]s Estados deverão resolver pacificamente todas suas controvérsias sobre o meio ambiente por meios que corresponda com arranjo à Carta das Nações Unidas⁴⁷⁵”.

iv) Conclusão respeito do dever de consulta e negociação

205. Portanto, esta Corte conclui que os Estados têm o dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados por danos transfronteiriços significativos. Estas consultas devem ser realizado de maneira oportuna e de boa fé, de forma que não se trate de um procedimento meramente formal senão que envolva a vontade mútua dos Estados de discutir seriamente os riscos ambientais atuais e potenciais, já que o objeto de ditas consultas é a prevenção ou mitigação dos danos transfronteiriços. Assim mesmo, em virtude do princípio de boa-fé, durante o mecanismo de consulta e negociação, os Estados devem ser restringido de autorizar ou executar as atividades em questão. Não obstante, isso não implica que as atividades requerem do consentimento prévio de outros Estados possivelmente afetados, salvo que isso seja disposto por algum tratado específico entre as partes envolvidas. A obrigação de negociar não implica a obrigação de chegar a um acordo. Se as partes não chegam a um acordo, devem ir aos mecanismos de solução pacífica das controvérsias, seja por meios diplomáticos ou judiciais.

B.3.c Intercâmbio de informação

206. Além dos deveres de notificar, consultar e negociar com respeito a projetos que podem implicar o risco de danos transfronteiriços, a Corte nota que vários instrumentos internacionais preveem, como parte do dever de cooperação, disposições destinadas a “facilitar”, “promover” ou assegurar o intercâmbio de informação entre

⁴⁷³ Cfr. TIDM, Caso da Planta MOX (Irlanda Vs. Reino Unido). Caso No. 10, Ordem de medidas provisórias de 3 de dezembro de 2001, parágrafos 84 e 89.

⁴⁷⁴ Cfr. Caso Furlan e familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, parágrafo 294, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 156 e 163.

⁴⁷⁵ Cfr. Caso Claude Reis e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 77; Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 261, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 156.

Estados⁴⁷⁶ sobre “conhecimentos científicos e tecnológicos”⁴⁷⁷, entre outros. Desta maneira, em múltiplos instrumentos internacionais se dispôs um intercâmbio de informação interestatal diferente à informação que deve ser fornecido como parte do dever de notificação (parágrafo supracitado 187 a 196).

207. O intercâmbio de informação poderia ser de particular importância em situações de possíveis danos transfronteiriços significativos, a efeitos de cumprir com a obrigação de prevenção. Ao respeito, o Tribunal Internacional do Direito do Mar indicou que a prudência e cautela requerem a cooperação e o intercâmbio de informação com respeito aos riscos e efeitos de projetos industriais⁴⁷⁸.

208. Sem prejuízo do anterior, a Corte adverte que a incorporação desta forma de cooperação em alguns instrumentos internacionais não constitui evidência suficiente de um dever consuetudinário neste sentido fora dos tratados e instrumentos específicos que a preveem. Não obstante, este Tribunal considera que representa uma tendência positiva e uma forma concreta de materializar o cumprimento da obrigação de cooperação (parágrafo supracitado 185).

B.3.d Conclusão com respeito a obrigação de cooperação

209. A obrigação de cooperação implica uma série de deveres interestatais. Conquanto se trata de obrigações entre Estados, como se mencionou previamente, o dever de respeitar e garantir os direitos humanos exige que os Estados se abstenham de impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações derivadas da Convenção a outros Estados (parágrafo supracitado 94). O objeto e fim da Convenção requer velar porque os Estados encontrem-se na melhor posição para cumprir com ditas obrigações, designadamente quando o cumprimento depende, entre outros, da cooperação de outros Estados.

210. Portanto, a efeitos de garantir os direitos à vida e integridade pessoal, os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa fé, para a proteção contra danos ao meio ambiente, de conformidade com o exposto nas alíneas 181 a 205 desta Opinião. A efeitos de cumprir com esta obrigação os Estados devem: (i) notificar aos demais Estados potencialmente afetados quando tenham conhecimento que uma atividade planejada sob sua jurisdição poderia gerar um risco de danos significativos transfronteiriços, de maneira prévia e oportuna, acompanhado da informação pertinente, de conformidade com o assinalado nas alíneas 187 a 196 desta Opinião, e em casos de emergências ambientais, de conformidade com o assinalado nas alíneas 190 e 196 desta Opinião, e (ii) consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados por danos transfronteiriços significativos, de maneira oportuna e de boa fé, de conformidade com o assinalado nas alíneas 197 a 205 desta Opinião. Estes deveres

⁴⁷⁶ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 86.

⁴⁷⁷ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 86.

⁴⁷⁸ Cfr. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparos e Custos. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135, parágrafo 83, e Caso Claude Reis e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 87.

específicos estabelecem-se sem prejuízo de outros que possam ser acordados entre as partes ou que surjam de obrigações já contraídas pelos Estados.

B.4 Obrigações de procedimento para garantir os direitos a vida e a integridade pessoal no contexto da proteção do meio ambiente

211. Como se mencionou previamente, existe um grupo de obrigações que, em matéria ambiental, se identificam como de procedimento, na medida em que respaldam uma melhor formulação das políticas ambientais (parágrafo supracitado 64). 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, a vida ou a integridade pessoal⁴⁷⁹. Após se detalham as obrigações estatais de caráter instrumental ou de procedimento que se derivam de certos direitos da Convenção Americana, a efeitos de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas no marco de possíveis danos ao meio ambiente, como parte da resposta à segunda e às terceira perguntas de Colômbia sobre as obrigações ambientais que se derivam desses direitos.

212. Designadamente, se detalham obrigações em relação com: (1) o acesso à informação; (2) a participação pública, e (3) o acesso à justiça, tudo em relação com as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente.

B.4.a Acesso à informação

213. Esta Corte assinalou que o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos a buscar e a receber informações, protege o direito que tem toda pessoa a solicitar o acesso à informação baixo o controle do Estado, com as exceções permitidas baixo o regime de restrições da Convenção⁴⁸⁰. O atuar do Estado deve ser regido pelos princípios de publicidade e transparência no gerenciamento público, o que faz possível que as pessoas que se encontram baixo sua jurisdição exerçam o controle democrático dos gerenciamentos estatais, de forma tal que possam questionar, indagar e considerar se se está dando um adequado cumprimento das funções públicas⁴⁸¹. O acesso à informação de interesse público, baixo o controle do

⁴⁷⁹ Cfr. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 230.

⁴⁸⁰ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 73.

⁴⁸¹ Cfr. TEDH, Caso Guerra e outros Vs. Itália [GS], No. 14967/89. Sentença de 19 de fevereiro de 1998, parágrafo 60; TEDH, Caso McGinley e Egan Vs. Reino Unido, No. 21825/93 e 23414/94. Sentença de 9 de julho de 1998, parágrafo 101; TEDH, Caso Taskin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, parágrafo 119, e TEDH, Caso Roche Vs. Reino Unido, No. 32555/96. Sentença de 19 de outubro de 2005, parágrafo 162. Além disso, tal Tribunal, aplicando a Convenção de Aarhus (Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais), estabeleceu que os Estados devem tentar que em caso de ameaça iminente para a saúde ou o meio ambiente, já seja imputável a atividades humanas ou devida a causas naturais, todas as informações suscetíveis de permitir ao público tomar medidas para prevenir ou limitar os danos eventuais que estejam em posse de uma autoridade pública se difundam imediatamente e sem demora às pessoas que possam resultar afetadas. Cfr. TEDH, Caso Dei Sarno e outros Vs. Itália, No. 30765/08. Sentença de 10

Estado, permite a participação no gerenciamento público, através do controle social que pode ser exercido com tal acesso⁴⁸² e, por sua vez, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos servidores públicos sobre seu gerenciamento público⁴⁸³.

214. Em relação com atividades que poderiam afetar o meio ambiente, esta Corte ressaltou que constituem assuntos de evidente interesse público o acesso à informação sobre atividades e projetos que poderiam ter impacto ambiental. Neste sentido, a Corte tem considerado de interesse público informação sobre atividades de exploração e exploração dos recursos naturais no território das comunidades indígenas⁴⁸⁴ e o desenvolvimento de um projeto de industrialização florestal.

215. Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que as autoridades que realizam atividades perigosas que possam implicar riscos para a saúde das pessoas, têm a obrigação positiva de estabelecer um procedimento efetivo e acessível para que os indivíduos possam aceder a toda a informação relevante e apropriada para que possam avaliar os riscos aos quais podem ser enfrentado⁴⁸⁵. Por sua vez, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos também reconheceu a obrigação de dar acesso à informação com respeito a atividades perigosas para a saúde

de janeiro de 2012, parágrafo 107, e Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001, art. 5.

⁴⁸² Cfr. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria. Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, parágrafo 53 e pontos resolutivos.

⁴⁸³ Ao respeito, a Declaração de Rio estabelece que [e]m o plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que encerram perigo em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de adoção de decisões". Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 10. Veja-se também, Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 13, parágrafo. 3 a 5.

⁴⁸⁴ Veja-se, entre outros, Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, art. 6.a.ii; Convênio sobre a Diversidade Biológica, entrada em vigor o 29 de dezembro de 1993, art. 14.1.a; Protocolo de Kyoto da Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 16 de fevereiro de 2005, art. 10.e; Convenção das Nações Unidas de Luta contra a Desertificação nos Países Afetados por Seca Grave ou Desertificação, designadamente na África, entrada em vigor o 26 de dezembro de 1996, arts. 16.f e 19.3.b; Convenção sobre Segurança Nuclear, entrada em vigor o 24 de outubro de 1996, art. 16.2; Convênio de Minamata sobre o Mercúrio, entrada em vigor o 16 de agosto de 2017, art. 18.1, e Convênio de Rotterdam sobre o Procedimento de Consentimento Fundamentado Prévio Aplicável a Certas Pesticidas e Produtos Químicos Perigosos Objeto de Comércio Internacional, entrada em vigor o 24 de fevereiro de 2004, art. 15.2.

⁴⁸⁵ Cfr. Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafo 23.2. Veja-se também, por exemplo, Diretrizes para a Elaboração de Legislação Nacional sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Diretrizes de Bali), adotadas em Bali o 26 de fevereiro de 2010 pelo Conselho de PNUMA, Decisão SS.XI/5, parte A, diretriz 10, e Convenção para a Proteção do meio Ambiente Marinho e a Zona Costeira do Atlântico Nordeste, entrada em vigor o 25 de março de 1998, art. 9.2.

e o meio ambiente, no entendido que isso outorga às comunidades, expostas a um particular risco, a oportunidade de participar na tomada de decisões que as afetem⁴⁸⁶.

216. No direito internacional ambiental, a obrigação específica de dar acesso à informação em assuntos relacionados com o meio ambiente se consagrou no princípio 10 da Declaração de Rio⁴⁸⁷. Além disso, existem múltiplos tratados universais⁴⁸⁸ e regionais⁴⁸⁹ que incluem a obrigação de acesso à informação em assuntos do meio ambiente.

217. Adicionalmente, este Tribunal observa que o acesso à informação também forma a base para o exercício de outros direitos. Designadamente, o acesso à informação tem uma relação intrínseca com a participação pública com respeito ao desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental. O direito ao acesso à informação foi incorporado em numerosos projetos e agendas de desenvolvimento sustentável, tais como a Agenda 21 adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento⁴⁹⁰. No âmbito interamericano, incorporou-se na Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões

⁴⁸⁶ Cfr. Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Washington em abril de 2000 pelo Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável, OEA/Ser.W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000), págs. 19, 20, 24 e 25.

⁴⁸⁷ Cfr. Declaração sobre a Aplicação do Princípio 10 da Declaração de Rio sobre o meio Ambiente e o Desenvolvimento, submetido mediante anexo à nota verbal do 27 de junho de 2012 da Missão Permanente de Chile ante as Nações Unidas dirigida ao Secretário Geral da Conferência das Nações sobre o Desenvolvimento Sustentável, Doc. ONU A/CONF.216/13. Dita Declaração emitiu-se com o apoio da Comissão Econômica para a América Latina e as Caraíbas (CEPAL) como secretaria técnica, atualmente conta com 23 países signatários e está aberta à adesão de todos os países da América Latina e as Caraíbas, informação disponível em: <http://negociacionp10.cepal.org/6/es/antecedentes>.

⁴⁸⁸ Cfr. Plano de Ação até 2014 para a Implementação da declaração sobre a aplicação do princípio 10 da Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento na América Latina e as Caraíbas e seu roteiro, aprovado em Guadalajara (México) o 17 de abril de 2013 pela Comissão Econômica para a América Latina e Caraíbas (CEPAL).

⁴⁸⁹ Cfr. Visão de Lima para um instrumento regional sobre os direitos de acesso em matéria ambiental, aprovado em Lima o 31 de outubro de 2013 pela CEPAL durante a Terceira Reunião dos Pontos Focais dos Países Signatários da Declaração sobre a aplicação do Princípio 10 na América Latina e as Caraíbas e Oficina de Capacitação sobre Implementação do Princípio 10, LC/L.3780, disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38733/1/S2013913_es.pdf; Conteúdos de San José para o Instrumento Regional, aprovados em Santiago o 6 de novembro de 2014 pela CEPAL durante a Quarta Reunião de Pontos Focais designados pelos Governos dos Países Signatários da Declaração sobre a aplicação do Princípio 10 da Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento na América Latina e as Caraíbas, disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37213/S1420708_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁹⁰ Entre os anos 2012 e 2017, levaram-se a cabo oito reuniões entre os governos dos países signatários da Declaração sobre a Aplicação do Princípio 10 da Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento na América Latina e as Caraíbas para negociar e revisar o texto do instrumento regional sobre o acesso à informação, participação e justiça em assuntos ambientais. A sétima versão do texto compilado pela mesa diretiva que inclui as propostas de texto dos países relativas ao documento preliminar do acordo regional sobre o acesso à informação, a participação pública e o acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e as Caraíbas, publicada o 6 de setembro de 2017, LC/L.4059/Rev.6, encontrase disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39050/S1700797_es.pdf?sequence=34&isAllowed=y.

sobre Desenvolvimento Sustentável de 2000⁴⁹¹, a Declaração sobre a Aplicação do Princípio 10 da Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável em 2012⁴⁹² e seu Plano de Ação até 2014⁴⁹³.

218. No marco destes planos e declarações, a Corte toma nota que atualmente os Estados da América Latina e o Caribe iniciaram um processo com o propósito de adotar um instrumento regional sobre o acesso à informação, participação e o acesso à justiça em assuntos ambientais⁴⁹⁴. De acordo à informação publicamente disponível, tal processo atualmente se encontra na fase de negociação e revisão⁴⁹⁵. A Corte comprime esta iniciativa como uma medida positiva para garantir o direito de acesso à informação nesta matéria.

i) Alcance e conteúdo da obrigação em relação com o meio ambiente

219. Esta Corte apontou que, no marco desta obrigação, a informação deve ser entregue sem necessidade de acreditar um interesse direto para sua obtenção ou uma afetação pessoal, salvo nos casos em que se aplique uma legítima restrição⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 77, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 261.

⁴⁹² Cfr. Diretrizes para a Elaboração de Legislação Nacional sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Diretrizes de Bali), adotadas em Bali o 26 de fevereiro de 2010 pelo Conselho de PNUMA, Decisão SS.XI/5, parte A, diretriz 1.

⁴⁹³ Veja-se por exemplo, Convênio sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais da Comissão Econômica para a Europa, entrada em vigor o 6 de outubro de 1996, art. 16.2; Convênio sobre a Proteção do Meio Marinho da Zona do Mar Báltico, entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, art. 17.2, e Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Washington em abril de 2000 pelo Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável, OEA/Ser.W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000), págs. 19 e 20, disponível em: https://www.oas.org/dsd/PDF_files/ispspanish.pdf.

⁴⁹⁴ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 77, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 156.

⁴⁹⁵ Cfr. Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, parágrafo supracitado 294, e Caso I.V. Vs. Bolívia, parágrafo supracitado 156 e 163.

⁴⁹⁶ Cfr. Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, parágrafo supracitado 294. No cumprimento desta obrigação, os Estados devem atuar de boa fé, com o fim de que suas atuações assegurem a satisfação do interesse geral e não defraudem a confiança dos indivíduos no gerenciamento estatal. Portanto, devem entregar e difundir informação clara, completa, oportuna, certa e atualizada.

220. Por outra parte, com respeito às características desta obrigação, as Diretrizes de Bali⁴⁹⁷ e diferentes instrumentos internacionais⁴⁹⁸ estabelecem que o acesso à informação ambiental deve ser acessível, efetivo e oportuno.

221. Adicionalmente, conforme reconheceu esta Corte, o direito das pessoas a obter informação se vê complementado com uma correspondente obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de forma tal que a pessoa possa ter acesso à conhecer e a valorizar⁴⁹⁹. Neste sentido, a obrigação do Estado de fornecer informação de ofício, conhecida como a “obrigação de transparência ativa”, impõe o dever aos Estados de fornecer informação que resulte necessária para que as pessoas possam exercer outros direitos, o qual é particularmente relevante em matéria do direito à vida, integridade pessoal e saúde⁵⁰⁰. Assim mesmo, este Tribunal indicou que a obrigação de transparência ativa nestes supostos, impõe aos Estados a obrigação de fornecer ao público a máxima quantidade de informação em forma oficiosa⁵⁰¹. Tal informação deve ser completa, compreensível, brindar em uma linguagem acessível,

⁴⁹⁷ Cfr. Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, parágrafo supracitado 294. Assim mesmo, o alcance desta obrigação precisa-se na resolução do Comitê Jurídico Interamericano sobre os “Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação” que estabelece que, “[o]s órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades, “incluindo sua política, oportunidades de consultas, atividades que afetam ao público, orçamentos, subsídios, benefícios e contratos” de forma rotineira e proativa, ainda na ausência de uma petição específica, e de maneira que assegure que a informação seja acessível e compreensível”. Comitê Jurídico Interamericano, Princípios sobre o direito de acesso à informação, 73º período ordinário de sessões, 7 de agosto de 2008, OEA/Ser. Q CJI/RES.147 (LXXIII-Ou/08), resolutivo quarto.

⁴⁹⁸ Veja-se, por exemplo, CONVEMAR, art. 244.1; Diretrizes para a Elaboração de Legislação Nacional sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Diretrizes de Bali), adotadas em Bali o 26 de fevereiro de 2010 pelo Conselho de PNUMA, Decisão SS.XI/5, parte A, diretriz 5; Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Washington em abril de 2000 pelo Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável, OEA/Ser.W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000), págs. 19 e 20; Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001, art. 5; Convenção para o Fortalecimento da Comissão Interamericana do Atum Tropical estabelecida pela Convenção de 1949 entre os Estados Unidos da América e a República de Costa Rica (Convenção de Antiga), entrada em vigor o 27 de agosto de 2010, art. XVI.1.a); Acordo de Cooperação Ambiental da América do Norte, entrada em vigor o 1 de janeiro de 1994, art. 4, e Artigos sobre a prevenção do dano Transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2001 e anexados à Resolução da Assembleia Geral da ONU, G.A. Rés. 62/68 de 6 de dezembro de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68, art. 13.

⁴⁹⁹ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado. 88 a 91, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, parágrafo supracitado. 261 e 262. Em relação ao direito internacional ambiental, a proteção dos direitos dos demais, com frequência, entende-se e abarca o direito à privacidade e o direito à propriedade intelectual, a proteção da confidencialidade do negócio e das investigações penais, entre outras. Veja-se, entre outros, Convenção sobre a Proteção do Meio Marinho da Zona do Mar Báltico (Convenção de Helsinque), entrada em vigor o 17 de janeiro de 2000, arts. 17 e 18; Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001, art. 4, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 14, parágrafos 1 a 3.

⁵⁰⁰ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 92.

⁵⁰¹ Cfr. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, parágrafo supracitado 262.

encontrar-se atualizada e brindar-se de forma que seja efetiva para os diferentes setores da população.⁵⁰²

222. No âmbito específico do direito ambiental, múltiplos instrumentos internacionais estabelecem um dever estatal de preparar e difundir, distribuir ou publicar⁵⁰³, em alguns casos de forma periódica, informação atualizada sobre o estado do meio ambiente de modo geral ou sobre a área específica que cobre o tratado em questão.

223. A Corte entende que a obrigação de transparência ativa em frente a atividades que poderiam afetar outros direitos (parágrafo supracitado 221), abarca o dever dos Estados de publicar de maneira oficiosa a informação pertinente e necessária sobre o meio ambiente, a efeitos de garantir os direitos humanos sob a Convenção, tais como informação sobre a qualidade ambiental, o impacto ambiental na saúde e os fatores que o influenciam, além de informação sobre a legislação e as políticas e assessoramento sobre como obter essa informação. Além disso, este Tribunal adverte que tal obrigação de transparência ativa cobra particular importância em casos de emergências ambientais que requerem a difusão imediata e sem demora da informação relevante e necessária para cumprir com o dever de prevenção.

ii) Restrições ao acesso à informação

224. Esta Corte reitera que o direito de acesso à informação sob o controle do Estado admite restrições, desde que estejam previamente afixadas por lei, respondem a um objetivo permitido pela Convenção Americana (“o respeito aos direitos ou à reputação dos demais ou “a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas”), e sejam necessárias e proporcionais em uma sociedade democrática, o que depende de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo⁵⁰⁴. Em consequência, aplica um princípio de máxima divulgação com uma presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema restringido de exceções⁵⁰⁵, pelo que resulta necessário que a carga da prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação recaia no órgão ao qual a informação foi requisitada⁵⁰⁶. Em caso que proceda a negativa de entrega, o Estado deverá dar uma resposta fundamentada que permita conhecer quais são os motivos

⁵⁰² Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 77, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, parágrafo supracitado 262.

⁵⁰³ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 98 e 120, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 262.

⁵⁰⁴ Cfr. Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile, parágrafo supracitado 86. Veja-se também, Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Washington em abril de 2000 pelo Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável, OEA/Ser.W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000), pág. 19.

⁵⁰⁵ O artigo 23.1.a) da Convenção Americana estabelece que “[t]odos os cidadãos devem desfrutar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos”.

⁵⁰⁶ Cfr. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 167, e Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, parágrafo supracitado 215.

e normas em que se baseia para não entregar a informação⁵⁰⁷. A falta de resposta do Estado constitui uma decisão arbitrária⁵⁰⁸.

iii) Conclusão com respeito ao acesso à informação

225. Portanto, esta Corte considera que os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir o acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente. Esta obrigação deve ser garantida a toda pessoa abaixo de sua jurisdição, de maneira acessível, efetiva e oportuna, sem que o indivíduo solicitando a informação tenha que demonstrar um interesse específico. Além disso, no enquadramento da de proteção do meio ambiente, esta obrigação implica tanto a provisão de mecanismos e procedimentos para que as pessoas individuais solicitem a informação, como a recopilação e difusão ativa de informação por parte do Estado. Este direito não é absoluto, pelo que admite restrições, desde que estejam previamente fixadas por lei, respondem a um objetivo permitido pela Convenção Americana e sejam necessárias e proporcionais para responder a um interesse geral em uma sociedade democrática.

B.4.b Participação pública

226. A participação pública representa um dos pilares fundamentais dos direitos instrumentais ou de procedimento, dado que é por meio da participação que as pessoas exercem o controle democrático dos gerenciamentos estatais e assim podem questionar, indagar e considerar o cumprimento das funções públicas. Nesse sentido, a participação permite às pessoas fazer parte do processo de tomada de decisões e que suas opiniões sejam escutadas. Designadamente, a participação pública facilita que as comunidades exijam responsabilidades das autoridades públicas para a adoção de decisões e, ao mesmo tempo, melhora a eficiência e credibilidade dos processos governamentais. Como já se mencionou em ocasiões anteriores, a participação pública requer a aplicação dos princípios de publicidade e transparência e, sobretudo, deve ser respaldado pelo acesso à informação que permite o controle social mediante uma participação efetiva e responsável.⁵⁰⁹

227. O direito à participação dos cidadãos na direção dos assuntos públicos encontra-se consagrado no artigo 23.1.a) da Convenção Americana⁵¹⁰. No contexto das comunidades indígenas, este Tribunal determinou que o Estado deve garantir os direitos

⁵⁰⁷ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 133, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname, parágrafo supracitado 214.

⁵⁰⁸ Cfr. Caso do Povo Saramaka Vs. Surinam. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos, parágrafo supracitado 40, e Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, parágrafo supracitado 214.

⁵⁰⁹ Cfr. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, parágrafo supracitado 166, e Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, supraparágrafo 159.

⁵¹⁰ Cfr. Comissão Econômica para a América Latina e as Caraíbas, Acesso à informação, participação e justiça em temas ambientais na América Latina e as Caraíbas: situação atual, perspectivas e exemplos de boas práticas, Série Meio Ambiente e Desenvolvimento N° 151, Santiago de Chile, outubro de 2013, pág. 7, disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21751/6/LCL3549REV2_es.pdf.

de consulta e participação em todas as fases de planejamento e implementação de um projeto ou medida que possa afetar o território de uma comunidade indígena ou tribal, ou outros direitos essenciais para sua sobrevivência como povo⁵¹¹, de conformidade com seus costumes e tradições⁵¹². Isso significa que além de aceitar e brindar informação, o Estado deve ser assegurado que os membros do povo tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluídos os riscos ambientais e de salubridade, para que possam opinar sobre qualquer projeto que possa afetar seu território dentro de um processo de consulta com conhecimento e de forma voluntária. Portanto, o Estado deve gerar canais de diálogo sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação através de suas instituições representativas.⁵¹³

228. Com respeito a assuntos ambientais, a participação representa um mecanismo para integrar as preocupações e o conhecimento da cidadania nas decisões de políticas públicas que afetam ao meio ambiente⁵¹⁴. Assim mesmo, a participação na tomada de decisões aumenta a capacidade dos governos para responder às inquietudes e demandas públicas de maneira oportuna, construir consensos e melhorar a aceitação e o cumprimento das decisões ambientais.⁵¹⁵

229. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos destacou a importância da participação pública na tomada de decisões ambientais como garantia processual do direito à vida privada e familiar⁵¹⁶. Assim mesmo, sublinhou que um elemento essencial desta garantia processual é a capacidade do indivíduo de impugnar atos ou omissões oficiais que afetam seus direitos ante uma autoridade independente⁵¹⁷, bem

⁵¹¹ Cfr. Comissão Econômica para a América Latina e as Caraíbas, Acesso à informação, participação e justiça em temas ambientais na América Latina e as Caraíbas: situação atual, perspectivas e exemplos de boas práticas, Série Meio Ambiente e Desenvolvimento N° 151, Santiago de Chile, outubro de 2013, pág. 7, disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21751/6/LCL3549REV2_es.pdf.

⁵¹² Cfr. TEDH, Caso Grimkovskaya Vs. Ucrania, No. 38182/03. Sentença de 21 de julho de 2011, parágrafo 69.

⁵¹³ Cfr. TEDH, Caso Eckenbrecht Vs. Alemanha, No. 25330/10. Decisão de 10 de junho de 2014, parágrafo 42.

⁵¹⁴ Veja-se, por exemplo, Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, entrada em vigor o 21 de março de 1994, art. 6.a.iii; Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública na Tomada de Decisões sobre Desenvolvimento Sustentável, aprovada em Washington em abril de 2000 pelo Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Sustentável, OEA/Ser.W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000), págs. 46 e 47; Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento "Nosso futuro comum" (Informe Brundtland), adotado em Nairóbi o 16 de junho de 1987, Anexo a Doc. ONU A/42/427, princípio 20, e Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafos 8.3.c, 8.4.f, 8.21.f e 23.2.

⁵¹⁵ Cfr. TEDH, Caso Dubetska e outros Vs. Ucrânia, Não. 30499/03. Sentença de 10 de fevereiro de 2011, parágrafo 143; TEDH, Caso Grimkovskaya Vs. Ucrânia, No. 38182/03. Sentença de 21 de julho de 2011, parágrafo 69, e TEDH, Caso Taskin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, parágrafo 119.

⁵¹⁶ Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP. 151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 10, e Diretrizes para a Elaboração de Legislação Nacional sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Diretrizes de Bali), adotadas em Bali o 26 de fevereiro de 2010 pelo Conselho de PNUMA, Decisão SS.XI/5, parte A.

⁵¹⁷ Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Resolução 37/7 de 28 de outubro de 1982, Doc. ONU A/RES/37/7, parágrafo 23.

como de participar ativamente nos procedimentos de planejamento de atividades e projetos, através da expressão de suas opiniões⁵¹⁸.

230. O direito de participação pública também se vê refletido em diversos instrumentos regionais e internacionais relacionados ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável⁵¹⁹, as Declarações de Estocolmo⁵²⁰ e do Rio de Janeiro⁵²¹ e a Carta Mundial da Natureza, na qual se formula nos seguintes termos:

Toda pessoa, de conformidade com a legislação nacional, terá a oportunidade de participar, individual ou coletivamente, no processo de preparação das decisões que se relacionam diretamente a seu meio ambiente e, quando este seja objeto de dano ou deterioro, poderá exercer os recursos necessários para obter uma indenização⁵²².

231. Portanto, esta Corte estima que, do direito de participação nos assuntos públicos, deriva a obrigação dos Estados de garantir a participação das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente, sem discriminação, de maneira equitativa, significativa e transparente, para o qual previamente devem ter garantido o acesso à informação relevante.⁵²³

⁵¹⁸ Veja-se, por exemplo, no âmbito europeu, o artigo 1 da Convenção de Aarhus consagra explicitamente os direitos de acesso à informação sobre o meio ambiente, a participação do público na tomada de decisões e o acesso à justiça em assuntos ambientais. Com respeito à participação pública o artigo 7 estabelece: "A cada Parte adotará disposições práticas ou outras disposições necessárias para que o público participe na elaboração dos planos e programas relativos ao meio ambiente em um enquadramento transparente e equitativo, depois de ter facilitado as informações necessárias". Cfr. Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001, arts. 1 e 7.

⁵¹⁹ Veja-se, por exemplo, Diretrizes para a Elaboração de Legislação Nacional sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Diretrizes de Bali), adotadas em Bali o 26 de fevereiro de 2010 pelo Conselho de PNUMA, Decisão SS.XI/5, parte A, diretriz 8; Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001, art. 6, e Comissão de Direito Internacional, Comentários ao projeto de artigos sobre a prevenção do dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas, Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II, Part Two (A/56/10), art. 13, parágrafos 1 e 3.

⁵²⁰ Vários destes mecanismos se encontram estabelecidas nos sistemas jurídicos internos de vários Estados da OEA. Veja-se, por exemplo: (Argentina) Lei Geral do Ambiente, Lei No. 25.675 de 27 de novembro de 2002, arts. 19 e 20; (Bolívia) Constituição Política do Estado de Bolívia, art. 343; (Equador) Código Orgânico do Ambiente do Equador de 12 de abril de 2017, art. 184; (Guatemala) Regulamento de Avaliação, Controle e Seguimento Ambiental de Guatemala, Acordo Não. 137-2016 de 11 de julho de 2016, art. 43; (México) Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e a Proteção ao Ambiente dos Estados Unidos Mexicanos de 28 de janeiro de 1988, art. 20 BIS 5, e Uruguai (Lei de Proteção ao Meio Ambiente No. 17.283 de 12 de dezembro de 2000, arts. 6 e 7 e Lei de Meio Ambiente No. 16.466 de 19 de janeiro de 1994, arts. 14.

⁵²¹ Cfr. Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C No. 153, parágrafo 131, e Caso A Cantuta Vs. Peru. Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C No. 162, parágrafo 160.

⁵²² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C No. 1, parágrafo 91, e Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, parágrafos 174.

⁵²³ Cfr. TEDH, Caso Taşkın e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, parágrafo 119.

232. No que se refere ao momento da participação pública, o Estado deve garantir oportunidades para a participação efetiva desde as primeiras etapas do processo de adoção de decisões e informar o público sobre estas oportunidades de participação⁵²⁴. Finalmente, os mecanismos de participação pública em matéria ambiental são variados e incluem, entre outros, audiências públicas, a notificação e consultas, participação em processos de formulação e aplicação de leis, bem como mecanismos de revisão judicial⁵²⁵.

B.4.c Acesso à justiça

233. Esta Corte referiu que o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional⁵²⁶. Em termos gerais, este Tribunal sustentou que os Estados Parte se obrigam a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violação dos direitos humanos (artigo 25), recursos que devem ser substanciados de conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), todo isso dentro da obrigação geral a cargo Cfr. Caso Goibude os mesmos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre baixo sua jurisdição (artigo 1.1)⁵²⁷.

234. No contexto da proteção ambiental, o acesso à justiça permite ao indivíduo velar por que se apliquem as normas ambientais e constitui um meio para remediar qualquer violação aos direitos humanos que fosse causada pelo não cumprimento de normas ambientais, incluindo os recursos e o reparo. Isso também implica que o acesso à justiça garante a plena realização dos direitos à participação pública e ao acesso à informação, através dos mecanismos judiciais correspondentes.

235. Neste sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se referiu à proteção dos direitos de acesso à informação e de participação pública por meio do acesso à justiça. Designadamente, como já se mencionou anteriormente, o Tribunal Europeu ressaltou a obrigação positiva de estabelecer um procedimento efetivo e acessível para que os indivíduos possam aceder a toda a informação relevante e apropriada, facilitando assim a avaliação dos riscos provenientes de atividades perigosas (parágrafo

⁵²⁴ Veja-se, por exemplo, Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento "Nosso futuro comum" (Informe Brundtland), adotado em Nairóbi o 16 de junho de 1987, Anexo a Doc. ONU A/42/427, princípio 20, e Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafo 20; Código de Conduta sobre Contaminação Acidental dos Cursos de Água Interiores Transfronteiriços, adotado em 1990 pela Comissão Econômica para a Europa, arts. VI.1, VI.4 e VII.3; Convênio sobre os Efeitos Transfronteiriços dos Acidentes Industriais, entrada em vigor o 19 de abril de 2000, art. 9.3, e Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais (Convenção de Aarhus), entrada em vigor o 30 de outubro de 2001.

⁵²⁵ Cfr. Declaração de Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), princípio 10.

⁵²⁶ Cfr. Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Resolução 37/7 de 28 de outubro de 1982, Doc. ONU A/RES/37/7, parágrafo 23.

⁵²⁷ Cfr. Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 14 de junho de 1992, Doc. ONU A/Conf.151/26 (Vol. I), parágrafo 8.18.

supracitado 215). Além disso, com respeito à participação pública, ressaltou que os indivíduos devem ter a possibilidade de recorrer judicialmente qualquer decisão, ato ou omissão respeito dos quais estimem que, ao se tomar a decisão ou se adotar a conduta, não se concedeu suficiente atenção a seus interesses ou opiniões.⁵²⁸

236. No direito ambiental internacional, diferentes instrumentos internacionais preveem de maneira expressa a obrigação de garantir o acesso à justiça em contextos ambientais, inclusive em frente a danos transfronteiriços. Assim mesmo, o Princípio 10 da Declaração de Rio estipula que o acesso aos procedimentos, incluindo ressarcimento de danos e os recursos pertinentes, deve ser efetivo. Igualmente, a utilização de recursos destinados a uma indenização por danos ambientais se encontra estabelecida no Princípio 23 da Carta Mundial da Natureza e na Agenda 21.

237. Em virtude das considerações anteriores, a Corte estabelece que os Estados têm a obrigação de garantir o acesso à justiça, em relação com as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente que foram enunciadas previamente nesta Opinião. Neste sentido, os Estados devem garantir que os indivíduos tenham acesso a recursos, substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal, para impugnar qualquer norma, decisão, ato ou omissão das autoridades públicas que contraria ou pode contrariar as obrigações de direito ambiental; para assegurar a plena realização dos demais direitos de procedimento, isto é, o direito ao acesso à informação e a participação pública, e para remediar qualquer violação de seus direitos, como consequência do não cumprimento de obrigações de direito ambiental.

i) Acesso à justiça em casos de danos transfronteiriços

238. Este Tribunal estabeleceu que, em frente a danos transfronteiriços, se entende que uma pessoa está sob a jurisdição do Estado de origem quando existe uma relação de causalidade entre o projeto ou atividade realizada, ou por realizar, em seu território e a afetação dos direitos humanos de pessoas fora de seu território (parágrafo supracitado 95 a 103). Portanto, os Estados têm a obrigação de garantir o acesso à justiça às pessoas potencialmente afetadas por danos transfronteiriços originados em seu território.

239. Adicionalmente, em virtude da obrigação geral de não discriminar, os Estados devem garantir o acesso à justiça às pessoas afetadas por danos transfronteiriços originados em seu território sem discriminação em razão da nacionalidade, a residência ou o local em que ocorra o dano. Neste sentido, alguns tratados e instrumentos

⁵²⁸ Veja-se, por exemplo, Convenção sobre o Direito dos Usos dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diferentes da Navegação, entrada em vigor o 17 de agosto de 2014, art. 32; Convênio sobre os Efeitos Transfronteiriços dos Acidentes Industriais, entrada em vigor o 19 de abril de 2000, art. 9.3, e Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento “Nosso futuro comum” (Informe Brundtland), adotado em Nairóbi o 16 de junho de 1987, Anexo a Doc. ONU A/42/427, princípios 6, 13 e 20. Veja-se também, Conselho de Direitos Humanos, Relatório de recopilação do Especialista independente sobre a questão das obrigações de direitos humanos relacionadas com o desfrute de um médio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável, John H. Knox, de 30 de dezembro de 2013, Doc. ONU A/HRC/25/53, parágrafos 69 e 81.

internacionais preveem a aplicação não discriminatória do acesso a procedimentos judiciais e administrativas para pessoas possivelmente afetadas que não se encontram no território do Estado de origem.

240. Portanto, a Corte esclarece que os Estados devem garantir, sem discriminação, o acesso à justiça às pessoas afetadas por danos ambientais originados em seu território, ainda quando estas se encontrem ou residam fosse do mesmo.

B.4.d Conclusão com respeito às obrigações de procedimento

241. Em virtude de todas as considerações prévias, a Corte conclui que, a efeitos de garantir os direitos à vida e integridade pessoal, bem como qualquer outro direito afetado, os Estados têm a obrigação de garantir (i) o direito ao acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente, consagrado no artigo 13 da Convenção Americana, de conformidade com as alíneas 213 a 225 desta Opinião; (ii) o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição, consagrado no artigo 23.1.a de a Convenção Americana, na tomada de decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente, de conformidade com as alíneas 226 a 232 desta Opinião, e (iii) o acesso à justiça, consagrado nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente que foram enunciadas previamente nesta Opinião, de conformidade com as alíneas 233 a 240 desta Opinião.

- a. Os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território, de conformidade com as alíneas 127 a 174 desta Opinião.
- b. Com o propósito de cumprir a obrigação de prevenção os Estados devem regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob sua jurisdição que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente; realizar estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente; estabelecer um plano de contingência, a efeito de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais; e mitigar o dano ambiental significativo que se tiver produzido, ainda quando ocorresse apesar de ações preventivas do Estado, de conformidade com as alíneas 141 a 174 desta Opinião.
- c. Os Estados devem atuar conforme ao princípio de precaução, a efeitos da proteção do direito à vida e à integridade pessoal, em frente a possíveis danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, ainda em ausência de certeza científica, de conformidade com a alínea 180 desta Opinião.
- d. Os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa fé, para a proteção contra danos ao meio ambiente, de conformidade com as alíneas 181 a 210 desta Opinião.

e. Com o propósito de cumprir a obrigação de cooperação, os Estados devem notificar aos demais Estados potencialmente afetados quando tenham conhecimento que uma atividade planejada sob sua jurisdição poderia gerar um risco de danos significativos transfronteiriços e em casos de emergências ambientais, bem como consultar e negociar, de boa-fé, com os Estados potencialmente afetados por danos transfronteiriços significativos, de conformidade com as alíneas 187 a 210 desta Opinião.

f. Os Estados têm a obrigação de garantir o direito ao acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente, consagrado no artigo 13 da Convenção Americana, de conformidade com as alíneas 213 a 225 desta Opinião;

g. Os Estados têm a obrigação de garantir o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição, consagrado no artigo 23.1.a de a Convenção Americana, na tomada de decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente, de conformidade com as alíneas 226 a 232 desta Opinião, e

h. Os Estados têm a obrigação de garantir o acesso à justiça, em relação com as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente que foram enunciadas previamente nesta Opinião, de conformidade com as alíneas 233 a 240 desta Opinião.

242. As obrigações anteriormente descritas foram desenvolvidas em relação com os deveres gerais de respeitar e garantir os direitos à vida e integridade pessoal, ao ser estes os direitos aos quais fez referência o Estado em seu pedido (parágrafo supracitado 37, 38, 46 e 69). Não obstante, o anterior não significa que estas obrigações não existam com respeito aos demais direitos que esta Opinião previamente mencionou como particularmente vulneráveis à degradação do meio ambiente (parágrafo supracitado 56 a 69).

IX OPINIÃO

243. Pelas razões expostas, em interpretação dos artigos 1.1, 2, 4, 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

A CORTE,

DECIDE

por unanimidade, que:

1. É competente para emitir a presente Opinião Consultiva.

E É DE OPINIÃO

por unanimidade, que:

2. O conceito de jurisdição do artigo 1.1 da Convenção Americana abarca toda situação na que um Estado exerça autoridade ou controle efetivo sobre as pessoas, seja dentro ou fora de seu território, em conformidade com os parágrafos 72 a 81 desta Opinião.

3. Para determinar as circunstâncias que revelam o exercício da jurisdição por parte de um Estado, é necessário examinar as circunstâncias de fatos e jurídicas particulares da cada caso concreto e não basta a localização dessa pessoa em uma zona geográfica determinada como a zona de aplicação de um tratado para a proteção ambiental, de conformidade com as alíneas 83 a 94 desta Opinião.

4. A efeitos do artigo 1.1 da Convenção Americana, entende-se que as pessoas cujos direitos convencionais foram vulnerados por causa de um dano transfronteiriço se encontram sob a jurisdição do Estado de origem de dito dano, na medida em que dito Estado exerce um controle efetivo sobre as atividades que se levam a cabo em seu território ou baixo sua jurisdição, de conformidade com as alíneas 95 a 103 desta Opinião.

5. Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e integridade das pessoas sob sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território, para o qual devem regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob sua jurisdição que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente; realizar estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente; estabelecer um plano de contingência, a efeito de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais, e mitigar o dano ambiental significativo que produzir, de conformidade com as alíneas 127 a 174 desta Opinião.

6. Os Estados devem atuar conforme ao princípio de precaução, a efeitos da proteção do direito à vida e à integridade pessoal em frente a possíveis danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, ainda em ausência de certeza científica, de conformidade com a alínea 180 desta Opinião.

7. Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e integridade das pessoas sob sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa-fé, para a proteção contra danos transfronteiriços significativos ao meio ambiente. Para o cumprimento desta obrigação os Estados devem notificar aos Estados potencialmente afetados quando tenham conhecimento que uma atividade planificada baixo sua jurisdição poderia gerar um risco de danos significativos transfronteiriços e em casos de emergências ambientais, bem como consultar e negociar, de boa-fé, com os Estados

potencialmente afetados por danos transfronteiriços significativos, de conformidade com os parágrafos 181 a 210 desta Opinião.

8. Com o propósito de garantir os direitos à vida e integridade das pessoas baixo sob sua jurisdição, em relação com a proteção do meio ambiente, os Estados têm a obrigação de garantir o direito ao acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente; o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente, bem como o direito de acesso à justiça em relação com as obrigações ambientais estatais enunciadas nesta Opinião, de conformidade com os parágrafos 211 a 241 desta Opinião.

Redigida em espanhol, em San José, Costa Rica, o 15 de novembro de 2017.

Os Juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Serra Porto fizeram conhecer a Corte seus Votos concorrentes, os quais acompanham esta Opinião Consultiva.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017. Requirida pela República da Colômbia.

ROBERTO F. CALDAS
Presidente

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

EDUARDO VIO GROSSI

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO BENITO

ELIZABETH ODIO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI FREIRE

L. PATRICIO PAZMIÑO

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

Se comunique e se execute,

ROBERTO F. CALDAS
Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

VOTO INDIVIDUAL CONCORRENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSICORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Opinião Consultiva OC-23/17
de 15 de novembro de 2017
Solicitada pela República da COLÔMBIA

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)

INTRODUÇÃO

1. Se expede o presente voto individual por motivo da referência que a Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵²⁹ faz, na Opinião Consultiva da epígrafe⁵³⁰, ao artigo 26 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos⁵³¹.

2. E é concorrente⁵³², já que não discorda do decidido na Opinião Consultiva, senão tão só discordo com a assinalada alusão em tanto um dos fundamentos do resolvido, que o subscrito estima que não é indispensável para isso.

⁵²⁹ Em adelante, a “Corte”.

⁵³⁰ Em adelante, a “Opinião Consultiva”.

⁵³¹ Em adelante, a “Convenção”.

⁵³² Art. 24.3 do Estatuto da Corte: “As decisões, julgamentos e opiniões da Corte se comunicarão em sessões públicas e se notificarão por escrito às partes. Além disso, se publicarão conjuntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considere conveniente”.

Art. 75.3 do Regulamento da Corte: “Todo Juez que participe en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la Corte, seu voto concorrente ou disidente, o qual deverá ser razoado. Estes votos deverão ser apresentados dentro do prazo afixado pela Presidência, de modo que possam ser conhecidos pelos Juízes antes da comunicação da opinião consultiva. Para sua publicação se aplicará o disposto no artigo 32.1.a deste Regulamento”.

A DISCREPÂNCIA

Na Opinião Consultiva se alude, em sua alínea 57⁵³³, ao artigo 26 da Convenção⁵³⁴ entanto inclui aos direitos econômicos, sociais e culturais como protegidos por esta última e, conseqüentemente, suscetíveis de ser judicializados ante a Corte. Em consideração a isso e contou que respeito da Sentença do Caso Lagos do Campo Vs. Peru, o subscrito emitiu um voto individual sobre a matéria⁵³⁵, o que reiterou em outro voto relativo à falha no Caso Trabalhadores Cessados de Petroperú e outros Vs. Peru⁵³⁶, no presente documento dão-se por reproduzidos ditos votos.

3. Neles, se sustenta, entre outras considerações, por uma parte, que os únicos direitos suscetíveis de ser objeto do sistema de proteção previsto na Convenção, são os “reconhecidos” nela; que o artigo 26 desta última não se refere a tais direitos, senão aos que “derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos”; que o que dispõe o citado artigo 26 é a obrigação dos Estados de adotar medidas em vista de conseguir progressivamente a plena efetividade de tais direitos e isso na medida dos recursos disponíveis; e, finalmente e em consequência, que conquanto esses direitos existem, não são suscetíveis de ser judicializados ante a Corte, salvo que assim o contemple algum tratado, como acontece, por exemplo, com o Protocolo de San Salvador, mas unicamente com respeito ao direito de organizar sindicatos e a se aderir neles e ao direito à educação.

4. Por verdadeiro, a todo isso é procedente acrescentar, por uma parte, que os direitos em questão podem ser judicializados ante os tribunais nacionais dos Estados Parte da Convenção, se assim o dispõem seus respectivos ordenamentos jurídicos internos e, pela outra, que, ao interpretar a Convenção, deve ser tentado não deixar margem algum para que se perceba que, em alguma medida, se estaria alterando o

⁵³³ O parágrafo 57 assinala que: “Adicionalmente, este direito também deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana, como baixo dita norma se encontram protegidos aqueles direitos que se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (na medida em que esta última “contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta se refere”) e os que se derivem de uma interpretação da Convenção conforme com os critérios estabelecidos no artigo 29 da mesma [...]. A Corte reitera a interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente e de forma conglobada como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos ante aquelas autoridades que resultem competentes para isso”.

⁵³⁴ O art. 26 da Convenção Americana estabelece: “Desenvolvimento Progressivo. Os Estados Parte comprometem-se a adotar providências, tanto a nível interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para conseguir 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”.

⁵³⁵ Voto parcialmente discorda do Juiz Eduardo Vio Grossi, Caso Lagos do Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340.

⁵³⁶ Voto individual do Juiz Eduardo Vio Grossi, Caso Trabalhadores Cessados de Petroperú e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Fundo, Reparos e Custos. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344.

princípio de que nenhum Estado pode ser levado a um tribunal internacional sem seu consentimento.

CONCLUSÃO

5. Reitera-se, portanto, que em atenção aos mesmos motivos expostos nos mencionados votos individuais e, designadamente, a que os direitos em comento não se encontram compreendidos ou conteúdos na Convenção e, portanto, não podem ser objeto do sistema de proteção que ela contempla, é que não pode ser coincido com o assinalado na alínea 58 da Opinião Consultiva.

EDUARDO VIO GROSSI

Juíz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário

VOTO CONCORRENTE DO JUÍZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS

**Opinião Consultiva OC-23/17
de 15 de novembro de 2017
Solicitada pela República da COLÔMBIA**

MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS

1. Com o acostumado respeito pelas decisões do Corte, permito-me formular a seguir o presente voto concorrente na Opinião Consultiva da referência.

2. O presente voto concorrente tem como objeto apresentar os argumentos pelos quais, apesar de que, de modo geral, estou de acordo com o resolvido pela maioria na Opinião Consultiva antes indicada, difiro com respeito a determinadas considerações esboçadas pela maioria em seu texto, particularmente com relação à justificável do direito ao meio ambiente são perante a Corte Interamericana com base no artigo 26 da Convenção Americana.

3. Em primeiro lugar, a presente Opinião Consultiva não era a oportunidade para emitir uma pronúncia sobre a possibilidade de exigir eventuais violações a direitos econômicos, sociais e culturais de forma direta através do artigo 26 da Convenção Americana.

4. Na Opinião Consultiva objeto do presente voto, ao referir às normas jurídicas que dentro do Sistema Interamericano protegem o direito a um meio ambiente são, a maioria indicou que:

[...] este direito também deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana, como baixo dita norma se encontram protegidos aqueles direitos que se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (na medida em que esta última “contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta se refere”) e os que se derivem de uma interpretação da Convenção conforme com os critérios estabelecidos no artigo 29 da mesma [...]. O Corte reitera a interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente e de forma conglobada como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos ante aquelas autoridades que resultem competentes para isso.⁵³⁷

5. Assim, pode ser observado que a maioria, no citado obiter, (lat. incidentalmente) pretende concluir que o direito a um meio ambiente são, de forma autônoma, é justificável em casos contenciosos de forma direta ante as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em virtude do artigo 26 da Convenção.

6. Não obstante o anterior, as perguntas esboçadas pelo Estado de Colômbia limitavam-se à interpretação das normas concernentes às obrigações estatais para respeitar e garantir os direitos à vida (artigo 4) e à integridade pessoal (artigo 5) da Convenção Americana, em matérias que se relacionam ao meio ambiente.

7. Ao incorporar considerações sobre a justificável direta do direito a um meio ambiente são, designadamente, ou sobre direitos econômicos, sociais e culturais, de modo geral, excede-se do objeto do debate da Opinião Consultiva, sem ter concedido oportunidade alguma aos intervenientes no trâmite da Opinião Consultiva de apresentar argumentos a favor ou na contramão de dita consideração.

8. Em consequência, discordo da Consideração antes citada sobre a justificável direta do direito a um meio ambiente são ante o Sistema Interamericano, toda vez que excedia a concorrência da Corte para o caso em concreto.

9. Igualmente, desejo reiterar meus argumentos relativos à não justificável direta dos direitos econômicos, sociais e culturais através do artigo 26 da Convenção Americana.

10. O assinalado pela Opinião Consultiva na alínea indicada se fundamenta nas considerações estabelecidas nas alíneas 141 a 144 da Sentença do caso Lagos do Campo Vs. Peru, com base no qual o Corte entenderia como incorporados dentro do artigo 26 da Convenção, e portanto, justificável de forma direta, aqueles direitos que se derivam da Carta da OEA, a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do

⁵³⁷ Opinião Consultiva No. 23, parágrafo 57.

Homem e os que se derivem de “outros atos internacionais da mesma natureza”, em virtude do artigo 29 da Convenção Americana.

11. Neste sentido, reitero em todos seus aspectos minhas opiniões esboçadas em meu voto concorrente no caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador e em meu voto parcialmente dissidente no caso Lagos do Campo Vs. Peru, nos quais argumento as razões pelas quais considero que a amplíssima abertura que se deu ao artigo 26 da Convenção Americana excede o alcance do próprio artigo. Somado a isso, faço questão das falências argumentativas que identifiquei em meu voto do caso Lagos do Campo, toda vez que nas posteriores oportunidades nos que o Corte se pronunciou ou fez referência ao artigo 26 da Convenção, o fez reiterando o precedente sem motivado do caso antes identificado.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Juíz

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário



MPRJ empossa Rafael Altenburg Odebrecht Curi Gismondi como Promotor de Justiça substituto

Em cerimônia realizada no dia 7/01, o Conselho Superior do MPRJ empossou o Promotor de Justiça substituto Rafael Altenburg Odebrecht Curi Gismondi, aprovado no XXXV Concurso para Ingresso na Classe Inicial. A sessão foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e contou com a presença da Corregedora-Geral do MPRJ, Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira, do Decano do Conselho, Procurador de Justiça Marcelo Daltro Leite, do Secretário-Geral do MPRJ, Promotor de Justiça Dimitrius Viveiros, e do Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Promotor de Justiça Virgílio Stavridis. Os demais integrantes do Conselho assistiram à cerimônia virtualmente, conforme exigência das medidas sanitárias de combate à propagação da pandemia do novo coronavírus.

Em sua fala, Gussem destacou a importância da atuação do Conselho para que todos os aprovados no concurso fossem empossados no prazo estabelecido pelo edital. “Gostaria, inicialmente, de parabenizar o doutor Rafael e a todos os que colaboraram com o êxito de sua missão. Seja muito bem-vindo ao MPRJ, afirmou o PGJ. O Procurador de Justiça Galdino Augusto Coelho Bordallo foi o Conselheiro escolhido para fazer o discurso de boas-vindas ao novo membro do MPRJ. “Parabéns, Rafael. Você está ingressando em uma instituição onde fará amigos para toda a vida, uma instituição que atua em defesa dos interesses da sociedade e que tem se atualizado tecnologicamente para fortalecer a atuação de nossos membros”, declarou Galdino.

Novo integrante do MPRJ, Gismondi agradeceu, em seu discurso de posse, aos pais, irmãos, namorada e amigos por incentivá-lo durante o processo de preparação

para a prova de ingresso. “É uma honra estar ingressando hoje nessa instituição e gostaria muito de agradecer ao PGJ, à Corregedora-Geral, aos integrantes do Conselho Superior, à Comissão responsável pela realização do concurso e aos servidores que trabalharam para que, apesar da pandemia, pudéssemos todos ser empossados dentro do prazo. Foi uma caminhada recompensadora e assumo o compromisso de atuar com a diligência e a eficiência necessárias para combater males como a corrupção e o crime organizado”, disse o Promotor de Justiça substituto.



Discurso do Promotor de Justiça substituto Rafael Gismondi

Excelentíssimo senhor Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr José Eduardo Ciotola Gussem;

Excelentíssima senhora Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra Luciana Sapha Silveira;

Excelentíssimas e excelentíssimos membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em nome dos quais cumprimento, também, os demais integrantes da carreira;

Ilustríssimos servidores;

Queridos amigos e familiares,

Em primeiro lugar, gostaria de afirmar que, para mim, é uma honra e motivo de grande felicidade estar aqui discursando a todos, materializando um sonho, que era me tornar membro do Ministério Público.

Na condição de último empossando do trigésimo quinto concurso, faço questão de consignar o meu e o nosso agradecimento ao Procurador-Geral de Justiça, à Corregedora-Geral do MP, aos membros deste conselho, aos que integraram a comissão do concurso, bem como aos servidores que participaram da execução do certame.

Todos, desde o início, trataram-nos com respeito, dignidade e, com muito comprometimento, conseguiram empossar, dentro do prazo inicial de validade do concurso, todos os aprovados. Esse esforço se torna ainda mais louvável quando, no decorrer do biênio, a humanidade passou a enfrentar uma pandemia sem precedentes, que afetou - e muito - a vida de todos nós. Enfim, “muito obrigado”.

No início da minha fala, eu mencionei a palavra “sonho”, no sentido de que ter sido aprovado, estar aqui é a materialização de um sonho que já estive na minha imaginação por diversas vezes. Como idealista e otimista que sou, acredito na importância de sonhar, traçar objetivos e crer em um futuro melhor.

Sei, porém, que, quanto maior for o objetivo, em geral maior será o esforço exigido para alcançá-lo. O sonho de pertencer a uma carreira jurídica é sabidamente marcado por uma longa caminha, na qual vivenciamos diversos pesadelos, dificuldades: a autocobrança, pressão social e financeira, incerteza da aprovação e horas e mais horas dedicadas, semanalmente, aos estudos.

Junto a isso, já se fala que vivemos em uma “sociedade do desempenho e do cansaço”. Em um mundo cada vez mais dinâmico, sentimos a necessidade de melhorar constantemente e o desejo de sempre querer mais. Com o olhar voltado para o futuro, esquecemos de reconhecer a importância do nosso esforço diário e o valor das nossas conquistas presentes.

Eu posso afirmar, com certeza, que me esforcei muito, abdiquei bastante para estar nessa posição. Porém, com igual certeza, também afirmo que a ajuda que recebi de pessoas próximas a mim foi determinante.

Então, agradeço, do fundo do meu coração:

Pai e mãe, obrigado por todo o amor, carinho e afeto, por tudo o que me ensinaram e por não medirem esforços em investir na minha educação. Eu amo muito vocês.

Naldo e Digo, obrigado pelos irmãos que são, pela disposição em me ajudar sempre que precisei, pelos conselhos que já me deram e por servirem de inspiração para mim.

Roberta, meu amor, o tanto que você me ajudou durante esse concurso é incalculável e impagável. Deus sabe o que você me disse no dia anterior à prova de penal. Obrigado por me ensinar tanta coisa, por protagonizar diversos dos momentos mais felizes da minha vida, por me fazer compreender o que é o amor e por sempre me incentivar.

Aos meus amigos da escola, da faculdade e, nos últimos anos, em especial Eduardo Couto e Eduardo Caldas, obrigado pelo apoio, pelas histórias, por fazerem parte de quem eu sou e, também, por acreditarem em mim.

Hoje, mais do que nunca, percebo que toda essa caminhada foi muito recompensadora. Me tornar Promotor de Justiça é uma honra, uma conquista e, ao mesmo tempo, um compromisso que assumo perante a sociedade, de atuar com seriedade no combate ao crime organizado, na promoção da justiça social, na proteção dos direitos humanos e daqueles previstos na Constituição.

Sou o último a tomar posse dos aprovados do meu concurso. É, portanto, o fim deste ciclo e o começo de um novo.

Durante esse período, uma realização me marcou bastante: em 2016, uma professora minha da época de faculdade foi candidata no concurso anterior e, em razão disso, eu assisti a algumas das provas orais. Naquela altura, lembro de ir de banca em banca e anotar rápido as perguntas dos examinadores para estudar em casa, mas confesso que eu jamais imaginava que, apenas 2 anos depois, em dezembro de 2018, eu estaria naquele cenário novamente, mas, agora, de terno e gravata, na condição de candidato a ser examinado. Passados mais 2 anos, estou, aqui, tomando posse.

Após tanto sofrimento vivenciado pela sociedade no ano de 2020, torço para que, nesse novo ano, a vida de cada um de nós seja abençoada com momentos realizadores, inesperados, como os que vivi em 2018, prestes a fazer as provas orais (por mais nervoso que eu estivesse) e como o momento que estou vivendo agora.

Muito obrigado a todas e a todos.

NOMEAÇÃO

LUCIANO MATTOS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

MPRJ | MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Luciano Mattos toma posse como novo Procurador-Geral de Justiça

Em solenidade realizada no dia 15/01, o Promotor de Justiça Luciano Mattos tomou posse como o novo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), para o biênio 2021/23. A cerimônia se deu no auditório do prédio-sede da instituição de maneira semipresencial, devido aos cuidados adotados para evitar a propagação do novo coronavírus. Luciano Mattos, que foi o candidato mais votado na eleição destinada à formação da lista tríplice para provimento do cargo de PGJ, foi nomeado pelo Governador em exercício, Cláudio Castro, em edição extra do Diário Oficial publicada no dia 6 de janeiro.

O novo PGJ substitui o Procurador de Justiça Eduardo Gussem, que ocupou o cargo durante dois mandatos, entre os anos de 2017 e 2021. Em seu discurso de posse, Luciano destacou a importância do papel do MPRJ. “Não há seara da vida em sociedade que passe ao largo da atuação do Ministério Público. Atuamos em defesa das camadas mais vulneráveis da população para que seus direitos sejam garantidos e, dentro dessa atuação, o diálogo deve prevalecer à imposição, e o consenso deve prevalecer sobre o contraponto, com esse pensamento se espalhando às demais estruturas da instituição. E a combatividade deverá ser indissociável nesse processo, não significando, com isso, ser irracional ou refratário à realidade. Gostaria muito de

agradecer, neste momento, a Deus, à minha esposa e meus filhos, meus familiares, aos membros do MPRJ que me honraram com essa eleição e ao governador Cláudio Castro, pela nomeação do candidato mais votado em nossa eleição”, afirmou o novo PGJ.

Por ocasião da transmissão do cargo a seu sucessor, Gussem ressaltou, em sua fala, o papel desempenhado durante os dois mandatos em que ocupou o cargo. “Quando assumimos, em 2017, demos continuidade ao trabalho desenvolvido pelo meu antecessor, o ilustre doutor Marfan Martins Vieira, investindo fortemente em inovação, transparência e resolutividade. E, apesar dos imensos desafios enfrentados durante esse período, como a intervenção federal na segurança pública do Estado, a implantação do Regime de Recuperação Fiscal e a pandemia que nos acomete atualmente, honramos o compromisso de servir à sociedade fluminense por meio de uma atuação técnica e reservada, implementando uma cultura de inovação, governança e *compliance* dentro da instituição”, disse. Após seu discurso, Gussem recebeu uma moção de reconhecimento pela excelência de sua gestão das mãos da decana do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, Maria Cristina dos Anjos Tellechea.

O Governador Cláudio Castro, ao encerrar a solenidade, elogiou o papel do MPRJ e o novo PGJ. “O MPRJ é um dos pilares do regime democrático, da defesa da ordem jurídica e dos direitos individuais e coletivos. Tenho certeza que o doutor Luciano terá muito sucesso em sua missão, uma vez que foi amplamente apoiado por seus colegas e tem mais de 25 anos de atuação ministerial, tendo ainda presidido a Associação do MPRJ (Amperj) durante três mandatos. Isso mostra que ele tem a capacidade de gerir e de unir pessoas, predicados importantes para fazer uma gestão de excelência, independente, atuante e marcante”, declarou o chefe do Poder Executivo estadual.



Com 25 anos de atuação no MPRJ, Luciano Mattos de Souza ingressou na instituição em setembro de 1995, após aprovação no XVIII concurso para ingresso na

carreira. Desempenhou suas funções institucionais na Vara de Falências da Capital, nas Promotorias de Justiça de Volta Redonda, do Fórum Regional de Jacarepaguá, de Itaboraí, Nova Iguaçu, Araruama, São Pedro da Aldeia, Cabo Frio e São João da Barra. Atuou como Promotor titular de Tutela Coletiva da Costa do Sol (de Saquarema a Quissamã) e, posteriormente, como Coordenador-Geral do MPRJ em toda a Costa do Sol (Região dos Lagos), antes de assumir a Central de Inquéritos na área de investigação criminal e a coordenação das Promotorias de Tutela Coletiva da capital. Em 2006, assumiu a Promotoria de Tutela Coletiva e Meio Ambiente de Niterói. Foi presidente da Associação do Ministério Público (Amperj) por seis anos, entre 2013 e 2018, sendo reeleito duas vezes pela classe.



Discurso de Posse do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos

Excelentíssimo senhor Procurador-Geral de Justiça que ora me transmite o honroso cargo, Eduardo Gussem;

Excelentíssimo senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro, Cláudio Bomfim de Castro e Silva;

Excelentíssimo senhor Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Andre Luiz Ceciliano;

Excelentíssimo senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Cláudio de Mello Tavares;

Chefes de Poderes em nome dos quais saúdo a todos os integrantes dessa seleta mesa;

Membros do Ministério Público;

Autoridades civis e militares;

Senhoras e senhores,

O conhecido escritor norte-americano H. L. Mencken há muito afirmou que *“quanto mais o homem sonha, menos ele acredita”*. Apesar da plasticidade da frase e da densa mensagem que nos transmite, a começar pelo fato de nos lembrar que boas intenções, dissociadas de ações concretas, não são capazes de influir na realidade e muito menos alterar a nossa história, ousou dizer que o sonho é o prenúncio da realização.

Em 1992, no limiar dos meus 23 anos de idade, realizei o sonho de ingressar no serviço público, tomando posse como servidor do quadro de serviços auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Naquela época, não passávamos de uma centena. A estrutura, por sua vez, era mais que acanhada: a sede da Instituição se limitava a dois andares na Avenida Nilo Peçanha, nº 10, e a informatização ainda não passava de um projeto, que mais se assemelhava à utopia de Thomas Morus, não à fase imediatamente anterior à execução.

Em 1995, tornava-me Promotor de Justiça de 3ª categoria, classe inicial da carreira. Nesse momento, concretizava não só um sonho, mas um verdadeiro projeto de vida. Afinal, estariam ao meu alcance atribuições e instrumentos que não só apresentavam um grande potencial transformador da realidade, como assumiam singular importância para a coletividade. Durante todos esses anos, no exercício funcional ou mesmo durante o período em que estive à frente da presidência da associação de classe, sempre busquei fazer com que os sonhos rompessem o plano das ideias e alcançassem a realidade. É essa experiência que trago para o exercício da Chefia Institucional.

E chegar até aqui exigiu muito trabalho, muito estudo e muito apoio. Não posso deixar de registrar os meus agradecimentos a todos que contribuíram com este momento especial.

Primeiramente, agradeço a Deus pelas bençãos nessa árdua jornada.

Agradeço à minha amada família, minha esposa, Lilian, meus filhos, Lorena e Leandro, que sempre estão ao meu lado, em todos os momentos.

À minha mãe, Eloiza, e ao meu saudoso pai, Joaquim, que forjaram a minha educação e me orientaram para os caminhos do trabalho e da retidão.

Agradeço o companheirismo e amizade da minha irmã, Fernanda, e a todos os familiares que foram importantes na minha trajetória pessoal e profissional e o faço nas pessoas dos meus padrinhos, Maurício e Vera.

Agradeço aos membros do Ministério Público que me honraram na eleição do dia 11 de dezembro, alçando-me ao primeiro lugar da lista tríplice.

Registro meus agradecimentos especiais a Marfan Martins Vieira, grande liderança do Ministério Público brasileiro, pela confiança e pela demonstração diária de amor à Instituição; ao amigo de todas as horas, Desembargador Sérgio Nogueira de Azeredo; e aos amigos Gláucia Santana, Walter Santos, Eduardo Campos e Marcus Leal pelas muitas madrugadas perdidas durante a campanha.

Ao Governador Cláudio Castro, que, embora pudesse escolher qualquer um dos integrantes da lista tríplice, prestigiou a vontade da classe e a democracia interna, meu efusivo agradecimento.

Por fim, agradeço a todos os familiares, amigos e colegas que estiveram juntos nessa caminhada.

O momento é de celebração, é verdade, no entanto teremos uma missão difícil pela frente. Sei que os desafios são imensos, mas a vontade de fazer sonhos se transformarem em realidade também ombreia em envergadura.

As atribuições do Ministério Público brasileiro são simplesmente oceânicas. Se, nos primórdios de sua linha evolutiva, a Instituição era essencialmente incumbida da defesa dos interesses do governo e do exercício da persecução penal, as mudanças pelas quais passou, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, foram tão intensas e profundas que a completude existencial do presente está a léguas de distância dos rabiscos que a delineavam no passado.

Nos dias de hoje, não há seara da vida em sociedade que passe ao largo da atuação do Ministério Público. No processo de escolha dos representantes do povo, lá está a Instituição, fiscalizando a integralidade do processo eleitoral, fiscalização esta que se estende aos mais variados aspectos do exercício da função pública, sempre buscando mantê-la adstrita aos balizamentos da juridicidade.

O papel social da Instituição foi potencializado ao ponto de contribuir para forjar a sua própria identidade. Todos os direitos sociais, largamente enunciados pela ordem constitucional, com destaque para a saúde, a educação e a assistência social, são alcançados pela atuação do Ministério Público. A tutela coletiva permite que a Instituição influa diretamente na melhoria da qualidade de vida da coletividade e ainda evite a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais. Não bastasse isto, o Ministério Público deve atuar intensamente em prol das camadas mais vulneráveis da população, a exemplo de crianças, adolescentes e idosos, além dos grupos historicamente excluídos, como a população negra e a LGBTQ+, aos quais se somam as mulheres, que há muito conquistaram a igualdade formal, mas que, em diversos contextos, incluindo o doméstico, ainda lutam para conquistar uma verdadeira igualdade material.

A persecução penal continua a ser uma área de indiscutível relevância na atuação da Instituição, mas precisamos estar sensíveis ao fato de ela ter passado por uma intensa releitura com a paulatina mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Tornar plenamente operativos os acordos de não persecução penal, inicialmente previstos em ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público e posteriormente encampados pelo Pacote Anticrime, que introduziu amplas

modificações na legislação brasileira, é um objetivo a ser alcançado, o que exige da Instituição a condução de um processo direcionado por vetores distintos daqueles do passado, com destaque para a busca pelo resultado útil, não pela condenação, substituída que é por um acordo devidamente homologado pelo Poder Judiciário.

Nos dias de hoje, aliás, a consensualidade passou a permear toda a atuação do Ministério Público, o que deve ser concebido não só como um movimento legislativo, mas, principalmente, institucional. O Ministério Público deve sempre preferir o diálogo à imposição, o consenso ao confronto.

O diálogo há de principiar pela própria Chefia Institucional, de modo a identificar, junto à classe, as necessidades existentes, visando ao aperfeiçoamento da governança interna, da estrutura administrativa e dos recursos humanos disponíveis. Em um dos períodos mais difíceis da história da humanidade, a escassez financeira tende a ser a tônica, mas isto jamais impedirá o aperfeiçoamento da Instituição. O mesmo diálogo, aliás, há de se espraiar junto às demais estruturas estatais de poder. A convergência de forças e propósitos, observada a autonomia de cada qual, tende a alcançar resultados mais úteis para a sociedade.

O diálogo sempre assumirá contornos instrumentais para o pleno exercício funcional, jamais ocupando o plano das corruptelas, cujo objetivo, único e exclusivo, é o de inviabilizá-lo. A combatividade é uma característica indissociável do Ministério Público. Negá-la significa negar a nossa essência, o que verdadeiramente somos.

Ser combativo, no entanto, não é o mesmo que ser irracional, refratário à realidade, perseguidor de indivíduos ou ideologias. Muito pelo contrário. O Ministério Público há de lutar o bom combate e buscar a realização da justiça até os limites estabelecidos pela ordem jurídica.

A justiça, longe de ser um invólucro destituído de conteúdo, uma espécie de significante de contornos puramente retóricos, cuja invocação encerra discussões e define um vencedor, há de ter a sua essência identificada e construída dia após dia. Em um País no qual milhões de pessoas vivem entre a pobreza e a miséria e muitos, ainda que catapultados pela vontade, veem-se impossibilitados de alcançar os primeiros degraus da escalada social, afigura-se evidente que a justiça há de ser real e não apenas semântica.

Para que o Ministério Público contribua para a construção da justiça esperada por nossa sociedade, é imprescindível que suas ações sejam eficientes e não apenas burocráticas ou protocolares. Ações eficientes são aquelas que logram alcançar os objetivos almejados, que transformam sonhos em realidade, que permitem a melhoria da qualidade de vida de nossa sofrida população e que conseguem responsabilizar, de modo exemplar, aqueles que afrontem a ordem jurídica, não importa a envergadura dos interesses políticos e econômicos que lhes deem sustentação.

Ações eficientes, à evidência, não podem ser apenas repressivas. Devem ser, acima de tudo, preventivas, identificando qualquer ameaça aos direitos tutelados antes mesmo da ruptura da juridicidade. Nesse particular, o diálogo, muitas vezes,

será salutar. Identificada a ruptura, a eficiência não prescinde da resposta imediata, de modo a evitar que a sedimentação da ilicitude chegue ao ponto de criar um código paralelo de conduta, no qual os referenciais de certo e errado sejam invertidos, com os efeitos deletérios de sua postergação no tempo.

A eficiência, ademais, não pode decorrer apenas do voluntarismo. Deve ser, acima de tudo, um modo de ser da Instituição. Para tanto, é imprescindível o contínuo aprimoramento de membros e servidores, com o correlato delineamento de indicadores que permitam aferir a qualidade da atuação, nem sempre retratada em avaliações de ordem meramente quantitativa.

A valorização da atividade fim e o aprimoramento da atuação funcional, em busca do aumento de eficiência, passam pelo delineamento de um planejamento estratégico que defina prioridades e o modo de atuar, possibilitando, com isso, resultados mais significativos para o avanço das conquistas sociais.

Por acreditar plenamente que o sonho é o prenúncio da realização, envidarei todos os esforços possíveis para o fortalecimento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e para que, dia após dia, a sua atuação contribua efetivamente para a melhoria da qualidade de vida de nossa sociedade. Tenham certeza disso!

Muito obrigado!



Discurso do ex-Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem

Prezados,

Há exatos 4 anos, assumi perante os Excelentíssimos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça o compromisso de dar continuidade aos

avanços realizados pela gestão de meu antecessor, o dileto amigo MARFAN MARTINS VIEIRA, imprimindo ao meu mandato as marcas de INOVAÇÃO, TRANSPARÊNCIA e RESOLUTIVIDADE, valores abraçados por mim como diretrizes para construção de um novo atuar do Ministério Público. Na ocasião, demonstrando os princípios e valores que nortearam minha gestão à frente da chefia institucional, citei o Imperador Romano Marco Aurélio, que dizia: Se não é certo, não faça. Se não é verdade, não diga.

Nestes dois biênios, muitos foram os desafios e obstáculos. Passamos por uma Intervenção Federal na área de Segurança Pública do Estado, por um Regime de Recuperação Fiscal e por uma dramática Pandemia, sem precedentes, que ceifou até o momento mais de 200 mil vidas. Em nossos lares e em nosso convívio profissional, sentimos profunda tristeza pelos agravos de saúde e pela partida de cada ente querido. Nas horas mais difíceis, contudo, mantivemos inabalado o compromisso de servir à sociedade fluminense. Paralelamente fomos instados a atuar em casos sensíveis como o brutal assassinato que vitimou a vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes, além de inúmeros outros casos de repercussão que dominaram e até hoje dominam o noticiário nacional. Porém, jamais negligenciamos ou transigimos com o que não nos pertence. Sempre orientamos nossas equipes a atuarem de forma técnica e reservada, evitando exposições desnecessárias.

Na área de gestão, investimos na construção de uma “cultura de inovação”. Convicto da ideia de que a TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO e a CIÊNCIA DE DADOS posicionaram o ser humano e suas Instituições em um patamar inédito de oportunidades, ousamos! Nos corredores do MPRJ proliferaram, como antes nunca visto, profissionais de outras áreas do saber (cientistas de dados, geógrafos, economistas, analistas políticos, programadores, designers). A formalidade do direito, por vezes associada à burocracia, em muitas ocasiões cedeu lugar a práticas disruptivas e ao diálogo multidisciplinar, traços típicos de ramos da economia criativa e de inovação. A pesquisa e o método científico também se somaram na construção de uma nova forma de pensar o nosso Ministério Público. Passamos a nos enxergar para além dos números frios; de uma forma mais conectada à realidade.

Buscamos adotar o que havia de novo, e de vanguarda, sem ignorar que o pioneirismo tem seus custos e que a aprendizagem envolve, necessariamente, uma dinâmica de erros e acertos. Ainda no âmbito da gestão, priorizamos modelos de governança e *compliance*; simplificação de procedimentos e profissionalização administrativa. Na seara funcional, “máquinas a serviço do homem”, “dados a serviço da racionalização e da efetividade”: gradativamente viramos a chave e promovemos nossa migração do mundo analógico para o mundo digital. “Ministério Público em Mapas”, “Parquet digital”, Integra, Laboratório de Inovações, Centro de Pesquisas, Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso; apenas alguns exemplos de plataformas e estruturas que simbolizam essa “cultura de inovação”. Gozamos atualmente, no âmbito do Sistema de Justiça e perante a sociedade civil, da merecida reputação de sermos um “Ministério Público à frente do seu tempo”: tecnológico, dinâmico e próximo à sociedade. Nesse sentido muito nos orgulha o recente convênio de Cooperação Técnica

firmado entre o MPRJ e o Conselho Nacional de Justiça, demonstração inequívoca dos acertos das nossas escolhas.

Muitos daqueles que tiveram a oportunidade de me ouvir, nestes anos à frente do MPRJ, testemunharam a convicção de que a transparência melhora o gestor, melhora a qualidade do gasto público e legitima suas decisões. Ou, nas palavras de Martin Luther King: “A escuridão não pode expulsar a escuridão, apenas a luz pode fazer isso.” Durante minha gestão, primei por estruturas de governança e pelo mapeamento de rotinas, conferindo previsibilidade ao agir administrativo e isonomia às decisões de mérito. Avançamos muito em nossos níveis de transparência e no diálogo com a população. A implantação de uma política de comunicação social e o contínuo aperfeiçoamento de nossa Ouvidoria compõem, atualmente, ativos valiosos na relação de respeito e confiança que diariamente cultivamos com a população fluminense. Em sociedades democráticas, o compromisso com o dever de prestar contas e a capacidade de conhecer, tempestivamente, os principais anseios dos cidadãos são a real medida de utilidade das Instituições.

Para além de nossa gestão interna, a transparência foi um objetivo perseguido pela Chefia Institucional e pelos órgãos de execução do MPRJ também junto aos demais Poderes e órgãos públicos. Nesse sentido, tivemos avanços dignos de nota na interlocução com os Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e Tribunais de Contas, assim como com os demais ramos do Ministério Público, agências e órgãos de controle externo. O acesso franqueado a bancos de dados e informações de interesse comum potencializou investigações e nos permitiu incrementar a atuação preventiva e pedagógica, qualificando nosso trabalho.

Nos tornamos mais RESOLUTIVOS, posso afirmar. Ousaria dizer que esse é o maior desafio para nossa Instituição. Isso porque a resolutividade é um conceito dinâmico. O compromisso de entregar resultados, de buscar efetividade e eficiência tem contornos variantes no tempo e no espaço.

Sou de uma valorosa geração que lutou por independência funcional, por autonomia institucional, a qual coube dar os passos inaugurais em um caminho completamente desafiador e novo. Um formato de Ministério Público inédito, redemocratizado. “Falar” nos autos de processos, com independência e autonomia, foi uma conquista de meus contemporâneos e antecessores. Atualmente, a efetividade do Ministério Público exige mais. Impõe protagonismo no exame das políticas públicas e proatividade na construção de soluções estruturais. Impõe um agir “fora dos autos”, independente de provocação e, preferencialmente, antes da prática de ilícitos ou da concretização de danos.

Seja através da reestruturação de órgãos de execução, do aprimoramento de grupos de apoio e de forças tarefas; seja, ainda, por investimentos em maior autonomia investigativa, perseguimos incansavelmente ganhos de resolutividade.

O que nos permitiu avançar, convertendo em oportunidades desafios tão grandes, não tenho dúvida, foi a qualidade de nossa força de trabalho. Membros, servidores

do quadro e extraquadro, terceirizados e estagiários: cada êxito, cada conquista é necessariamente tributada a vocês. A todos, agradeço a valiosíssima colaboração.

Como legado fica a certeza de que, superado o processo eleitoral, podemos unir forças para a construção de uma Instituição ampla, sem sectarismos ou tendências. Minhas escolhas foram sempre por critérios técnicos e meritocratas. Creio que esse tenha sido meu maior acerto!

E, nessa linha, não poderia deixar de consignar elogios à qualidade de nosso processo de democracia interna. Todos os concorrentes ao pleito trouxeram ao eleitorado valiosas reflexões, primando pela cordialidade e pelas críticas construtivas. O elevado nível do escrutínio realizado seguramente teve peso decisivo na chancela do nome mais votado.

Ao Procurador-Geral de Justiça empossando, desejo votos de profícua gestão. Os reconhecidos atributos de Vossa Excelência e a expressividade dos votos recebidos asseguram uma boa jornada. Nesta longa caminhada que se inicia, o que vale é a vivência, a resiliência e o exercício de cada dia. Sem correr o risco de estragar a surpresa, posso adiantar: neste cargo, não se padece de tédio!

De todos me despeço com gratidão e serenidade, com a certeza de que legamos à sociedade fluminense uma Instituição mais vigorosamente preparada à consecução de sua missão constitucional.

Encerro meu breve discurso de despedida citando Fernando Pessoa: “Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

Muito obrigado!



MPRJ empossa oito novos integrantes do Conselho Superior para o biênio 2021-2023

Em sessão solene ocorrida no dia 5 de fevereiro, o MPRJ deu posse a oito Procuradores de Justiça como membros do seu Conselho Superior, para o biênio 2021/23. Foram empossados os Procuradores de Justiça Antônio José Campos Moreira; Cláudio Varela; Conceição Maria Tavares de Oliveira; Flávia de Araújo Ferrer; Luiz Fabião Guasque; Márcio Mothé Fernandes; Sumaya Therezinha Helayel e Walberto Fernandes de Lima. A cerimônia foi realizada de forma presencial e virtual, em respeito aos cuidados indicados por autoridades médicas e sanitárias a fim de se evitar a propagação do novo coronavírus (Covid-19).

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, na condição de Presidente do CSMP/MPRJ, abriu a sessão. Em seguida, o Decano do Conselho, Antônio José Campos Moreira, leu o Termo de Compromisso, seguido pela Secretária, Anna Maria Di Masi, que leu o Termo de Posse. Após as leituras e a ciência do termo pelos novos membros, Luciano Mattos declarou empossados os integrantes para um mandato de dois anos, a ser exercido entre os dias 6 de fevereiro de 2021 e 5 de fevereiro de 2023. Na ocasião, foi comunicado aos participantes a escolha do Procurador de Justiça Cláudio Varela para exercer a função de secretário do Colegiado.

Dando continuidade ao rito, Luciano Mattos convidou o Procurador de Justiça Marcelo Daltro Leite para discursar em nome dos membros que encerram seus mandatos. "É tempo de saída para uns e de chegada para outros. Tempo de saída

para aqueles que, durante dois anos, criaram vínculos tão fortes que até mesmo as divergências de opiniões não puderam afetar tamanha amizade. Fica aqui a saudade das nossas reuniões semanais, da amizade forjada durante as batalhas travadas em defesa do MPRJ e a satisfação de deixar uma instituição forte, combativa, integrada por profissionais competentes e honestos. Terminamos com a consciência tranquila de que todas as decisões firmadas por este colegiado, que se despede, seguiram o ordenamento jurídico e a justa motivação”, encerrou Marcelo Daltro, desejando aos novos membros sucesso no novo tempo.

Em seguida, o Procurador de Justiça Antônio José Campos Moreira, decano desta nova formação do CSMP, falou representando os novos conselheiros. “Não farei um discurso. Pretendo, apenas, com simples e singelas palavras traduzir a alegria e satisfação que todos nós eleitos, efetivos e suplentes, sentimos em fazer parte do CSMP/MPRJ. O momento é de agradecimento e gratidão por estarmos vivos, juntos, trabalhando, ainda que de forma virtual, em meio à pandemia que ceifou a vida de mais de 200 mil brasileiros. Quero agradecer aos colegas que nos agraciaram com seu voto, permitindo dessa forma que possamos contribuir com a nossa experiência para o engrandecimento e fortalecimento do Ministério Público. Aproveito a oportunidade para parabenizar o nosso Procurador-Geral, Luciano Mattos, pela expressiva votação. E dizer que todos nós estamos convictos que Vossa Excelência, na condição de chefe institucional, com a experiência haurida à frente da Amperj e o comprometimento que sempre teve no exercício da atividade-fim, saberá conduzir perfeitamente o Ministério Público, com o apoio desse Conselho”, finalizou Antônio José.

Os suplentes eleitos pela classe foram os Procuradores de Justiça Ângela Maria Silveira dos Santos; Marcelo Pereira Marques; Leila de Lima Bran Moreira; Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira; Vera Regina de Almeida; Galdino Augusto Coelho Bordallo; Sávio Bittencourt Soares Silva e Viviane Tavares Henriques.

Ao final do evento, Luciano Mattos parabenizou a todos os membros que deixam as funções exercidas no CSMP/MPRJ. Aos novos conselheiros, Luciano Mattos afirmou que vai privilegiar o diálogo, assim como foi dito durante o processo eleitoral. “A interação entre os membros do parquet foi um dos lemas da minha campanha para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Muitas vezes, exercemos nossas funções de forma isolada, mas, sem ferir a independência institucional, devemos valorizar e aprimorar a unidade. Para isso, a participação do novo colegiado é fundamental. Quero muito contar com os senhores para que possamos, juntos, e não de cima para baixo, construir enunciados democráticos que façam a instituição ter pensamentos que permitam mostrar à sociedade uma atuação linear, forte e aprimorada, sempre”, ressaltou, encerrando o evento.



Corregedora-Geral do MPRJ toma posse como Presidente do Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União

A Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira, tomou posse, no dia 25/03, como a nova Presidente do Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNCGMPEU), para o ano de 2021. A cerimônia de posse ocorreu durante a 122ª Reunião do Conselho, realizada no Auditório Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó, Sala de Sessão dos Órgãos Colegiados do MPRJ, de maneira virtual e presencial. Luciana Sapha é a primeira representante do MPRJ a presidir o colegiado.

Compuseram a mesa diretora presencial dos trabalhos, ao lado da nova Presidente, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos; o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Vieira; a integrante do Órgão Especial do Colégio de Procuradores e Decana do MPRJ, Procuradora de Justiça Maria Cristina Tellechea; o Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Cláudio Henrique Viana; e o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), Antônio Iloizio Barros Bastos. O ex-Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, também foi convidado à mesa.

Luciana Sapha, em seu discurso, ressaltou que o trabalho será desempenhado com firmeza, a fim de manter o colegiado altivo, unido, combativo e articulado com os poderes e instituições. “Sinto-me imensamente honrada em assumir a presidência desse conselho e agradeço aos colegas a confiança depositada em mim e na nova diretoria que agrega corregedores aguerridos, representantes dos diversos ramos e unidades que formam o Ministério Público brasileiro. “Tenho orgulho de fazer parte desse colegiado, criado com a finalidade de defender princípios e funções institucionais do MP.”, afirmou a nova Presidente do CNCGMPEU.

Ao transmitir o cargo de Presidente do CNCGMPEU, a Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), Tereza Cristina Maldonado, enfatizou a relevância do Conselho, que sempre foi reconhecido pela dignidade e comprometimento de cada um de seus integrantes. “Tenho certeza que a gestão da dra. Luciana Sapha irá honrar e manter esse padrão”, disse Tereza Maldonado ao desejar sucesso à nova Presidente e diretoria empossados.

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, destacou que é um orgulho para todos os membros do MPRJ ter uma representante da instituição como Presidente do ilustre colegiado. “Conheci Luciana Sapha há 25 anos, no início da minha carreira, através da Procuradora de Justiça Elisa Torelly, querida amiga e brilhante colega de classe. Ao longo desses anos, pude acompanhar o dedicado trabalho desempenhado, cuja coroação de seu esforço aconteceu com a eleição e reeleição para o disputado cargo de Corregedora-Geral do MPRJ. Uma profissional dedicada, com o perfil orientador e não meramente punitivo, o que aprimora o trabalho da instituição”, avaliou o PGJ.

O presidente da Amperj, Cláudio Henrique Viana, também discursou em homenagem à Luciana Sapha. “A difícil e espinhosa função de Corregedora-Geral tem sido desempenhada com muito talento. Temos convicção que Sua Excelência à frente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais também haverá de trazer uma grande contribuição para o colegiado e para o Ministério Público brasileiro”, afirmou.

A cerimônia contou, ainda, com o discurso do Procurador-Geral da República e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Augusto Aras, que manifestou alegria em estar presente, em especial neste momento salutar de alternância da diretoria do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais. “Ao longo da pandemia, restou claro o quanto as instituições precisam de punidade, coerência e coesão, seja para preservar a própria existência do Ministério Público brasileiro, seja para conferir segurança jurídica para todos. Esses quesitos são alcançados por meio das corregedorias, através do bom diálogo com cada agente público e privado, o que pode implicar acordos de não persecução disciplinar, civil e penal, isso por óbvio sem sacrificar o espírito primordial de ser fiscal da lei”, explanou Aras. O Corregedor Nacional do CNMP, Rinaldo Reis Lima, e o Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Manoel Victor Sereni Murrieta e Tavares, também foram convidados a falar. O Ouvidor Nacional Oswaldo Albuquerque também prestigiou a cerimônia.

Na solenidade, também foram empossados, como 1º Vice-Presidente, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Acre (MPAC), Celso Jerônimo de Souza; como 2º Vice-Presidente, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), José Valdenor Queiroz Júnior; como 1ª Secretária, a Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA), Cleonice de Souza Lima; como 2º Secretário, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (MPMS), Silvio César Maluf; como Diretor Financeiro, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC), Ivens José Thives de Carvalho; e como Diretor de Comunicação Social, o Corregedor-Geral do Ministério Público de Rondônia (MPRO), Cláudio Wolff Harger.



Discurso da Presidente do CNCGMMP, Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República;

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza;

Exmo. Sr. Corregedor-Nacional, Dr. Rinaldo Reis Lima;

Exmo. Sr. Conselheiro e Ouvidor-Nacional, Dr. Osvaldo d'Albuquerque;

Exmo. Sr. Presidente do Conselho Nacional de Procuradores Gerais, Dr. Fabiano Dallazen, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul;

Exmo. Sr. Subprocurador-Geral de Prerrogativas e Assuntos Institucionais Dr. Marfan Martins Vieira;

Exmo. Sr. Presidente da Associação Nacional de Membros do Ministério Público, Dr. Manoel Victor Sereni Murrieta e Tavares;

Exmo. Sr. Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Claudio Henrique da Cruz Viana;

Exma. Sra. Procuradora de Justiça Decana do Ministério Público do Rio de Janeiro, Dra. Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea;

Exma. Sra. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Dra. Tereza Cristina Maldonado Kartouchi Exner, Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais, no mandato que se encerra;

Exmo. Sr. Desembargador do Estado do Rio de Janeiro Antonio Iloizio Barros Bastos;

Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Pernambuco, Dr. Paulo Roberto Lapenda Figueiroa, em cuja pessoa cumprimento cada Corregedor-Geral do Ministério Público e demais autoridades, assessores, amigos do Ministério Público, minhas senhoras e meus senhores.

Sinto-me extremamente honrada ao assumir a Presidência do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Agradeço a confiança depositada pelos meus pares, em mim e na nova Diretoria, que agrega Corregedores aguerridos, representantes dos diversos ramos e unidades que formam o Ministério Público Brasileiro. Tenho orgulho de fazer parte deste colegiado, criado em 25 de março de 1994, com a finalidade de defender os princípios e funções institucionais do Ministério Público, as prerrogativas de seus membros e a promoção da integração das Corregedorias Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, entre si, e com a Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do MP.

Estou ciente da responsabilidade que me foi confiada para o ano de 2021, prometendo envidar todo meu esforço no sentido de corresponder aos anseios deste grupo tão especial, como tão bem fizeram os ilustres presidentes que me antecederam, deixando marca pessoal de equilíbrio, competência e profissionalismo. Acredito em um trabalho que será desenvolvido com firmeza para manter as nossas características, de um colegiado altivo, unido, combativo e articulado com os Poderes e as instituições. Aqui estou para combater a boa causa, obediente, como sempre, à Constituição Federal e aos ditames da Lei nº 8.625/1993. Ressaltando a salutar diversidade de pensamentos, sempre bem vinda e necessária em um regime democrático, bem assim em nosso Conselho.

Cumpre, no entanto, preservar as conquistas da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como fator de proteção e de unidade institucional. A causa do Ministério Público é a causa das Corregedorias-Gerais que precisam manter uma estrutura eficiente para fazer frente à atribuição que lhes incumbe como órgão encarregado da vigilância e orientação de todos os membros, Promotores e

Procuradores de Justiça. E, quando necessário, exercer o poder disciplinar. Neste raciocínio, a inovação deve ser a viga mestra da atuação do órgão correcional, com a implementação dos novos instrumentos capazes de prestigiar a ótica resolutiva e de qualidade e não somente a quantitativa.

A Carta de Brasília é um documento marcante neste sentido, ao revisitar a atividade funcional e indicar caminhos, tais como a atuação extrajurisdicional e mecanismos de consenso para dar resolatividade à atuação ministerial.

Temos que ouvir a sociedade, que passa a se reconhecer como partícipe do trabalho desenvolvido. Essas conquistas institucionais foram duramente alcançadas, com lutas e sacrifícios pessoais de muitos colegas e parceiros. E, se foi difícil trazer o *Parquet* ao estágio atual, a manutenção desses avanços tem sido muito mais árdua e trabalhosa.

Temos nos deparado, nos últimos tempos, com propostas que interferem em nossa forma de atuação. Não há espaço para esmorecimento! É necessário garantir o exercício independente das funções do Ministério Público. Como disse o bravo Tamoio, no poema de Gonçalves Dias, “a vida é luta renhida; viver é lutar”.

Nos dias que correm, a pandemia da Covid-19 vem desafiando a sociedade, mas, com a ajuda de avanços tecnológicos, as Corregedorias estão conseguindo dar continuidade às atividades disciplinar e correcional, fazendo as adequações necessárias no esforço simultâneo de olhar para o membro e cuidar da tutela do interesse público, na busca da preservação dos interesses institucionais.

Mais uma vez agradeço aos meus familiares e ao meu filho Lucas, por entender a minha ausência prolongada para me dedicar ao trabalho no Ministério Público.

Meu muito obrigada ao Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza, e ao Procurador-Geral de Justiça, no período de 2017 a janeiro de 2021, Dr. Eduardo Gussem, pelo apoio incondicional, e a todos os amigos do MP que fizeram parte do meu caminho até aqui.

Minha gratidão às Promotoras de Justiça Assessoras da Corregedoria, Helena Silveira Souza e Tatiana Costa Torres, às gentis mestres de cerimônia e a todas as colaboradoras do cerimonial e da equipe de tecnologia.

Por fim, à nossa Amperj, à Cooperativa de Membros e aos integrantes do Coletivo Artístico Lona na Lua.

Para concluir, compartilho estas palavras de esperança de Cecília Meireles:
“A primavera chegará,
Mesmo que ninguém mais saiba seu nome,
Nem acredite no calendário,
Nem possua jardim para recebê-la”.

Muito obrigada pela atenção!

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ACESSO À JUSTIÇA

84, 167, 168, 170;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

99-107, 114, 115;

ANTÍGONE

74, 299, 300, 303;

CEGUEIRA DELIBERADA

39-42, 44, 47, 48, 50-54;

COISA JULGADA MATERIAL

130, 263, 265, 267, 270-277;

CONDUTA ILIBADA

19, 20, 25-28, 33-35;

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

19, 20, 22, 24, 31, 210, 249, 285, 286;

CONSENSUALIDADE

99-101, 274;

CRIPTOGRAFIA

143-145, 147-162;

CRÍTON

299-303;

DADOS PRIVADOS

144;

DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

30, 181, 182, 184;

DEMOCRACIA

21, 23, 45, 181-185, 188, 268, 308, 332, 433, 440, 442, 443, 447, 448, 451, 456, 458;

DESAFIO

151, 152, 181, 188, 197, 199, 200, 205, 230, 245, 283, 285, 286;

DESINFORMAÇÃO POLÍTICA

181, 182, 184, 185, 187-197;

DIREITO ANGLO-SAXÃO

39-41;

DIREITO NATURAL

299, 300, 303;

DIREITO SANCIONADOR

99, 100, 102, 115;

DIREITOS HUMANOS

80, 88, 157, 158, 203, 205, 206, 213, 291, 293, 294, 316, 438, 445;

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

239, 240, 244;

EFETIVIDADE

100, 102, 113, 138, 139, 167, 168, 205, 210, 323, 325, 326, 328, 329, 331-333, 338, 341, 345, 347;

ELEMENTO SUBJETIVO

39, 44, 48, 74, 254, 255, 257, 259, 484;

EQUIDADE

126, 134, 268, 291-293, 323, 324, 326, 329-333;

ERA DIGITAL

181, 184;

ESTADO

19-21, 23, 24, 26, 28, 29, 39, 43, 44, 50, 53, 57, 73-75, 78, 81, 83, 99, 120, 123, 124, 126, 129, 143, 145, 148, 149, 150, 152, 153, 155, 156, 161, 162, 167, 169, 174, 175, 181-184, 186, 187, 188, 192, 193, 199-201, 203, 204, 213, 216-223, 228, 239, 240, 246-248, 253, 260, 263, 264, 268, 271, 283, 284-286, 291-296, 299-302, 305, 306, 309, 315-318, 320, 321, 323, 327, 328, 330, 332, 335, 336, 338, 340, 344, 345, 347, 394, 401-403, 406, 407, 415-418, 421, 422, 424, 425, 427, 429, 430, 433, 438, 439, 443, 447-449, 451-453, 456, 457, 461, 462, 464, 466, 468-470, 479, 480, 487-489;

ÉTICA

26, 171, 192, 196, 291-293, 296, 321, 331;

EXERCÍCIO DE PODER

27, 256, 305-307, 309, 454;

FAKE NEWS

181, 182, 184-193, 195, 196, 451;

FENÔMENO COMUNICACIONAL

181, 185;

FILOSOFIA ANTIGA

300;

GUGLIELMO FERRERO
305;

INCIDENTE
138-140, 155, 167-178, 273, 323-325, 331, 333;

INCLUSÃO SOCIAL
200-203, 205, 212, 216, 218, 231;

INTERNET
19, 20, 23-25, 29, 30, 33, 34, 48, 58, 59, 61, 62, 66, 77, 79, 80, 83, 84, 86, 87, 145-147, 152, 153, 155-158, 160, 161, 181, 182, 184, 185, 193, 194, 197, 220, 253, 315, 316, 321, 429, 431, 432, 438, 445, 449;

INTERVENÇÃO MÍNIMA
57, 59, 74, 81, 91;

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
144, 149, 150, 159;

JUÍZO DE CERTEZA
39, 42-44, 54, 467;

JURISDIÇÃO CONTENCIOSA
126-127, 130, 263-264, 266-273;

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
119-121, 123, 125-131, 133-141, 263-279;

JUSTIÇA HUMANA
291-293, 295-297;

LAVAGEM DE DINHEIRO
39-41, 43, 45, 47-55;

LEGITIMIDADE
29, 32, 62, 75, 87, 122, 154, 174-175, 177, 206, 268, 305-309, 406, 452-453;

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
103, 113, 116-117, 239, 241, 243, 245, 247, 249, 251, 253-255, 257, 259, 261;

LEVINAS
291-296;

LIBERDADE DE EXPRESSÃO
19-25, 27-35, 57-58, 68-71, 74, 87, 91, 157-158, 181-182, 193, 196, 317-318, 445, 457, 532;

LITÍGIO
129, 133, 140, 263, 265, 269-270, 272-277, 327, 332, 505, 509, 514;

MINISTÉRIO PÚBLICO
19-20, 22-24, 28, 31, 39, 57, 80, 85, 99, 101, 108, 113, 114, 121, 134, 143, 146, 148, 167, 173, 174-175, 181-183, 186-188, 190-191, 194, 197, 199, 210, 217, 219-222, 249, 263, 266, 285-287, 291, 315, 320-321, 323, 330, 333, 335, 394, 399, 440, 461-462, 464, 466, 469-470, 479-482, 487, 489;

NORMATIVIDADE
299-300, 303, 414, 585;

ÔNUS ARGUMENTATIVO
19-20, 22, 31-35;

PANDEMIA
167, 239, 245-253, 257-259, 283, 285-287, 430-431, 439, 443, 446, 445, 456;

PESSOA COM DEFICIÊNCIA
200-203, 206-207, 209, 213, 217-218, 221, 231;

PLATÃO
295, 299-300, 303, 307, 308;

POLÍTICA DE MORADIA
199-200, 209-210, 215, 230;

POPULAÇÃO
113, 187, 200, 209, 214, 222, 231, 285-287, 244, 267, 501, 534, 536, 602, 625, 629-630, 633;

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA
57-59, 61-62, 64-70, 72-73, 78, 80, 82-86, 88, 91;

PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL
57, 59-65, 67-69, 71-73, 75-78, 84-85, 88-90;

POSIÇÃO PREFERENCIAL
19-25, 27, 30-35;

PRECEDENTES
80, 83, 167-169, 171-172, 174-175, 178, 396, 415, 465, 467-468;

PROPOSIÇÕES
19-20, 25, 33, 35, 89, 122, 408, 424;

RAPIDEZ DE JULGAMENTO
167;

RECUPERAÇÃO JUDICIAL
119-126, 130-140;

REFLEXÕES
29, 40, 43, 83, 104-105, 136, 182, 188, 242-243, 271, 279, 283, 305;

REGRAS DE EXPERIÊNCIA

39, 44, 54;

RESIDÊNCIAS INCLUSIVAS

200, 205, 211-214, 218-222, 228, 230-232;

RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

167-174, 176-177;

SEGURANÇA

26-27, 32, 35, 60, 64, 139, 144-145, 149-161, 168, 170-171, 173, 177-178, 193, 209, 249-250, 255, 257, 271, 276, 286, 316, 318, 323, 326, 328, 341-343, 365, 367, 377, 385, 438, 448, 451, 456-457, 524, 534, 539-540, 561-562, 569, 579-581, 587-588, 598, 602, 608, 610, 626, 632, 638;

SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS

200, 208, 214, 216-217, 231;

SETORES SOCIAIS

285;

SÓFOCLES

299-300, 303;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

19, 21, 50, 146, 156, 157, 159, 174, 253, 284, 319, 393, 402, 405, 408-409, 413, 415, 421, 423, 428, 433-435, 440, 443;

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

39-40, 44, 47, 51-52, 54;

TRANSTORNO MENTAL

199-200, 202-205, 207, 209-211, 216-217, 230-231;

VIDA PRIVADA

19-20, 25, 28-30, 33-34, 82-84, 126, 133, 146, 248, 276, 316, 438, 451, 456, 523-524, 532-533, 565, 604;

VIOLÊNCIA DE GÊNERO

57-59, 64-66, 68, 75-76, 78, 88-91;

WHATSAPP

80, 144-155, 159, 161.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Torezani

Coordenação-Geral

Aginaldo Alves

Controle Administrativo

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Patrícia Marques

Karoline Lima

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*:

revista@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br