

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 80 abr./jun. 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, 80)

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
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
Kátia Costa Marques de Faria

Membros eleitos

Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Patricia 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

Ertulei Laureano Matos
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

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem a público lançar o 80º volume de sua terceira fase, ainda sob os efeitos da pandemia do covid-19, que impôs à civilização contemporânea a exigência de reorganização do modo de interação entre as pessoas e das formas de trabalho, comunicação e vida cotidiana de um modo geral. Diante desse cenário, já nomeado de “o novo normal”, seguimos firmes, sem esmorecer ante as dificuldades emergidas, no propósito de oferecer aos leitores as reflexões dos nossos colaboradores em temas de indiscutível importância para a seara do Direito.

A seção “Doutrina” possibilita um profícuo estudo sobre a temática dos direitos fundamentais, trazendo para o cotidiano dos nossos leitores teses de indiscutível relevância jurídica e impacto social, tais como a questão da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional; o serviço de acolhimento familiar no Estado do Rio de Janeiro e como o Ministério Público pode impulsionar uma nova cultura para a proteção integral da primeira infância em acolhimento; a falta de interoperabilidade e o excesso de registros no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), os riscos orçamentários e os impactos na vida do cidadão que depende do orçamento público para o atendimento dos seus direitos; a segurança pública como responsabilidade do Estado, as regras do jogo democrático e a flexibilização da posse e do porte de arma no Brasil. Apresentamos também importantes reflexões sobre o direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do Acordo de Não Persecução Cível; sobre aspectos gerais e controvertidos deste mesmo instrumento; além de considerações acerca da temática da tutela atípica de prestações pecuniárias; da presunção de inocência e do trânsito em julgado; da cassação da aposentadoria do servidor público; e, ainda, uma análise doutrinária sobre as contribuições do pensamento de Cesare Beccaria, no opúsculo *Dos Delitos e das Penas*, para o Direito Penal brasileiro.

Na seção “Observatório Jurídico”, são reproduzidos dois artigos: um suscitando a questão da vedação de reeleição para a presidência das Casas do Congresso Nacional, sem que haja prévia reforma constitucional, do Professor Ives Gandra, e o outro, acerca da independência do Ministério Público, da lavra do Promotor de Justiça Frederico Rangel de Albernaz.

Na seção “Observatório Filosófico”, o Procurador de Justiça e Professor Adolfo Borges Filho discursa sobre a sombra do *super-homem* nietzschiano a partir de vestígios filosóficos na *Culpa* de Raskólnikov, em “Crime e Castigo”, de Dostoiévski, ao passo que o Mestre em Filosofia Gustavo Lunz realiza breve comparação entre os dois tipos de homem virtuoso traçados nos livros III e VI da ética a Nicômaco.

Em “Memória Institucional”, reproduzimos, como parte do Programa “Personalidades do MP”, a entrevista realizada com os Procuradores de Justiça Ricardo Ribeiro Martins e Orlando Carlos Neves Belém, e com as Promotoras de Justiça Debora da Silva Vicente e Roberta Rosa Ribeiro, na qual se discute o tema da valorização da negritude.

Na seção “Peças Processuais”, são reproduzidos pareceres exarados por membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no exercício de suas funções institucionais e, em “Jurisprudência”, priorizaram-se temas atuais que ocupam a pauta dos dois principais tribunais do País, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, dos quais a Revista é repositório autorizado.

Para a seção “Jurisprudência Internacional”, apresentamos o Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil, sentença de 15 de julho de 2020, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

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

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Os movimentos sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional <i>Christiane Barbosa Monnerat de Azevedo</i>	19
O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não perseguição cível: alguns pontos <i>Emerson Garcia</i>	57
A presunção de inocência e o trânsito em julgado <i>Fernando Tourinho Filho</i>	95
A falta de interoperabilidade e o excesso de registros de CPF: quais os riscos orçamentários e os impactos na vida do cidadão que depende do Orçamento Público para ter os seus direitos atendidos? <i>Karine Tomaz Veiga</i>	105
O serviço de acolhimento familiar no Estado do Rio de Janeiro: como o Ministério Público pode impulsionar nova cultura para a proteção integral da primeira infância em acolhimento? <i>Luciana Pereira Grumbach Carvalho</i> <i>Viviane Alves Santos Silva</i>	137
A cassação da aposentadoria do servidor público <i>Luís Alberto Thompson Flores Lenz</i>	169
Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Perseguição Cível <i>Luiz Manoel Gomes Júnior</i> <i>Diogo de Araujo Lima</i>	185
Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? <i>Sérgio Cruz Arenhart</i>	209
As contribuições do pensamento de Cesare Beccaria em <i>Dos Delitos e das Penas</i> para o Direito Penal brasileiro: uma análise doutrinária <i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i>	231
As regras do jogo democrático e a flexibilização da posse e do porte de arma no Brasil: a segurança pública como responsabilidade do Estado <i>Tiago Martinez</i> <i>Robson Carlos dos Santos Braga</i> <i>Adriana da Silva Clericuzi</i>	243

Observatório Jurídico

Vedação de reeleição para presidências do Congresso Nacional sem emenda à Constituição

Ives Gandra269

L'indépendance du parquet: une question omniprésente

Frederico Rangel de Albernaz.....271

Observatório Filosófico

Vestígios filosóficos na *Culpa* de Raskólnikov em “Crime e Castigo” de Dostoiévski: a sombra do *super-homem* nietzschiano

Adolfo Borges Filho.....279

Breve comparação entre os dois tipos de homem virtuoso traçados nos livros III e VI da *Ética a Nicômaco*

Gustavo Lunz.....287

Peças Processuais

Pareceres

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Processo Administrativo. Conselho Nacional do Ministério Público. Análise acerca da Proposição nº 1.00415/2021-60, que trata da proposta de resolução que busca instituir a política nacional de proteção de dados pessoais do Ministério Público brasileiro.

Emerson Garcia.....297

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital em face da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu, a respeito da atribuição para atuar em Inquérito Civil afeto à suposta veiculação de publicidade enganosa. Objeto tratado nos autos que revolve questão consumerista. O local do dano funciona como regra para fixar a competência. Inteligência dos artigos 93 da Lei 8.078/1990 e artigo 2º da Lei 7347/85. Atribuição que, em tese, seria de órgão de execução que integra outra unidade da Federação. Autonomia funcional e administrativa entre os Ministérios Públicos dos Estados. Impossibilidade da chefia do *Parquet* Fluminense ter qualquer ascendência funcional sobre membro dos quadros do Ministério Público Potiguar.

Marlon Oberts Cordovil307

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória 317

A Valorização da Negritude no MPRJ 319

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 171.118 / São Paulo. Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext. 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe: 28.2.2014. 6. Ordem de *habeas corpus* concedida para trancar o processo penal.

Segunda Turma, 12/11/2019 359

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.854 / Distrito Federal. Constitucional. Ministério Público. Garantias de Inamovibilidade e independência funcional de seus membros. Princípio do Promotor Natural. Art. 10, IX, “g”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Alteração das atribuições de membro por designação do Procurador-Geral de Justiça. Interpretação conforme a Constituição. Necessidade de concordância do Promotor Natural. Procedência parcial.

Plenário, Sessão Virtual de 05/06/2020 a 15/06/2020 371

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.855 / Rio Grande do Norte. Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito à vida e à saúde. Covid-19. Competência dos estados. Cautelar indeferida. 1. Ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto decretos estaduais que impõem medidas restritivas de circulação de pessoas e funcionamento de estabelecimentos comerciais, entre outras, para enfrentamento da pandemia. 2. As medidas impugnadas são dotadas de razoabilidade e destinam-se a um fim legítimo: conter o contágio, mortes e sobrecarga do sistema de saúde, com base em orientação e

dados dos respectivos órgãos técnicos. 3. Conforme reiterada jurisprudência do STF, União, Estados e Municípios possuem competência legislativa concorrente (CF, art. 24, XII) e competência administrativa comum (CF, art. 23, II) para defesa da saúde. Sem prejuízo da atuação própria da União, cabe a eles, portanto, adotar medidas de combate à pandemia, desde que: (i) observem os limites de sua competência e (ii) atuem respaldados em critérios científicos. Nesse sentido: ADI 6.341 MCRéf, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 6343 MC-Ref, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes; ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 6625 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 4. Em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, é legítima e exigível a observância dos princípios da prevenção e da precaução, como vem reiteradamente decidindo o Tribunal. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli. 5. Cautelar indeferida por ausência de *fumus boni iuris* e grave *periculum in mora* inverso.

Rel. Ministro Roberto Barroso, 23/06/2021 **395**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 626941 / Rio de Janeiro (2020/0300219-8). Processo penal. Agravo regimental da decisão que denegou o *habeas corpus*. Pedido de sustentação oral. Impossibilidade. Ausência de previsão regimental. Declaração de nulidade de decisão que declinou de competência. Retorno dos autos. Ausência de efeitos. Inexistência de prejuízo. *Pas de nullité sans grief*. Agravo regimental desprovido.

Quinta Turma, 23/02/2021 **405**

Ação Penal nº 912 / Rio de Janeiro (2018/0242438-5). Ação penal. Queixa-crime. Acusação contra desembargadora do TJRJ. Crime de calúnia contra pessoa morta. Retratação cabal antes da sentença (art. 143 do CP). Ato unilateral. Extinção da punibilidade (art. 107, VI, do CP).

Corte Especial, 03/03/2021 **419**

Jurisprudência Cível

Agravo em Recurso Especial nº 902.854 / Rio de Janeiro (2016/0096936-5). Processual civil, constitucional e administrativo. Agravo em Recurso Especial. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Pretensão de afastar exigências impostas ao transporte público municipal gratuito aos idosos, incluídas por legislação municipal. Afastamento da deserção anteriormente declarada pela presidência do STJ, mera irregularidade no preenchimento das guias de preparo recolhidas integral e tempestivamente. Inexistência de nulidade por violação do art. 535 do CPC/1973. Alegações genéricas a atrair a Súmula 284/STF. A matéria acerca da legitimidade processual foi decidida pela corte local ante a interpretação de dispositivos constitucionais, insuscetíveis de apreciação em sede de apelo raro. No mérito

não houve apreciação sobre violação do art. 39 do Estatuto do Idoso, apenas se afastou a sistemática prevista em legislação municipal para cadastramento prévio dos idosos e controle do uso gratuito do transporte público municipal. Incidência da Súmula 280/STF. A multa do art. 538, p. único, do CPC/1973 deve ser afastada quando se verificar a utilização não abusiva do recurso integrador, como ocorre no caso. Multa afastada. Deve também ser afastada, ante o princípio da simetria, a condenação da parte vencida na ação civil pública ajuizada pelo Órgão ministerial. Agravo conhecido para conhecer em parte, e na parte conhecida, dar provimento ao recurso especial do Sindicato Rio Ônibus, apenas para afastar as condenações à multa processual e à verba honorária. Agravo interno do MPRJ prejudicado.

Primeira Turma, 19/05/2020 **441**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **475**

Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares Vs. Brasil **477**

Noticiário

MPRJ cria Grupo Temático para ações direcionadas à redução da letalidade e da violência policial **699**

MPRJ participa de reunião do Fórum Nacional de Gestão do CNMP para debater a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do MP brasileiro **701**

Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebe o Presidente do TJ-RJ **703**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **705**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Os movimentos sociais e a consolidação da proteção aos animais no Brasil e sua posição na arena internacional

Christiane Barbosa Monnerat de Azevedo*

Sumário

1. Introdução. 2. Breve digressão histórica. 3. A Declaração Universal de Direito dos Animais (DUDA). 4. A natureza jurídica dos animais. 5. A criação do Núcleo de Proteção de Animais (NPA). 6. A emergência da nova classe dos denominados “protetores dos animais”. 7. Fatores de sucesso da nova parceria. 8. Considerações finais. Referências. Anexo 1. Anexo 2. Anexo 3. Anexo 4. Anexo 5.

Resumo

O presente trabalho pretendeu focar no êxito da parceria do Núcleo de Proteção Animal (NPA) do Rio de Janeiro com a classe emergente de “Protetores” *lato sensu*, incluindo-se neste contexto as ONGs que atuam neste campo. Após perfunctória digressão histórica acerca do surgimento deste novo segmento de proteção animal, procurou-se identificar os aspectos positivos derivados desta inédita aliança, sem olvidar da abordagem quanto a sua regularidade e legalidade em face das normas internacionais, principalmente a Declaração Universal dos Direitos do Animais (D.U.D.A) e Ordenamento Jurídico interno, vale dizer, a Magna Carta de 1988 e outras legislações infraconstitucionais que tratam do tema. A Teoria dos Movimentos Sociais teve grande contribuição no caminho percorrido e fundou os alicerces da participação da sociedade civil na solução de casos trabalhados pelo NPA, materializando o festejado Princípio Constitucional da Democracia Participativa. O abandono das antigas práticas obsoletas de exclusividade do Poder Público Municipal atesta o caráter multidisciplinar do Direito Animal e confere perfeita aura de legalidade à improvisação em caso de situações inusitadas, *v.g.* afastar o animal ainda durante a investigação policial de seu proprietário e entregá-lo a um protetor, a fim de lhe salvaguardar o bem-estar e na maioria das vezes, sua própria vida. A metodologia utilizada encontra embasamento não somente em espirais teóricas como livros e artigos de revistas especializadas, sites de ONGs e protetores independentes, mas principalmente na pesquisa de campo através da observação sistemática durante o lapso temporal em que a autora foi titular da 19ª Promotoria de Investigação Penal que abrangia a 32ª Delegacia Policial (Jacarepaguá) e Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente que abarcava o NPA.

* Graduada em Relações Internacionais pela Uninter. Foi Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Núcleo de Proteção Animal. Protetores de animais. Teoria dos Movimentos Sociais. Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

1. Introdução

Antes mesmo da publicação da Carta Magna de 1988, já havia um movimento, ainda não reconhecido jurídica e legalmente, que trabalhava de modo incansável para defender os interesses dos seres considerados objetos de direito, vale dizer, os animais.

Estes “entusiastas do tema” passaram a se organizar, dando origem ao compartilhamento de ideais comuns, consubstanciados no sentimento de solidariedade para com os animais, alçando o movimento à necessidade premente para efetivação dos anseios de uma sociedade que despertava como ferrenha defensora dos direitos daqueles. Nesse passo, a legislação em vigor tornou-se objeto de reivindicação, não podendo o legislador se omitir diante da atual ordem social que impunha aos Poderes Públicos o aumento na qualidade e eficiência para a proteção dos novos valores ditados pela classe emergente.

A pressão exercida pelos movimentos que tutelavam a causa de proteção animal resultou na edição da Lei nº 9605, de 12 de novembro de 1998 que erigiu a ação de maus tratos de animais à categoria de crime. Nesse contexto, diante do novo cenário jurídico, os órgãos criados pela lei para o combate de crimes, entre os quais o de maus tratos de animais, foram demandados por uma sociedade e por aquela parcela expressiva hodiernamente definida como “protetores”, nos quais se inserem ONGs, sociedades filantrópicas, associações, comissões e simpatizantes à causa.

A atualidade e relevância do tema são patentes, principalmente se considerarmos o surgimento de uma classe de vital importância para dar voz aos animais, materializando, assim, a Teoria dos Movimentos Sociais. A importância do estudo repousa na aventura empírica dos casos relacionados ao longo da narrativa, trabalhados na parceria supramencionada e sua confrontação com os principais documentos de natureza internacional, principalmente a Declaração de Direito dos Animais (D.U.D.A) da UNESCO.

Por fim, apresentamos como justificativa a ousadia na exposição de um trabalho experimental e pioneiro não somente no que concerne à abrangência nacional quanto ao sistema internacional como um todo. Até então, o tema em tela jamais foi objeto de abordagem, apresentando-se como inédito, o que desafia a elaboração do presente artigo científico.

2. Breve digressão histórica

Nas palavras de Alexander Von Humboldt¹, “avalia-se o grau de civilidade de um povo pela forma como trata seus animais”². Muito antes de a terra ser habitada pelo homem, os animais já existiam. Assim como dependemos da natureza para sobreviver, igualmente dependemos dos animais como elementos indissociáveis ao meio ambiente. Cumpre lembrar que durante séculos a humanidade vem exterminando milhares de espécimes, e as nefastas consequências deste cenário vêm se apresentando a cada dia, alertando-se do perigo de o desequilíbrio se tornar tamanho, que o resultado será o desaparecimento *ad infinitum* da vida humana da face da terra.

No Brasil, a situação jurídica dos animais foi estabelecida com a edição do ab-rogado Código Civil de 1916, que preconizava, em seu artigo 593 e seguintes, que os animais se equiparam a coisas, bens semoventes, objeto de propriedade e outros interesses alheios. Foi no ano de 1934, entretanto, que se editou o Decreto nº 24.645, que estabelece medidas de proteção aos animais, bem como elenca, em seu artigo terceiro, extensivo rol das condutas consideradas maus tratos. Em 3 de outubro de 1941, foi editada a Lei das Contravenções Penais, que em seu artigo 64, tipificou a prática de crueldade contra animais, dispositivo este que foi revogado pela atual lei dos crimes ambientais. A legislação 9605/98 que erigiu maus tratos à categoria de crime, embora de recente implementação, já foi objeto de modificação pela nova Lei nº 1095/2019, quanto à pena fixada. É que a antiga sanção permitia a inserção da conduta no rol nas denominadas infrações de pequeno potencial ofensivo, conferindo ao seu autor uma expressiva gama de benesses legais, a exemplo do instituto da transação penal.

Pode-se apontar como inexorável avanço a recém-publicada Lei nº 1095/2019 sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro que aumentou a pena para quem praticar ato de abusar, maltratar, ferir ou mutilar animais, modificando, assim, o artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais retromencionado.

O aumento da pena imposta aos autores de maus tratos praticamente revogou todos os benefícios legais anteriormente estabelecidos, principalmente a impossibilidade de realização de transação penal (mediante o pagamento de cesta básica, por exemplo).

3. A Declaração Universal de Direito dos Animais (DUDA)

Ao contrário do que muitos afirmam, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (D.U.D.A.) supostamente editada pela UNESCO, jamais foi adotada por qualquer organização internacional em caráter oficial e sequer possui a natureza jurídica de Declaração, no sentido jurídico do vernáculo.

¹ Geógrafo alemão, aspirante a explorador, cientista, dedicado estudante e pós-graduado em geologia e botânica.

² VON HUMBOLDT, Alexander. Revista Galileu. p. 84/85. Dezembro de 2008.

Destarte, a propósito do tema, preleciona Valério Mazzuoli, *verbis*:

A despeito de sua nomenclatura, a D.U.D.A. não se enquadra na definição de declaração que a doutrina de Direito Internacional atribui ao termo, ou seja, não se trata de um ato que determine princípios jurídicos ou regras ou de uma norma de Direito Internacional que assinala um posicionamento político comum.³

Trata-se de uma “declaração” de ordem ética e moral. Contudo, considerando a ausência de preceito sancionatório aos transgressores, é despida de força coercitiva, revestindo-se apenas de caráter regratório e de orientação. Consoante o autor acima mencionado, “trata-se de *soft law*”.⁴ Apesar de seu viés utópico, a D.U.D.A. se reveste de importância ímpar em razão de ser um documento bastante difundido, mormente após a era da globalização. Ela foi um estímulo para várias mudanças, não somente em âmbito legislativo, mas principalmente por representar uma renovação da consciência social acerca do Direito Animal. Indubitavelmente, o Direito Animal sofreu um grande avanço em todos os sentidos após a edição da D.U.D.A.

4. A natureza jurídica dos animais

Embora tratados como seres semoventes pela legislação pátria, certo é que vários movimentos sociais vêm pressionando o legislador para a mudança na sua natureza jurídica a fim de se adequarem aos ditames da D.U.D.A. Neste compasso, Diomar Ackel Filho aponta para a condição do animal como sujeito de direito:

Eis porque pode-se sustentar que os animais constituem individualidades dotadas de uma personalidade típica à sua condição. Não são pessoas, na acepção do termo condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados pois, de uma espécie de personalidade “*sui generis*”.⁵

Em franca dicotomia com a evolução das melhores literatura e doutrina contemporâneas acerca do bem-estar animal, o artigo 82 do atual Código Civil revela visão antiquada e ultrapassada ao tratar os animais como “bens suscetíveis de movimento próprio” (artigo 82, *caput*, do Código Civil).

³ Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5a ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ Para Mazzuoli, “o valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais”. *Curso de Direito Internacional Público*. 5a ed. São Paulo, 2014, p. 177-179.

⁵ FILHO, Diomar Ackel. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001.p.64.

Em consonância com o melhor entendimento, NUNES JÚNIOR (2019) ao comentar julgado do STF, asseverou que “os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial, como seres sencientes, dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais”⁶.

Neste contexto, embora a lei civil dite a natureza jurídica do animal como coisa (bem semovente), certo é que muito já se evoluiu para a modificação deste cenário, seja através da doutrina ou mesmo de jurisprudências acerca do tema em tela.

5. A criação do Núcleo de Proteção de Animais (NPA)

O ano era de 2014 e o contexto fático-social era favorável à criação de um órgão voltado para as demandas envolvendo maus tratos de animais e outros delitos afins.

No Rio de Janeiro, havia apenas uma Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente para atendimento a todo Estado, com mais de cem Municípios. Assim, as condutas criminosas de maus tratos de animais eram relegadas a segundo plano. O cenário era bastante crítico, sendo certo que não havia sequer um núcleo especializado para atendimento desta crescente demanda. Por sua vez, as Delegacias Distritais (aquelas cujas circunscrições são delineadas por critérios estritamente territoriais) eram desprovidas de material e pessoal qualificado profissionalmente para lidar com a matéria, sendo certo que as poucas notícias que ali chegavam relativas a maus tratos de animais eram desprezadas diante da ocorrência de crimes mais graves. Contornar a burocracia dos órgãos governamentais se impunha como único modo de propiciar celeridade à investigação e aumentar as chances de sobrevivência do animal, vítima de maus tratos. Isto porque diante da enorme demanda desta seara aliada à precariedade dos instrumentos disponíveis, muitos animais morriam em consequência dos maus tratos e seus respectivos autores gozavam de impunidade.

Ad argumentandum tantum, neste contexto, Willian Freire preleciona que:

Percebe-se no Brasil duas características:

a) leis que não são aplicadas; b) leis elaboradas ao sabor de campanhas restritas a dado objeto: Um país que sequer consegue encarcerar ladrões, assaltantes, estupradores, sequestradores e políticos corruptos, dificilmente conseguirá tornar efetiva a sanção penal ambiental.⁷

O Núcleo de Proteção de Animais foi criado, ainda que informalmente, na gestão da chefe de polícia Martha Rocha e funcionava de forma improvisada nas dependências da Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA). Inicialmente,

⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁷ FREIRE, William. *Direito Penal Brasileiro*, 1998, p. 119.

foi destacado somente um policial civil com formação de médico-veterinário para cuidar das investigações de maus tratos de animais e delitos afins. Em poucos meses, tendo em vista o crescimento inexorável desta demanda, o NPA passou a funcionar com dois agentes da lei.

Insta salientar que tal criação foi fruto de pressão exercida por vários segmentos da sociedade civil e tomou contornos legais através de um manifesto encaminhado pela Comissão Especial da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ) à Chefia de Polícia. O texto do citado documento solicitava a criação de uma Delegacia Especializada de Proteção e Defesa dos Animais, considerando a urgência da pauta atinente às políticas públicas nesta seara.⁸ Na época, a linha de defesa da Chefia de Polícia para a não criação da Delegacia era o argumento de que o Poder Legislativo não poderia criar despesas para o Poder Executivo, respeitando-se o Princípio do *Checks and Balances System*. A solução foi aproveitar de um aparato já existente e criar um núcleo destinado apenas a esta demanda, solução esta que, embora improvisada, trouxe inúmeros benefícios na defesa dos animais.

6. A emergência da nova classe dos denominados “protetores dos animais”

Com o advento da Internet, a proteção animal alcançou um espaço próprio para atuar de forma ampla, solicitando ajuda e divulgando suas ações em prol dos animais, através de inúmeras redes sociais, passando o NPA a ficar em constante evidência na mídia em razão da notoriedade dos casos em trâmite naquele órgão.

Todavia, esta classe já há muito existia, mas atuava de forma simplista e independente, sem qualquer apoio do Poder Público. Através das feiras organizadas por esta classe para adoção dos animais e outros eventos isolados, estes protetores começaram a se aglomerar e ganhar força.

Com o surgimento das ONGs neste setor, houve quase que instantaneamente a aparição de uma luta bem definida e que agora contava com plena organização e objetivos bem específicos.

Destarte, ressaltando o relevante papel das ONGs, trazemos à colação o ensinamento do renomado professor José Cretella Neto, segundo o qual “Apenas no campo dos direitos humanos têm as ONGs tanta importância quanto no Direito Internacional do Meio Ambiente”.⁹

Enfim, para resumir o conteúdo do que se pretende com a presente enquisa, selecionamos os ensinamentos do Ministro José Augusto Delgado, *verbis*:

(...) Qual o retrato da democracia desejada pelo cidadão neste final de século? É fundamental diminuir a influência do Estado na construção de uma nova concepção sobre as estruturas de um novo regime

⁸ JORNAL EXTRA. *Alerj pede a criação de Delegacia Especializada de Proteção e Defesa dos Animais*. 2013. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/alerj-pede-criacao-de-Delegacia-Especializada-de-Protecao-e-Defesa-dos-animais>>. Acesso em: 11/10/2020.

⁹ CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 446.

democrático, atendendo-se, de forma preferencial, aos anseios da cidadania? É essencial para o futuro da nação brasileira esse tipo de preocupação? Há uma definição universal de democracia a ser seguida, adaptando-se, apenas, aos nossos costumes, aos nossos ideais e às nossas necessidades globais?¹⁰

Como verdadeiros heróis e agindo como agentes imbuídos da horda democrática, os Protetores, através de suas ONGs, passaram a reivindicar do Poder Público abrigo para animais abandonados, apoio para castração, campanhas para conscientização da população, eventos e feiras de adoção, leis mais eficazes de proteção animal, entre outras ações.

7. Fatores de sucesso da nova parceria

A partir do trabalho de campo do NPA, verificou-se uma série de mazelas, principalmente envolvendo a omissão do Poder Público na área em comento. A principal delas se referia ao abrigamento inicial do animal vítima de maus tratos e sua colocação em lar substituto ainda no início das investigações. Na capital do Rio de Janeiro, o único abrigo do Poder Público situado em Pedra de Guaratiba (Fazenda Modelo) somente recebe animais encaminhados através de autorização judicial e presta serviço precário a esta população. Conta com um pequeno ambulatório, cujo serviço de castração não é suficiente para atendimento de toda a demanda do Município do Rio de Janeiro.

Neste contexto, o papel e desempenho dos protetores, seja de forma independente ou através de suas respectivas ONGs, mostrou-se imprescindível em todos os segmentos.

Baseado em lastro de confiança construído pela necessidade de salvaguardar o bem-estar animal, os policiais e os protetores passaram a desenvolver trabalho único.

Ao invés de divulgar a situação criminosa à exaustão, os protetores agora contavam com um canal exclusivo para apuração desta crescente demanda. Na outra ponta, os animais resgatados pelo NPA eram entregues aos protetores provisoriamente, sendo os mesmos nomeados fiéis depositários, até que finalmente, após o trâmite legal do então processo encaminhado à Justiça, eram entregues à adoção.

Contudo, esta experiência inédita também trouxe alguns desafios acerca da legalidade de procedimentos comumente adotados pelo NPA. O principal deles diz respeito ao abrigamento, ainda na fase investigatória, do animal, vítima de maus tratos. Indaga-se: o fato de o animal ser retirado de seu proprietário à revelia deste, na fase pré-processual, e entregue a um protetor, ainda que provisoriamente, viola as normas internas e/ou internacionais? Afinal, a transferência de bem móvel (no caso semovente) contra a vontade de seu proprietário não afrontaria o Princípio do

¹⁰ GANDRA, Ives et al. *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 500.

Due Process of Law? Tais procedimentos encontram amparo na Declaração Universal de Direito dos Animais da UNESCO? Aliás, a própria parceria, por si só, traria alguma restrição/proibição por parte dos principais documentos relativos à proteção animal? Cremos que não. É que o Direito Animal possui caráter multidisciplinar, exigindo participação ampla da sociedade civil com o fim de atingir as soluções mais adequadas e eficientes, principalmente ante a clara omissão do Poder Público Municipal. Tal assertiva encontra seu alicerce no Princípio Constitucional da Democracia Participativa oriundo dos cenários típicos de movimentos sociais que podem ser compreendidos como atos políticos de transformação social de natureza reformista.

A propósito do tema, assinalamos o artigo do festejado Vicente de Paula Ataíde Junior:

Seria, hoje, realmente muito difícil imaginar soluções adequadas para a promoção dos direitos fundamentais animais sem uma participação dialogada entre os diversos setores envolvidos. Administração Pública, organizações não governamentais de defesa e proteção animal (as antigas "sociedades protetoras dos animais"), médicos veterinários, zoólogos, outros cientistas etc.¹¹

Por outro lado, a entrega provisória, ainda que na fase investigatória, a uma ONG ou a um protetor independente, com a sua consequente nomeação de depositário fiel, não viola qualquer norma ou princípio no campo do Direito, pelo contrário, apenas reforça os dogmas constitucionais atinentes à espécie¹², encontrando-se em perfeita consonância com a D.U.D.A. Ressalte-se a aplicação por analogia do artigo 105 do Decreto Federal nº 6514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências, segundo o qual "os bens apreendidos deverão ficar sob a guarda do órgão ou entidade responsável pela fiscalização, podendo, excepcionalmente, ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo".

Quando uma criança é sequestrada, por exemplo, e é resgatada ainda no cativeiro, a regra é seu retorno à família de origem. Todavia, quando há indícios suficientemente fortes de que os próprios genitores estariam envolvidos no hediondo delito, ela é entregue ao parente mais próximo e na ausência deste, deve ser encaminhada a abrigo local mantido pelo Poder Público. Resta patente que

¹¹ Ataíde, Vicente de Paula. *Princípios do Direito Animal Brasileiro*. Direito.ufpr.br. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36777>

¹² Constituição Federal de 1988, art. 225. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: inciso VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade" (grifo nosso).

em nenhuma hipótese, ela deverá permanecer sob a guarda dos sequestradores que visavam extorquir vultuosa quantia em dinheiro do avô da vítima e para tanto, simularam o falso sequestro do próprio filho. O mesmo ocorre quando os genitores são flagrados cometendo crimes de maus tratos contra o menor. Neste caso, considerando a situação de risco do menor/vítima, qualquer outra solução é mais adequada do que sua entrega aos pais biológicos, ainda mais quando ocorre a prisão por flagrante delito. *Mutatis mutandis*, o mesmo deve ocorrer em caso de maus tratos de animais. Alguns policiais, mormente nas Delegacias não especializadas, optam por autuar o autor do delito pelo crime de maus tratos e deixar o animal na posse do mesmo. Todavia, tal conduta somente trará consequências malélicas para o animal, eis que na prática esta solução demonstrou ao longo dos anos que o criminoso tentará de todos os meios eliminar o animal a fim de esconder as provas de seu delito para angariar a impunidade.

A coletividade, titular dos direitos difusos ou de terceira geração do meio ambiente como um todo, não pode mais compactuar com este cenário e através da pressão de diversos segmentos ligados ao Direito dos Animais, passou a exigir do Poder Público um espaço para compartilhamento das soluções nesta seara. Estes movimentos sociais passaram a ganhar densidade e a fazer parte do poder de solução que antes era exclusivo do Poder Público. Sucinta, patente e digna de aplauso, a parceria realizada pelo NPA com os protetores *lato sensu*, consoante a lição de Maria da Glória Gohn:¹³

Simultaneamente, o Estado, objeto central de investigação de grande parcela de cientistas sociais, passou, no plano da realidade concreta, a ser deslegitimado, criticado, e com a globalização perdeu sua importância como regulador de fronteiras nacionais, controles sociais etc. Ocorreu um deslocamento de interesse para a sociedade civil, e nesta os movimentos sociais foram as ações sociais por excelência.

Com o passar do tempo, os movimentos de defesa animal adquiriram contornos de uma sociedade organizada, na medida em que se deu a transformação da cultura, organizando-se o binômio comunidade-sociedade. Este abandono das antigas práticas e a improvisação de soluções por parte da nova parceria proporcionaram um conjunto de soluções concretas e uma nova compreensão do mundo. A nova estrutura que acabara de se formar, teve seu caminhar lento, mas sólido, à similitude do que ocorre na Revolução Científica de KUHN¹⁴ em uma visão epistemológico-abstrata da realidade apresentada.

¹³ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos Movimentos Sociais Paradigmas Clássicos e Contemporâneos*. São Paulo, 1997: Edições Loyola, p. 5.

¹⁴ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5a ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

8. Considerações finais

Outrora, o movimento realizado pelos defensores dos animais foi crucial para a transformação da consciência da proteção nesta seara, a despeito do posicionamento retrógrado do atual Diploma Civil.

No Rio, foi criado o Núcleo de Proteção Animal (NPA) que logrou amenizar os entraves burocráticos, principalmente quanto ao resgate do animal maltratado, e, com o auxílio dos protetores de animais, agindo de forma pessoal ou através das competentes ONGs, trouxeram, ainda que de forma improvisada, mas inovadora, inúmeros benefícios, consoante quadros contidos no fim do presente.

A entrega provisória dos animais a terceiro que não o proprietário mediante a sua nomeação como fiel depositário não fere o Princípio do Devido Processo Legal. Aplica-se, *in casu*, o Princípio Constitucional da Democracia Participativa que encontra sua maior expressão em cenários típicos de movimentos sociais.

A D.U.D.A. é tratada como documento oficial expedido pela UNESCO, tendo o Brasil, inclusive, como signatário, todavia sequer possui a natureza de declaração no sentido jurídico do vernáculo. Embora despida de força coercitiva, seu caráter regratório dotado de orientações acerca do bem estar animal teve o condão de representar uma renovação da consciência social acerca do Direito Animal, mormente na era da globalização.

Referências

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS. *Brasil tem 30 milhões de animais abandonados*. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100681698/brasil-tem-30-milhoes-de-animais-abandonados>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS. *SP tem aproximadamente 2 milhões de animais abandonados nas ruas*. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100362251/sp-tem-aproximadamente-2-milhoes-de-animais-abandonados-nas-ruas>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. *Números e dados das Fundações e Associações Privadas Sem Fins Lucrativos no Brasil- Pesquisa FASFIL 2010 (lançada em dezembro de 2012)*. Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, s/d. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/ongs.php?id=18>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BETONI, Camila. *O que é Sociologia?* InfoEscola, s/d. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/sociologia/o-que-e-sociologia/>>.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto Federal 6514, de 22 de julho de 2008*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em 11 nov. 2020.

CANAL DO PET. *Você sabe o que é o Centro de Zoonoses? Entenda a importância dele*. Canal do Pet, s/d. Disponível em: <https://canaldopet.ig.com.br/cuidados/saude/2016-10-17/centro-zoonoses.html>>.

CAROLINE, Luana. *As ONGs são fundamentais para sociedade, pois conhecem e atuam junto às demandas da população*. Todo Estudo, s/d. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/geografia/ongs>>.

CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COSTA, Beatriz Souza. *Meio Ambiente como direito à vida – Brasil, Portugal e Espanha*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Caroline. *ONGs (Organizações não Governamentais)*. InfoEscola, s/d. Disponível em: <https://www.infoescola.com/geografia/ongs-organizacoes-nao-governamentais/>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

FILHO, Diomar Ackel. *Direito dos Animais*. São Paulo: Themis, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GANDRA, Ives et al. *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos Movimentos Sociais Paradigmas Clássicos e Contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

JORNAL EXTRA. *“Alerj pede a criação de Delegacia Especializada de Proteção e Defesa dos Animais”*. 2013. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/alerj-pede-criacao-de-Delegacia-Especializada-de-Protecao-e-Defesa-dos-animais>>. Acesso em: 11/10/2020.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

MACHADO, Aline Maria Batista. *O percurso histórico das ONGs no Brasil: perspectivas e desafios no campo da educação popular*. João Pessoa: UFPB, 2012. Tese (Pós-graduação em Educação). Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: <http://www.>

histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario9/PDFs/5.05.pdf >. Acesso em: 29 jun. 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Kátia Okumura. *O discurso dos protetores dos animais e sua imagem na mídia*. São Paulo: PUC, 2010. Tese de mestrado em comunicação e semiótica. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/4264>

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et al. *Comentários à Lei dos Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRENNEPOHL, Natascha. *Manual de Direito Ambiental*. Niterói: Impetus, 2010.

Anexo 1

Ano de 2014

200-00944/2014	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	18	0	0	0
200-00949/2014	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00952/2014	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00953/2014	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	35	0
200-00955/2014	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00956/2014	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	10	0
200-00957/2014	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00958/2014	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	22	0
200-00959/2014	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	4	0
200-00969/2014	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	1	0	0	0
200-00970/2014	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	3	1	0	0	0
		158	113	130	799	19

Anexo 2

Ano de 2015

200-00065/2015	POSSE ILEGAL DE AVE SILVESTRE	1	0	0	1	0
200-00077/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00080/2015	APREENSÃO DE AVES SILVESTRES	0	0	0	4	0
200-00081/2015	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	2	0	0	1	0
200-00082/2015	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	2	0
200-00084/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	17	0
200-00089/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	0	0	0	0	0
200-00095/2015	MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS	1	0	0	0	0
200-00098/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	45	0
200-00100/2015	MAUS TRATOS E POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES	2	151	50	2	3
200-00102/2015	APREENSÃO DE AVES SILVESTRES	0	0	0	12	0
200-00106/2015	APREENSÃO DE AVES SILVESTRES	0	0	0	5	0
200-00110/2015	POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	4	0
200-00111/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00112/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	9	0	0	0
200-00114/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00119/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	10	0
200-00120/2015	POSSE ILEGAL DE AVE SILVESTRE	1	0	0	0	0
200-00121/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00125/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00126/2015	POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	5	0
200-00127/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	0	0	0	0	0

200-00128/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00129/2015	MAUS TRATOS CONTRA GAMBÁS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00137/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATO COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00138/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00142/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00154/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00176/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	7	0	0	0
200-00177/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00189/2015	COMÉRCIO ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	4	0
200-00199/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00200/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00201/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00203/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00204/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00205/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	0	0	0	0	0
200-00208/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00212/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00217/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00223/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00224/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00228/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00237/2015	FEIRA DE CAXIAS	0	0	0	0	0
200-00241/2015	MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS	0	0	0	0	0

200-00242/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00243/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00245/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00248/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00251/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00256/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00259/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE	3	0	0	0	0
200-00275/2015	COMÉRCIO E POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00279/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00280/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00283/2015	POSSE ILEGAL DE AVE SILVESTRE	1	0	0	1	0
200-00284/2015	POSSE ILEGAL DE AVE SILVESTRE	1	0	0	1	0
200-00286/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00291/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00292/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00296/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00300/2015	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	4	0	0	19	0
200-00302/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00306/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00313/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS COM RESULTADO MORTE	3	0	0	0	0
200-00320/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	0	0	0	0	0
200-00321/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	5	0	0	0

200-00324/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃO	1	0	0	0	0
200-00326/2015	RINHA DE GALO	1	0	0	0	192
200-00329/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	0	0
200-00330/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00331/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	1	0	0	0
200-00333/2015	MAUS TRATOS CONTRA COBRA	2	0	0	0	0
200-00335/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00338/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00339/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00341/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00344/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00345/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00347/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00348/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00350/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00351/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00352/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00355/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00360/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00361/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00364/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00367/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	3	0	0	0
200-00375/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00377/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0

200-00379/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00380/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00385/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00386/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00387/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00397/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00400/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00401/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00403/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00404/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00408/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00413/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00417/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	2	0	0	0	0
200-00423/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00428/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00430/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00432/2015	CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	0	0
200-00433/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00434/2015	MAUS TRATOS CONTRA GALINHAS	1	0	0	0	0
200-00435/2015	CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES	4	0	0	0	0
200-00441/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00442/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00443/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0

200-00444/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00445/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00446/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00447/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00448/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00450/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00451/2015	MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS	0	0	0	0	0
200-00452/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00454/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00455/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00456/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00457/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00458/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00459/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00461/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00462/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00463/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00466/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00467/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00470/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00473/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00474/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00476/2015	ESTELIONATO	2	0	0	0	0

200-00480/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00482/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00483/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00484/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00485/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00486/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00492/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00498/2015	MAUS TRATOS CONTRA AVES SILVESTRES	2	0	0	678	0
200-00499/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	4	0
200-00501/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00502/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00509/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00511/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00512/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00513/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00518/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00519/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00525/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00527/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00528/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00532/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00534/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00535/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00536/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0

200-00542/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00545/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00546/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00548/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00551/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	2	0	0	0
200-00552/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00558/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	10	1	0	0
200-00561/2015	APREENSÃO DE AVE SILVESTRE	0	0	0	1	0
200-00567/2015	COMÉRCIO ILEGAL DE AVES SILVESTRES	3	0	0	5	0
200-00568/2015	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00577/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00579/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00581/2015	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00582/2015	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
		150	199	52	910	195

Anexo 3

Ano de 2016

200-00395/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00396/2016	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00403/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00404/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00405/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00406/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0

200-00407/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00408/2016	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00410/2016	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	4	0
200-00415/2016	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	3	0
200-00418/2016	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00420/2016	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
		158	193	9	92	48

Anexo 4

Ano de 2017

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00001/2017	MAUS TRATOS CONTRA AVES SILVESTRES C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00003/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00004/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00007/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS DOMÉSTICOS	1	0	0	0	471

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00009/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS DOMÉSTICOS	1	0	0	0	0
200-00017/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS DOMÉSTICOS	0	0	0	0	0
200-00019/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00020/2017	MAUS TRATOS CONTRA AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00021/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00023/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00024/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00025/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS EM ABATEDOURO	0	0	0	0	0
200-00026/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00027/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00028/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS DOMÉSTICOS	1	0	0	0	0
200-00041/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E CODORNAS	2	1	0	0	3
200-00055/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00060/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00061/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00063/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00077/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00078/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	1	0	0	0
200-00080/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00081/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00082/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES	0	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00083/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00087/2017	CAÇA ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00089/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00090/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00097/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00099/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00103/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00105/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00106/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00107/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00111/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	0	0
200-00116/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00117/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00120/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00121/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00127/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00128/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	2	0	0	0	0
200-00129/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00136/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	2	0	0	0	0
200-00137/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00138/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	0	0	0	0	0
200-00139/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00142/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00146/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	5	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00148/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00152/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00153/2017	MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS	1	0	0	0	0
200-00155/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00156/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00157/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00160/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00161/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00162/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00169/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00172/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	1	0	0	0	0
200-00173/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00178/2017	TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES	3	0	0	18	0
200-00179/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00180/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00181/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00182/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00192/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00193/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00194/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00195/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00199/2017	MAUS TRATOS CONTRA GALOS	1	0	0	0	93
200-00209/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	2	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00211/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	1	0
200-00212/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	2	0
200-00213/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00214/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	4	0	0	0
200-00215/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	13	0
200-00216/2017	FURTO DE GATOS	1	0	4	0	0
200-00222/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	2	0	0	0	0
200-00223/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00224/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	3	0	0	0	0
200-00225/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00227/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	0	0	0	0	0
200-00230/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	2	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00231/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00232/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	2	0	0	0	0
200-00233/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (FAZENDA MODELO)	1	0	0	0	0
200-00234/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00235/2017	FURTO DE CÃES	0	0	0	0	0
200-00237/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	2	0	0	0
200-00243/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00244/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00247/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00248/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	1	0	0	0	0
200-00250/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00251/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00256/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00258/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00259/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00261/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00263/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	2	0	0	0	0
200-00265/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00267/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES C/ MORTE	0	0	0	0	0
200-00269/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00270/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00272/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00273/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	0	0	0	0	0
200-00275/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00279/2017	MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS	0	0	0	0	0
200-00285/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	0	0	0	0	0
200-00288/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	13	24	0	0	0
200-00289/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00290/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	1	0	0	0
200-00291/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	0	0	0	0	0
200-00292/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00298/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00299/2017	ESTELIONATO	0	0	0	0	0
200-00300/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS	1	0	0	0	0
200-00307/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	0	0
200-00308/2017	POSSE ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	9	0
200-00312/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	1	0	0	0	0
200-00313/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00314/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00315/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00316/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00320/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00322/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00324/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES C/ RESULTADO MORTE	1	10	0	0	0
200-00328/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00329/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	5	0	0	0	0
200-00332/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00333/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00334/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00338/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	4	17	0	0	0
200-00339/2017	TRÁFICO DE AVES SILVESTRES	1	0	0	4	0
200-00340/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00347/2017	CAÇA ILEGAL DE AVES SILVESTRES	1	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00349/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	0	0	0	0	0
200-00350/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00353/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00354/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS	0	0	0	0	0
200-00362/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00364/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00370/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	0	0	0	0	0
200-00371/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00372/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	3	4	0	0	0
200-00374/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	1	0	0	0	0
200-00376/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00377/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS	2	0	0	0	0

ESTATÍSTICAS NÚCLEO DOS ANIMAIS 2017						
PROCEDIMENTO	DELITO	AUTUADOS	CÃES APREENDIDOS	GATOS APREENDIDOS	ANIMAIS SILVESTRES	OUTROS ANIMAIS
200-00378/2017	MAUS TRATOS CONTRA GATOS C/ RESULTADO MORTE	0	0	0	0	0
200-00382/2017	MAUS TRATOS CONTRA CÃES	1	0	0	0	0
200-00384/2017	MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES C/ MORTE	0	0	0	0	0
		133	71	4	48	567
	VISTO ATÉ 200-00388/2017					

Anexo 5

COMPARAÇÃO ENTRE AS GESTÕES DOS DELEGADOS TITULARES			
GESTÃO	DR. FERNANDO REIS	DR. JOSÉ DUARTE	DR. ROBERTO GOMES
AUTUADOS	192	263	144
CÃES APREENDIDOS	275	229	72
GATOS APREENDIDOS	181	10	4
ANIMAIS SILVESTRES APREENDIDOS	978	783	88
OUTROS ANIMAIS APREENDIDOS	22	240	567
TOTAL DE ANIMAIS	1456	1262	731

INÍCIO DE FUNCIONAMENTO DO NÚCLEO DE ANIMAIS
- Em 22/01/2014

DR. FERNANDO REIS - Gestão de 22/01/2014 a 03/03/2015
(13 meses)

DR. JOSÉ DUARTE - Gestão de 04/03/2015 a 24/11/2016
(22 meses)

DR. ROBERTO GOMES - Gestão de 25/11/2016 a 25/10/2017
(11 meses)

Anexo 6

QUESITOS ESTATÍSTICOS

1) Quantidade total de registros policiais na DPMA em 2014, 2015, 2016 e 2017 desde o início do funcionamento do núcleo (22/01/2014)

2014 – 796 Registros

2015 – 582 Registros

2016 – 421 Registros

2017 – 388 Registros (Até 25/10/2017)

2) Quantidade total de registros policiais relacionados ao núcleo de proteção dos animais em 2014, 2015, 2016 e 2017

2014 – 192 Registros (24,2% do total de registros da DPMA)

2015 – 201 Registros (34,6% do total de registros da DPMA)

2016 – 183 Registros (43,5% do total de registros da DPMA)

2017 – 152 Registros (39,3% do total de registros da DPMA)

3) Quantitativo de registros por modalidade de crime

2014 – APREENSÃO DE ANIMAIS SILVESTRES (17) / APREENSÃO DE CÃES (1) / TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES (37) / POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES (49) / MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES COM RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (5) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES, COELHOS E HAMSTERS (1) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES, GATOS E CAVALOS (1) / MAUS TRATOS CONTRA GAMBÁS COM RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA MACACOS COM

RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS (7) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES (41) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE (9) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS (9) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE (12).

2015 – APREENSÃO DE ANIMAIS SILVESTRES (8) / CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES (2) / TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES (6) / POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES (32) / MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES (1) / MAUS TRATOS E POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES (2) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (7) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS COM RESULTADO MORTE (3) / MAUS TRATOS CONTRA COBRA (1) / MAUS TRATOS CONTRA GALINHAS (1) / MAUS TRATOS CONTRA GAMBÁS COM RESULTADO MORTE (1) / ESTELIONATO (1) / MAUS TRATOS EM RINHA DE GALOS (1) / MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS (3) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES (89) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE (6) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS (22) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE (15).

2016 – APREENSÃO DE ANIMAIS SILVESTRES (1) / TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES (1) / POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES (15) / MAUS TRATOS CONTRA ANIMAIS SILVESTRES COM RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA GAMBÁS COM RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA BOTO COM RESULTADO MORTE (1) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (10) / MAUS TRATOS CONTRA PORCOS (1) / MAUS TRATOS CONTRA URUBUS (1) / MAUS TRATOS CONTRA GALINHAS (1) / MAUS TRATOS CONTRA POMBOS COM RESULTADO MORTE (2) / OMISSÃO NA CAUTELA DE GUARDA DE ANIMAIS (1) / ESTELIONATO (1) / MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS (8) / MAUS TRATOS CONTRA CAVALOS E POSSE ILEGAL DE ANIMAIS SILVESTRES (1) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES (69) / MAUS TRATOS CONTRA CÃES COM RESULTADO MORTE (6) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS (21) / MAUS TRATOS CONTRA GATOS COM RESULTADO MORTE (15).

4) Quantidade de apreensões de aves silvestres

2014 – 799

2015 – 910

2016 – 52

2017 - 48

5) Quantidade de apreensões de cães.

2014 – 113

2015 – 199

2016 – 192

2017 – 71

6) Quantidade de apreensões de gatos

2014 – 130

2015 – 52

2016 – 9

2017 - 4

7) Quantidade de apreensões de outros animais

2014– 19

2015 – 195

2016 – 46

2017 – 567

8) Quantidade de autuados por crimes contra os animais

2014 – 158

2015 – 150

2016 – 139

2017 – 133

TOTAL de animais apreendidos durante minha atuação na DPMA = 3.449 animais.

TOTAL de autores autuados durante a atuação dos policiais Rafael Lobato e Bruno Perez na DPMA = 599 indivíduos.¹⁵

¹⁵ Dados oficiais fornecidos pelo NPA.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Emerson Garcia*

Sumário

1. Introdução. 2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais. 3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções. 3.1. Direito Penal. 3.2. Direito sancionador cível. 3.3. Direito sancionador administrativo. 4. Origem do acordo de não persecução cível. 5. O acordo de não persecução cível e a necessidade de homologação judicial. Epílogo.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, introduziu no direito positivo brasileiro o denominado acordo de não persecução cível, passível de ser celebrado nas ações que digam respeito aos atos de improbidade administrativa, que nada mais são que ilícitos civis, de estatura constitucional, regulamentados pela Lei nº 8.429/1992. Até então, a redação do § 1º do art. 17 deste diploma normativo dispunha que “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”.

Apesar da literalidade do comando legal, era generalizado o entendimento de que a vedação não se ajustava à necessidade de plena integração da consensualidade ao direito sancionador contemporâneo. Esse estado de coisas foi influenciado pelo grande êxito obtido pelo instituto da colaboração premiada, na forma como delineado pela Lei nº 12.850/2013. Se o próprio direito penal, parafraseando Giuseppe Bettiol¹, exigiu o equilíbrio entre um “direito penal rigorosamente retributivo” e a sua transformação em um “direito premial”, sendo invocado, para tanto, o dito da antiga sabedoria “in medio stat virtus” (no meio está a virtude), por que não generalizar a consensualidade, aplicando-a mesmo onde a lei afastara a sua aplicação?

* Emerson Garcia. 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 da Comissão de Juristas instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados para a revisão da Lei nº 8.429/1992. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ *Dal diritto penale al diritto premiale. In Scritti giuridici*, T. II. Padova: CEDAM, 1966, p. 949.

O complicador é que o argumento do *plus* e do *minus*, de maneira que tudo o que valha para o direito penal seja automaticamente estendido às demais instâncias, é simplesmente inaplicável ao nosso sistema. Assim ocorre porque o próprio Poder Legislativo, no auge de sua liberdade de conformação, estabelece nítidas distinções entre as instâncias. As normas processuais utilizadas no âmbito dessas instâncias não são as mesmas; a técnica tipológica adotada no direito penal é substancialmente distinta daquela prevalecente nas demais, que frequentemente se valem de figuras tipológicas com maior abertura semântica; os legitimados para a deflagração de cada instância de responsabilização são distintos, passando pelo Ministério Público, avançando pelo ofendido e podendo alcançar qualquer do povo, neste último caso em caráter restrito, próprio da responsabilização política; a representação do acusado, por advogado, não se mostra essencial em algumas instâncias; a natureza da autoridade responsável pela aplicação das sanções também é muito distinta, o que é particularmente relevante quando contextualizamos a temática no âmbito dos deveres de motivação e de imparcialidade, tão peculiares na responsabilização política que chega a se duvidar de sua própria existência.

Embora seja frágil a tentativa de organizar as instâncias de responsabilização em uma espécie de métrica, na qual o direito penal ocuparia a posição mais adiantada, o direito sancionador administrativo, o início da escala, e o direito sancionador cível, uma posição intermédia, não se podia negar que todo o direito sancionador se tornara permeável à consensualidade. Isto, no entanto, não afasta uma constatação irrefutável: o sistema também apresenta, ao acolher a consensualidade, alguns traços estruturais que lhe oferecem forma e plena juridicidade. Um dos traços estruturais do direito sancionador brasileiro é o de que a autoridade competente para aplicar a sanção também o é para homologar o acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Apresentam-se em reduzido número as exceções.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de identificar o alicerce normativo do traço estrutural acima indicado e analisar se ele deve, ou não, à luz das normas vigentes, ser aplicado ao acordo de não persecução cível.

2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais

O direito sancionador brasileiro tem sido objeto de uma divisão quadripartite. Nossa ordem jurídica reconhece a existência do direito sancionador penal, ou simplesmente direito penal; do direito sancionador cível, também passível de ser denominado de direito sancionador judicial cível; do direito sancionador administrativo, também conhecido como direito administrativo sancionador; e do direito sancionador político. Essa divisão não é propriamente doutrinária, decorrendo do próprio direito positivo.

Essas instâncias de responsabilização, longe de permanecerem isoladas umas das outras, tendem a manter um diálogo entre si, o que se torna bem perceptível ao constatarmos que uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias,

daí decorrendo a possibilidade de o agente sofrer inúmeras sanções ao final de cada relação processual. O modo como irão dialogar entre si deve ser estabelecido pela ordem jurídica, que estabelecerá os padrões mínimos de organicidade sistêmica e em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de a absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra.

No extremo, ainda será preciso estabelecer um referencial de proporcionalidade sistêmica, de modo a evitar que esse critério seja valorado unicamente sob o prisma de cada relação processual, ignorando o efeito sinérgico de todas as sanções aplicadas. A existência de mais de uma instância de responsabilização permite que sanções de idêntica natureza jurídica sejam aplicadas em mais de uma instância, o que também contribui para alimentar o debate a respeito de um possível excesso punitivo por parte do Estado. Este aspecto certamente não passou despercebido ao legislador, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para dispor, no § 3º do art. 21, que *“as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”*. O fim almejado, não se duvida, é mais que nobre; já o resultado alcançado é para lá de sofrível. Essa conclusão, é importante frisar, não decorre de um irrefreável ceticismo, mas da própria estrutura do sistema. Ora, se as instâncias são independentes, a responsabilização, ressalvado comando expresso em contrário, pode ser aferida de maneira simultânea. Com isso, raramente se terá o desfecho da responsabilização em uma instância, com o esgotamento de todas as vias de impugnação possíveis, inclusive judiciais, a tempo de que a sanção aplicada possa ser considerada em instância diversa. Caso essa consideração ocorra sem a definitividade das sanções aplicadas em outra instância, também correr-se-á o risco de afronta à proporcionalidade, desta feita no plano da insuficiência, já que uma sanção pode ser fixada em patamares mais brandos justamente em razão da existência de sanção similar aplicada em momento anterior, enquanto esta última pode vir a ser atenuada ou anulada em momento posterior.

É relevante, neste passo, identificar alguns traços distintivos entre as instâncias de responsabilização.

O direito penal trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de infração penal, cuja definição é oferecida pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal². As sanções cominadas, que alcançam o direito de liberdade, são necessariamente aplicadas por órgão jurisdicional, o que sequer precisa ser lembrado, tamanha a penetração dessa concepção nos dogmas do Estado de Direito. Esses traços, aliás, já permitem extremá-lo das demais instâncias de responsabilização, cujas sanções, regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. A exceção

² Decreto-lei nº 3.914/1941, art. 1º: *“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*.

fica por conta da prisão administrativa militar, implicitamente prevista na própria Constituição da República, ao vedar o uso do *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares³. Ainda merece menção o fato de a ordem constitucional autorizar a prisão como meio de coerção para o cumprimento da obrigação alimentar⁴, o que não configura verdadeira sanção.

No direito sancionador cível tem-se um traço de proximidade e outro de distanciamento em relação ao direito penal: a proximidade fica por conta da necessidade de ser aplicado por órgão jurisdicional, a partir do ajuizamento de uma ação; o distanciamento, por sua vez, decorre da impossibilidade de o condenado vir a sofrer sanção privativa de liberdade. Além disso, observa-se que o instrumento utilizado é a legislação processual civil, bem como que a técnica tipológica empregada assume textura mais aberta, a exemplo daquela historicamente adotada no âmbito do direito sancionador administrativo. As sanções passíveis de serem aplicadas nesse âmbito coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram sanções.

A existência de um direito sancionador cível decorre de disposição expressa do direito positivo brasileiro. Ao analisar a natureza jurídica da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujas sanções, por força do art. 37, § 4º, da Constituição da República, podem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a sua natureza cível, o que, inclusive, afasta a incidência do foro por prerrogativa de função nessa seara⁵. A Lei nº 12.846/2013, que "*dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*", oferece um exemplo bem sugestivo a esse respeito. Apesar de sua ementa fazer menção à responsabilização civil, o que é reiterado pelos arts. 1º, *caput* e 2º, além de o julgamento ficar a cargo de um órgão jurisdicional, alguns insistem em afirmar que a natureza jurídica das sanções é penal, pois a esfera cível somente se harmoniza com a ideia de recomposição⁶. Será isto verdade? Não poderia o Estado instituir outros sistemas de responsabilização, de modo a impor restrições na esfera jurídica individual sem que o pano de fundo seja a privação da liberdade? A nosso ver, é tarefa assaz difícil alcançar respostas positivas a esses questionamentos sem a identificação de um fundamento constitucional que venha a embasá-las. A Lei nº 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, também não deixa margem a dúvida quanto à autonomia do direito sancionador cível, ao dispor, no *caput* do seu art. 6º, que "*as penas previstas nesta*

³ CR/1988, art. 142, § 2º. Vide Lei nº 6.880/1980, art. 47, § 1º.

⁴ CR/1988, art. 5º, LXVII. Sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel, também prevista na literalidade do preceito constitucional, vide Súmula Vinculante nº 25, do STF.

⁵ Pleno, ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006. A respeito da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620 e ss.

⁶ Nesse sentido: DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica: Desafios Sobre a Lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 14, mar.-abr./2016, p. 155 e ss. e NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90 e ss.

Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis". E que sanções de natureza cível seriam essas, passíveis de serem aplicadas ao "agente público" a que se refere o art. 1º, preceito afeto ao sujeito ativo do crime? São justamente as sanções por ato de improbidade administrativa, cujo sujeito ativo, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/1992, é designado justamente de "agente público".

As mesmas razões que conferem autonomia existencial ao direito sancionador cível, desaconselhando a sua equiparação ao direito penal, também afastam a sua absorção pela terceira instância de responsabilização a ser analisada, o direito sancionador administrativo. Essa instância foi largamente estudada pela doutrina espanhola, em razão dos próprios termos da Constituição de 1978, cujo art. 25, 3, dispõe que "la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". São enquadradas nessa categoria as sanções aplicadas por uma autoridade administrativa, que tanto podem se limitar a restringir as relações jurídicas de natureza estatutária (v.g.: quando o superior hierárquico aplica as sanções de advertência ou de demissão) como restringir outros aspectos da esfera jurídica individual (v.g.: quando o Tribunal de Contas aplica a sanção de multa em razão do alcance praticado pelo gestor do dinheiro público; ou quando a autoridade de trânsito aplica uma sanção a quem infrinja norma de trânsito).

Alejandro Nieto⁷, o grande estudioso dessa temática, há muito observou que a funcionalidade do "derecho administrativo sancionador" está associada ao "poder sancionador da Administração", o qual, durante muito tempo, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Esse poder coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos Países, à seara penal. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁸ observaram, referindo-se à "potestad sancionatoria administrativa", que "[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales".

O direito sancionador administrativo apresenta peculiaridades que o distinguem das duas instâncias já analisadas: é aplicado por uma autoridade administrativa, com observância apenas subsidiária das normas processuais de caráter penal ou cível. Além disso, no seu âmbito, não é exigida a responsabilização por advogado. No âmbito material, é identificada uma maior abertura das figuras tipológicas, o que o aproxima do direito sancionador cível, e não são cominadas sanções privativas de liberdade, no que se distingue do direito penal. É sistematicamente incorreta, portanto, uma construção que defenda a aplicação do direito sancionador administrativo pelos tribunais, no exercício de sua atividade finalística. Isto levaria o desvirtuamento de suas origens e de sua essência às raiais do inusitado.

⁷ *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

⁸ *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.

É importante frisar que a natureza da instância de responsabilização não acompanha a natureza da relação jurídica básica na qual o ato foi praticado.⁹ Essa afirmação, aliás, se sobrepõe à linha limítrofe da obviedade. Na medida em que uma única conduta pode ensejar a deflagração de diversas instâncias de responsabilização, das duas uma, ou se defende que as instâncias têm a mesma natureza ou se reconhece que sua natureza pode coincidir, ou não, com a relação jurídica base. Um servidor que subtraia bens de sua repartição praticará o crime de peculato (CP, art. 312), a ser perquirido no âmbito do direito penal; o ato de improbidade de enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/1992, art. 9º), que se enquadra no direito sancionador cível; e a infração administrativa prevista em seu regime jurídico, o que acarretará a instauração de um processo administrativo disciplinar, com o consequente manejo do direito sancionador administrativo. Nesse exemplo, a relação jurídica base tem natureza administrativa, mas nem todas as instâncias de responsabilização ostentarão a mesma natureza.

Alejandro Nieto¹⁰ observara que *“la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de este”*. É evidente que, para o direito positivo espanhol, essa assertiva é mais que correta. Afinal, as sanções ali aplicadas pelos Tribunais têm apenas uma natureza jurídica: a penal. Por outro lado, não há qualquer óbice a que o direito positivo de cada País, como foi feito no Brasil, atribua aos seus tribunais competência para aplicar sanções outras que não as de natureza penal. Daí a conclusão de que uma teoria ajustada à realidade espanhola não deve ser aplicada, de modo acrítico ou deturpado, à realidade brasileira.

Por fim, o exercício do direito sancionador político fica a cargo do Poder Legislativo, que avalia condutas juridicamente relevantes sob o prisma político. Com isso, atrai distinções de elevada monta em relação ao processo tipicamente judicial, em especial no que diz respeito à imparcialidade do julgador e ao dever de fundamentação (v.g.: no julgamento do Chefe do Poder Executivo por crime de responsabilidade).

Apesar de o direito positivo brasileiro adotar a independência entre as instâncias de responsabilização, é factível que cada uma das manifestações do direito sancionador será influenciada pelos princípios gerais, de estatura constitucional, afetos ao direito sancionador penal, que oferece as garantias mais básicas para o indivíduo em relação ao Estado. A partir daí, serão observados os demais direitos fundamentais, aplicados indistintamente a todos os indivíduos, com especial ênfase para as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como colhidos os influxos do sistema processual a ser utilizado, que pode ser o administrativo ou o judicial de natureza cível. Não há, nesse particular, correlação necessária entre o ramo do direito

⁹ Em sentido contrário, entendendo que os atos de improbidade administrativa são praticados no âmbito de uma relação jurídica base de natureza administrativa, logo, a coibição a esse ilícito é emanção do direito administrativo sancionador, vide: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

¹⁰ *Derecho administrativo...*, p. 22.

regente da conduta praticada ou da relação jurídica que lhe deu origem e aquele que disciplinará o respectivo sistema de responsabilização. Essa constatação, por óbvio, não permite que seja ignorada a disciplina jurídica regente da conduta praticada ao aferir-se o seu enquadramento, ou não, no plano da juridicidade. Em prol dessa conclusão, merece referência o art. 26, 2, da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que dispõe sobre a necessidade de o Estado Parte perquirir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos ilícitos ali previstos (v.g.: o suborno de funcionários públicos nacionais – art. 15), que “*poderá ser de índole penal, cível ou administrativa*”.

A legislação infraconstitucional estabelece inúmeras formas de diálogo entre as distintas instâncias existentes, que são, em linha de princípio, independentes entre si. É o que se verifica, por exemplo: (a) no âmbito do direito penal, em que o reconhecimento de que o fato não existiu, de que o réu não foi o seu autor ou de que agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade produz efeitos nas demais esferas de responsabilização que não a política¹¹; (b) com a celebração de acordos de leniência pelo CADE, como autorizado pelos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, o que acarreta a extinção da punibilidade de certas categorias de infrações penais; (c) com o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, celebrado no plano administrativo com base no seu art. 16, que afasta a aplicação, no âmbito da responsabilização judicial de natureza cível, da sanção prevista no art. 19 [*“proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”*].

Embora haja o diálogo, aspectos pontuais de uma instância de responsabilização não podem ser arbitrariamente transpostos para outra ao alvedrio do intérprete. O que se exige é que haja uma compatibilidade sistêmica nas soluções ou nos problemas a serem compartilhados, aproximando-se o que deve ser tratado de maneira comum, separando-se o que é peculiar a uma ou outra instância.

A partir da compreensão de que o direito sancionador brasileiro adota uma divisão quadripartite, é o momento de avançarmos para o traço estrutural a que nos referirmos na introdução destas breves linhas. Esse traço está presente na exigência de que a autoridade competente para aplicar a sanção também deve ser responsável

¹¹ Caso a pretensão deduzida na ação penal seja julgada anteriormente às demais, fará coisa julgada nas esferas administrativa e cível sempre que reconhecer: a) ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal e arts. 65 e 386, VI, do CPP); b) a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP); c) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, art. 935 do Código Civil de 2002). Note-se que tais efeitos somente alcançam os fatos discutidos no processo, permanecendo a possibilidade de livre valoração em relação aos demais. Afinal, como há muito reconheceu o STF na Súmula nº 18, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.” Caso haja absolvição por ausência de provas (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP), poderá a questão ser amplamente examinada nas esferas cível e administrativa. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que sequer for deflagrada a ação penal, havendo o arquivamento do procedimento inquisitorial respectivo (art. 67, I, do CPP). No caso de condenação criminal, tornar-se-á certa a obrigação de reparar o dano causado, servindo a sentença de título executivo judicial (art. 91 do CP e art. 515, VI, do CPC/2015).

pela homologação do acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Seria isto verdade? É o que veremos.

3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções

No âmbito do direito, a consensualidade pode apresentar inúmeras variações. Pode buscar, pura e simplesmente, a cessação de uma prática ilícita ou o aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a própria caracterização de um ilícito passível de sanção. Também pode ser direcionada à definição, com maior celeridade, das consequências para a prática do ilícito. Neste último caso, pode assumir os contornos de consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda.

A *consensualidade de colaboração* é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. Essa espécie de consensualidade pode ser acompanhada de *avaliação judicial* ou de *homologação judicial*: no primeiro caso, o juiz avalia a prova dos autos e decide que benefícios conceder; no segundo, o juiz tão somente homologa o acordo entre as partes, que definem, *a priori*, a relevância das informações e os benefícios a serem concedidos, podendo, se for o caso, ajustá-lo à juridicidade. Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz¹², a colaboração exige um *plus*, vale dizer, que o colaborador forneça informações úteis a outros propósitos correlatos ao ilícito que praticou (v.g.: localização da vítima, individualização de comparsas, descoberta de ilícitos até então desconhecidos etc.).

Na *consensualidade de pura reprimenda*, por sua vez, o autor aceita a imediata imposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis. Para tanto, entende que há atrativos que aconselham uma definição imediata de sua situação jurídica, de modo a evitar a sua exposição às incertezas do processo.

Ao analisarmos a forma como a consensualidade de colaboração e a consensualidade de pura reprimenda se tornam operativas, produzindo efeitos jurídicos válidos, é possível identificar, na realidade brasileira, um traço estrutural, comum a ambas, que somente é afastado a partir de expressa previsão normativa.

¹² O fundamento teórico dessas figuras não é pacífico. A esse respeito, merecem referência a teoria subjetiva, baseada na exigência político-criminal de premiar quem desiste do propósito criminoso (*ponti d'oro al nemico che fugge*); a teoria dos fins da pena, sob o plano dúplice da prevenção geral e da prevenção especial, levando em conta a menor gravidade da conduta e periculosidade do sujeito; a teoria premial ou do mérito, de modo a recompensar o livre e voluntário retorno ao direito, o qual, embora não apague as consequências da conduta já executada, pode minorá-las; e a teoria objetivo-funcional, que, considerando a complementariedade das teorias, identifica a carência de ofensa ao bem jurídico tutelado, ao que se soma o objetivo da pena. Cf. LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto. *Codice Penale, vol. II, Il reato, Libro I*, artt. 39-58-bis. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 991-993.

Trata-se da exigência de participação da autoridade competente para aplicar as sanções alcançadas pelo ajuste celebrado¹³.

3.1. Direito Penal

Em sua linha evolutiva, o direito penal brasileiro adotou, em um primeiro momento, a *consensualidade de colaboração*, e, em um momento posterior, a *consensualidade de pura reprimenda*.

A primeira referência à *consensualidade de colaboração* no direito brasileiro, ao menos após a proclamação da República, é encontrada na Lei nº 8.072/1990, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Essa figura foi prevista nos arts. 7º e 8º, parágrafo único, desse diploma legal, logo recebendo a alcunha de “*delação premiada*”.

O art. 7º acresceu um § 4º ao art. 159 do Código Penal, de modo que “*se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*” De acordo com o parágrafo único do seu art. 8º, em se tratando de quadrilha ou bando destinado à prática de crimes hediondos, como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, “*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.*”

Essa nova sistemática era correlata àquela prevista no art. 630 do Código Penal italiano, que previa hipóteses de redução de pena para o criminoso colaborador em se tratando de crime de extorsão mediante sequestro¹⁴. Esse comando inspirou o legislador brasileiro a inserir, no nosso sistema penal, a figura da colaboração, o que ocorreu com a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Já a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, tendo como última modificação aquela introduzida pelo Decreto-lei nº 91, de 24 de junho de 2014, convertido na Lei nº 116, de 11 de agosto de 2014, é conhecida

¹³ Vide as considerações que apresentamos em momento anterior em “A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992”. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, p. 29, out.-dez./2017.

¹⁴ “Art. 630 - Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore. In: conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma. I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo”.

como “*Legge di depenalizzazione*”. Este diploma normativo permitiu a conversão, pelo governo, observados os parâmetros que estabeleceu, de ilícitos penais de pequena lesividade (*reati “bagatellari”*) em ilícitos administrativos, sujeitando os infratores a sanções de idêntica natureza jurídica.¹⁵ O objetivo, como ressaltado por Napolitano e Piccioni¹⁶, era o de “*ricuperare la natura di extrema ratio della pena*”.

A lei italiana ainda previu, em seu art. 16, a possibilidade de pagamento de valor reduzido (“*pagamento de misura redotta*”), fixado na terça parte do máximo da sanção prevista ou, se mais favorável, no dobro do mínimo da sanção, além das despesas processuais, observados os prazos ali previstos. Não realizado o pagamento, a autoridade competente apreciará o caso, incluindo os argumentos defensivos e a prova produzida, concluindo pela aplicação, ou não, da sanção, com a fixação da respectiva dosimetria.

A consensualidade, na Lei nº 8.072/1990, decorre do recebimento de um benefício penal, consistente na redução de pena, a partir do fornecimento de informações que produzirão algum efeito útil, permitindo o restabelecimento da paz social. Além disso, como o benefício será implementado quando da aplicação da pena, será imperativo o seu deferimento pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a presença de uma colaboração que se mostre eficaz.

Apesar dos limitados contornos semânticos dos preceitos introduzidos pela Lei nº 8.072/1990, estão ali previstos os balizamentos dessa espécie de consensualidade inicialmente preponderantes no âmbito do direito penal brasileiro. São quatro os balizamentos:

(a) expressa previsão das infrações penais em que a consensualidade é admitida, quer com indicação da tipologia, quer do limite máximo de pena das infrações penais, o que significa dizer que nem o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, nem o Poder Judiciário poderiam escolher livremente quando utilizar a consensualidade;

(b) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis à realização de um fim de interesse público, normalmente associado à persecução penal ou à reparação dos efeitos do ilícito;

(c) efeitos da consensualidade em relação à pena a ser aplicada, que têm sido sensivelmente ampliados com o tempo, principiando pela possibilidade de redução, passando pela substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, sem contar a admissão de cumprimento em regime menos gravoso (v.g.: regime aberto ao invés do fechado), bem como a admissão de concessão do próprio perdão judicial;

¹⁵ Foram editados, com esse objetivo, em 15 de janeiro de 2016, o Decreto Legislativo nº 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniare civile*) e o Decreto Legislativo nº 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

¹⁶ *Depenalizzazione e Decriminalizzazione. Analisi ragionata dei Decreti Legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*. Romagna: Maggioli Editore, 2016, p. 21.

(d) imprescindibilidade de apreciação judicial, o que significa dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo indigitado autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.

Apesar de a Lei nº 8.072/1990 ter introduzido um novo flanco de atuação da persecução penal, muitos colocaram em dúvida a higidez ética e pragmática do novo instrumento. Alguns argumentavam com o não aprofundamento do debate a respeito das consequências que podem “*advir da consagração da traição como regra nas relações humanas*”.¹⁷ Outros com a dificuldade de os delatores sobreviverem no cárcere¹⁸ e a ausência de um serviço de proteção à testemunha estruturado de forma eficiente, de modo a oferecer um mínimo de segurança à efetivação da delação.¹⁹ Críticas à parte, parece-nos que o novo instituto efetivamente contribuiu para a prevenção geral, já que mantém uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos criminosos, os quais sempre correrão o risco de um dos comparsas, cuja conduta criminosa por si só não atesta um padrão de ética e solidariedade humana, vir a colaborar com as autoridades.

O mesmo norte foi trilhado pelos demais diplomas normativos afetos à temática. Ressalte-se, apenas, que o balizamento (a) foi sensivelmente abrandado pela Lei nº 9.807/1999, que disciplina o sistema de proteção de testemunhas e não estabeleceu qualquer restrição, em seus arts. 13 e 14²⁰, a respeito das infrações penais em que a colaboração voluntária, com efeitos benéficos ao réu, pode ser efetivada. Com isso, passamos a ter a coexistência de uma disciplina geral, estabelecida pela Lei nº 9.807/1999, e de disciplinas específicas, somente aplicáveis às infrações penais previstas no respectivo diploma normativo. A análise da Lei nº 9.807/1999 denota que os benefícios ali previstos, o perdão judicial e a redução de um a dois terços da pena, são bem similares àqueles oferecidos pelas leis específicas, o que certamente facilita a colaboração no âmbito do direito penal.

As disciplinas específicas, além do disposto na Lei nº 8.072/1990, foram previstas nos seguintes diplomas normativos: (a) Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); (b) Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei nº 8.072/90. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 317

¹⁸ Cf. JESUS, Damásio E. de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. In: *Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, nº 5, junho de 1993.

¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 162-163.

²⁰ Eis o teor dos preceitos: “art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”; e “art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; (c) Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º); e (d) Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41).

Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade.

Até então, em todas essas modalidades de consensualidade de colaboração, o acordo entre os envolvidos na prática do ilícito e o Estado se apresentava de maneira escalonada. Em outras palavras: primeiro os envolvidos colaboram e, somente ao fim da relação processual, o Estado-juiz avalia a utilidade dessa colaboração. Trata-se, como se percebe, de situação bem distinta daquela presente em um negócio jurídico nos moldes clássicos, no qual a partes negociam condições e definem, com exatidão, o alcance do ajuste. Uma primeira tentativa de alterar esse quadro sobreveio com a Lei nº 10.409/2005, que versava sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e teve vigência efêmera, já que revogada pela Lei nº 11.343/2006. De acordo com o § 2º do seu art. 32, *“o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”*. O § 3º, no entanto, reproduzia o modelo tradicional: *“se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão”*.

A grande modificação somente foi promovida pela Lei nº 12.850/2013, que dispôs sobre as organizações criminosas e conferiu detalhada disciplina à denominada *“colaboração premiada”*. Esse diploma normativo é aplicado às organizações criminosas; às infrações penais correlatas; às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; e às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

A colaboração premiada, disciplinada pelos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013, preserva, em suas linhas gerais, os balizamentos (a), (b) e (c) da *consensualidade de colaboração com avaliação judicial*. A principal distinção decorre do fato de as partes definirem, *a priori*, não só o alcance da colaboração como os efeitos que dela advirão, submetendo sua deliberação à *homologação judicial*. Em outras palavras, o juiz inicia sua atividade a partir do arquétipo do justo moldado pelas partes. Nesse caso, *“o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos*

legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias” (art. 4º, § 8º). Essa nova redação, atribuída pela Lei nº 13.964/2019, suprimiu a possibilidade de o juiz “adequar” a proposta ao caso concreto.

Para a realização do interesse público, detalhado nos resultados previstos nos incisos do art. 4º (v.g.: prevenção de infrações e recuperação do produto ou do proveito das infrações), há uma ampla margem de liberdade valorativa na estruturação do acordo, subjetivismo que pode se aproximar da linha limítrofe do arbítrio. Alguns operadores têm previsto, por exemplo, cláusulas de êxito, de modo a abater da multa pactuada valor proporcional ao montante recuperado a partir das informações do colaborador. Apesar das críticas de parte da doutrina, que se insurge contra a prática por inexistir lei expressa autorizando-a²¹, parece razoável defender a sua instrumentalidade em relação aos fins a serem alcançados.

A colaboração é admitida nas fases de investigação, tramitação do processo penal e mesmo após a prolação da sentença, sendo sempre aceita a retratação pelas partes, o que impedirá que as provas autoincriminatórias produzidas sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Ainda merece realce a curiosa opção legislativa de inserir o Delegado de Polícia no conceito de “parte”, o que, em rigor lógico, termina por lhe conferir legitimidade processual (anomalia há muito incorporada em nosso sistema com a possibilidade desse agente representar pela decretação da prisão provisória e de outras medidas) e o correlato poder de disposição sobre a acusação (*rectius*: pode representar pelo perdão judicial ainda na fase de inquérito), embora seja o Ministério Público, por imperativo constitucional, o *dominus litis* da ação penal. Esta última possibilidade terminou por ser afastada pelo Supremo Tribunal Federal²².

Vistos os contornos básicos da consensualidade de colaboração, resta analisar a *consensualidade de pura reprimenda*, em que ocorre a imediata aceitação de uma reprimenda, independentemente do fornecimento de qualquer informação útil pelo autor do ilícito, e é largamente utilizada em outros sistemas jurídicos, com especial realce para o norte-americano. Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração.

O grande marco dessa espécie de consensualidade, verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, foi alcançado com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que regulamentou o disposto no art. 98, I, da Constituição da República e disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais. Ali foi prevista a aplicação, às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas, após o advento da Lei nº 11.313/2006, as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos de prisão: (a) do instituto da composição civil (art. 74), ajuste estabelecido entre o autor do

²¹ Cf. DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan e BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93 e ss.

²² O Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da competência outorgada ao Delegado de Polícia para celebrar o acordo de colaboração premiada, não admitiu que essa iniciativa afetasse a persecução penal, afeta ao Ministério Público, com a negociação de perdão judicial: STF, ADI nº 5.508/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 20/06/2018, DJe de 05/11/2019.

fato e a vítima que importa em renúncia tácita, por esta última, à ação penal privada e à ação penal pública condicionada à representação; e (b) da transação penal (art. 76), acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este último aceita a imediata imposição de multa ou de pena restritiva de direitos sem que, para tanto, sequer tenha sido oferecida a respectiva denúncia,²³ acrescentando que a medida não está associada ao reconhecimento de culpa ou pressupõe condenação. Além disso, previu a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89), nas hipóteses em que a pena cominada não seja superior a 2 (dois) anos de prisão, a partir de um ajuste firmado entre o Ministério Público e o réu. No mesmo sentido, dispôs a Lei nº 10.259/2011, que disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, sendo posteriormente modificada pela Lei nº 11.313/2006. Em todos esses ajustes é inexoravelmente necessária a homologação judicial.

O sistema brasileiro ainda veio a sofrer nova alteração estrutural nos idos de 2017. O curioso é que essa alteração foi promovida por meio de um ato infralegal. Trata-se do art. 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro. Esse preceito, em sua redação original, disciplinou o denominado “*acordo de não persecução penal*”, celebrado pelo Ministério Público com o investigado e seu advogado, o qual, uma vez cumprido, ensejaria a promoção de arquivamento da investigação. Tratava-se de faculdade da Instituição, não de direito subjetivo do réu. Sua celebração exigia que o investigado confessasse a prática da infração penal, praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, indicasse provas de seu cometimento e ainda cumprisse, conforme os termos do acordo, de forma cumulativa, ou não, os seguintes requisitos: “*I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada*”. É intuitivo que deveria existir uma relação de proporcionalidade entre esses requisitos e a natureza da infração.

Não era admitida a celebração do acordo quando “*I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação; III – o investigado incorra*

²³ Na sistemática da Lei nº 9.605/1998, a transação, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deve ser antecedida de prévia reparação do dano ambiental, conforme dispõe o seu art. 27.

em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal”.

Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade avançava em seara estranha à consensualidade até então adotada no sistema penal brasileiro, que jamais prescindiu da homologação do Poder Judiciário. Embora não sejam aplicadas verdadeiras penas, pois o acordo era celebrado e cumprido durante a fase de investigação, somente chegando ao conhecimento do Poder Judiciário com a promoção de arquivamento, havia reflexos diretos e incisivos na persecução penal, reflexos estes que, consoante a legislação vigente, sempre estiveram sujeitos ao crivo do Judiciário. Na sistemática original da Resolução, restaria ao juízo competente analisar a promoção de arquivamento, e, caso entendesse que o acordo era ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não eram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que poderia insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passava do Poder judiciário ao Ministério Público. O investigado, ademais, poderia cumprir o acordo e ainda ser processado caso o juízo competente rejeitasse o arquivamento e o Procurador-Geral determinasse o oferecimento de denúncia.

O art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 foi remodelado pela Resolução nº 183/2018. Em relação às inovações, merece referência, em primeiro lugar, a limitação do acordo às infrações penais cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos. Entre as hipóteses em que não é admitida a celebração do acordo, foram acrescidas o fato de se tratar de crime hediondo ou alcançado pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ou quando o acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por fim, a principal modificação consistiu na determinação de submissão do acordo, ao Poder Judiciário, antes do seu cumprimento. A palavra final, no entanto, foi mantida no Ministério Público.

Apesar de serem louváveis os objetivos do acordo, era factível que o art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 avançava em demasia em seara afeta à lei processual penal, o que atrai a competência legislativa privativa da União (CR/1988, art. 24, I), com a necessária participação do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*). Entender que a edição dessa espécie de norma, por um colegiado destituído de legitimidade democrática, seria possível pelo fato de o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público estar lastreado diretamente na Constituição, sendo um “*poder normativo primário*”, era romper as áreas do inusitado, máxime por estarmos perante um comando que terá reflexos diretos na esfera jurídica individual.

A Lei nº 13.964/2019 inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e encobriu o acordo de não persecução penal com o manto da legalidade, sendo encampados os contornos básicos estabelecidos pelo regulamento. O acordo será homologado em audiência (§ 4º), mas, caso o juiz entenda que não observa a proporcionalidade, o devolverá ao Ministério Público para a sua reformulação (§ 5º). Essa homologação também poderá ser recusada caso o acordo não atenda aos requisitos legais ou a

reformulação alvitrada não seja promovida (§ 7º). Na hipótese de recusa, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que analise a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento de denúncia (§ 8º). Uma vez homologado o acordo, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que inicie a sua execução perante o juízo de execução penal (§ 6º): o cumprimento acarretará a extinção da punibilidade (§ 13), enquanto o descumprimento de alguma condição ensejará que seja requerida a sua rescisão pelo juízo, com posterior oferecimento de denúncia (§ 10). A celebração e o cumprimento do acordo não serão considerados para fins de antecedentes criminais, apenas obstando que outro ajuste seja firmado nos cinco anos subsequentes (§ 12). Na hipótese de recusa na formulação da proposta de acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 (§ 14).

3.2. Direito sancionador cível

A utilização da consensualidade no âmbito da reparação de danos, tanto na tutela individual como na coletiva, há muito é encampada pelo nosso sistema. Um primeiro aspecto a ser analisado é o de que o uso da consensualidade na tutela coletiva em geral é regido por regras próprias, que não se identificam com aquelas afetas à consensualidade no direito sancionador cível. Em verdade, contam com legitimados diversos, procedimentos distintos, e o objetivo da primeira está nitidamente direcionado à prevenção e à reparação, não propriamente à punição.

Como se sabe, a Lei nº 7.347/1985, grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Somente com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o previu em seu art. 211, é que ocorreu a sua introdução no direito brasileiro. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um § 6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos.

O compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico celebrado, de um lado, por uma estrutura estatal de poder, cognominada de *órgão público* pelo § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos públicos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados à propositura de ações coletivas (v.g.: o Procon na defesa do consumidor), e, de outro, o violador, atual ou iminente, de interesses transindividuais. A referência a órgão público indica que organizações da sociedade civil, qualquer que seja a sua natureza jurídica, não podem instar o violador a celebrá-lo.

Questão controversa diz respeito à possibilidade, ou não, de entes da Administração Pública indireta celebrarem ajustes dessa natureza.

Não precisam ser realçadas as dificuldades hermenêuticas que a expressão *órgãos públicos* traz consigo. Em rigor lógico, são centros de competências administrativas, destituídos de personalidade jurídica, que congregam agentes

públicos responsáveis pelo exercício das respectivas competências. A prevalecer esse conceito, sequer os entes federativos poderiam celebrar os ajustes, já que, por terem personalidade jurídica, seriam um *plus* em relação ao mero órgão. É fácil perceber que interpretações extremadas como essa não conduziram a resultados satisfatórios.

A interpretação que conduz a resultados mais razoáveis parece ser a que associa o caráter *público* do órgão ao fato de ser ou estar integrado a uma estrutura estatal de poder, não à personalidade jurídica de direito público da respectiva estrutura estatal de poder ou, no caso de órgão despersonalizado (v.g.: Procon),²⁴ à personalidade jurídica da mesma estrutura em que inserido. Com isso, assegura-se a paridade entre os *órgãos* legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, elencados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e aqueles legitimados à celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Portanto, deve ser admitida a celebração do ajuste por todos os entes da Administração Pública indireta, quer tenham personalidade jurídica de direito público, quer de direito privado.²⁵ Especificamente em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, tal não importará em qualquer tratamento privilegiado a esses entes, com a possível afronta ao disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, que estabelece a sua sujeição ao mesmo regime jurídico das sociedades empresárias de direito privado. Afinal, estas últimas não têm legitimidade para a tutela dos interesses transindividuais. Na medida em que empresas públicas e sociedades de economia mista são ontologicamente distintas das associações, quer no plano da constituição, quer no da funcionalidade, não há qualquer incongruência na exclusão destas últimas.

A exemplo dos demais negócios jurídicos, o compromisso de ajustamento de conduta deve preencher os requisitos de validade.²⁶ As partes devem ser capazes, de modo a exteriorizar livremente a sua vontade, sem qualquer vício de consentimento. A forma, em linha de princípio, é livre, o que não afasta a possibilidade de os órgãos públicos estabelecerem diretrizes internas a respeito de sua estrutura básica. O objeto deve ser lícito, exigindo que as obrigações assumidas ajustem-se à legislação de regência. Sob essa ótica, deve ser utilizado como paradigma o provimento jurisdicional passível de ser obtido ao fim da ação civil pública. Portanto, consoante o art. 3º da Lei nº 7.347/1985, podem ser pactuadas obrigações de dar, ressaltando-se que o numerário

²⁴ A Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente, autorizou, em seu art. 79-A, que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA celebrem termo de compromisso.

²⁵ Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328; e BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005, p. 96 e ss.

²⁶ Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 457.

obtido deve ser endereçado ao fundo referido no art. 13.²⁷ fazer ou não fazer.²⁸ Além disso, as obrigações assumidas devem ser líquidas, de modo a não comprometer a sua eficácia, e deve ser cominada multa para a hipótese de inadimplemento.

O compromisso, ademais, deve ser reduzido a termo, dispensa a assinatura de testemunhas e não carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia. Essa eficácia, é importante frisar, surge tão logo o termo, formal e materialmente hígido, é firmado. Em se tratando de compromisso firmado pelo Ministério Público, nos autos de inquérito civil, o seu integral cumprimento ensejará a formulação da promoção de arquivamento, pelo órgão de execução com atribuição, a ser apreciada pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.347/1985. Note-se que a sistemática legal somente permite a deflagração desse instrumento de controle interno com o esgotamento das diligências investigativas e a decisão de não se ajuizar a ação civil pública. Trata-se, portanto, da fiscalização do *non facere*. Em rigor lógico, não compete ao Conselho fiscalizar o *facere*, presente na expedição de recomendação, na celebração de termo de compromisso ou no ajuizamento de ação civil pública. Apesar dessa constatação, não tem sido incomum, em alguns Estados da Federação, a inserção de cláusula, no termo de compromisso, condicionando a sua eficácia à prévia homologação pelo Conselho Superior, o que, aliás, foi expressamente previsto no parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, que veiculou a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. Essa sistemática, conquanto benéfica ao outro pactuante, pois afasta o risco de o colegiado entender que o termo não protegeu a contento o interesse transindividual tutelado, não encontra ressonância na Lei nº 7.347/1985.

O compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de modo que qualquer legitimado pode promover a execução forçada, conforme os arts. 778 e 784, XII, do CPC/2015. Diz-se qualquer legitimado por uma razão bem simples: não há vínculo de titularidade entre o legitimado que celebrou o termo de compromisso e o direito material tutelado.

A grande importância desse compromisso reside em evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas a partir da convergência de vontades dos próprios pactuantes. A solução assim obtida tende a ser mais célere e menos traumática para

²⁷ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi inicialmente regulamentado pelo Decreto nº 92.302/1986, alterado pelo Decreto nº 96.617/1988 e posteriormente revogado pelo Decreto nº 1.306/1994. A Lei nº 9.008/1995 criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/1985, e dispôs sobre a origem das receitas do fundo e suas finalidades. Dentre as fontes de receitas previstas no art. 2º da Lei nº 9.008/1995, não há referência expressa àquelas associadas aos compromissos de ajustamento de conduta. Apesar disso, a doutrina, corretamente, tem se posicionado nesse sentido. Afinal, a funcionalidade dessas receitas há de ser a mesma daquelas decorrentes de condenação judicial, daí a razão de convergirem para o mesmo Fundo. *Vide*: MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, abr.-jun./2005, p. 9 e ss.

²⁸ O STJ considerou ilegal o termo de ajustamento de conduta em que foi pactuada obrigação de dar diversa da entrega de recursos ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/1985: 1ª T., REsp nº 802.060/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/12/2009, DJe de 22/02/2010.

todos, máxime para o violador do direito transindividual, que pode ter, entre outras vantagens, prazos mais compatíveis com a sua realidade para o cumprimento da obrigação. Foi justamente essa constatação que conduziu à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, possibilitando seja alcançado o mesmo resultado útil por instrumento diverso. A busca por esse resultado útil, ainda que trilhada por percursos distintos, é direcionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse.

O termo assume feição híbrida: no que diz respeito ao direito material, atua como mero ato de reconhecimento de uma obrigação preexistente e que pode vir a ser reconhecida por sentença judicial (v.g.: o dever jurídico de reflorestar uma área, de cessar uma prática comercial abusiva etc.), quanto aos aspectos periféricos, consubstancia verdadeira transação.

Caso outro coletivamente entenda que o termo de compromisso não se mostra suficiente à proteção dos interesses transindividuais, é possível que venha a requerer em juízo as medidas que, em sua visão, sejam necessárias à tutela desses interesses.²⁹ Se o termo afrontá-los, ao invés de protegê-los, pode pleitear a sua própria anulação, o que pressupõe a demonstração de um vício de juridicidade no negócio jurídico. Apesar de o celebrante do termo atuar como substituto processual, o que autorizaria o entendimento de que os efeitos dos seus atos se estenderiam aos demais substitutos em potencial, a hipótese comporta reflexões suplementares. Como é reconhecida, em relação aos órgãos públicos, a legitimidade concorrente para a celebração do termo e para a propositura da ação, ao que se soma a constatação de que a *ratio* dessa atuação é preservar o interesse social, não nos parece adequado permitir que termos circundados de atecnia ou mesmo de má-fé possam transmutar em disponível aquilo que, em essência, é indisponível. Entendimento contrário, ademais, permitiria fossem afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesões de monta a direitos de indiscutível importância para o organismo social³⁰.

Não se admite, no entanto, que o objetivo de retirar a eficácia do termo de compromisso de ajustamento de conduta seja alcançado de maneira indireta, por outro legitimado, com a assinatura de termo distinto, com conteúdo diverso do anterior.

A funcionalidade do termo de compromisso de conduta, como se disse, é a de evitar a violação ou recompor o bem jurídico tutelado. O seu objetivo não é propriamente o de reduzir a esfera jurídica individual, o que denota profunda distinção em relação à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda afeta ao direito sancionador propriamente dito. Essa premissa certamente facilita a compreensão do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, que autoriza o ajuizamento da ação popular, por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, e do art. 1º, VIII, da

²⁹ O CPC/2015, em seu art. 785, admite, expressamente, a opção pelo processo de conhecimento quando a parte já dispuser do título executivo extrajudicial. Não haverá que se falar, portanto, em falta de interesse processual, como já defendido (vide: MAZZILLI. *Compromisso...*, p. 93 e ss.).

³⁰ Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 265.300/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 21/09/2006, DJ de 02/10/2006. Esse Tribunal, aliás, já entendeu ser possível o ajuizamento de ação popular para impugnar acordo judicial, celebrado pelo Ministério Público no curso de ação civil pública, que se entendeu lesivo ao patrimônio público: 1ª T., REsp nº 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/09/2003, DJU de 20/10/2003.

7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 13.004/2014, segundo o qual “*regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais*” causados “*ao patrimônio público e social*”. Essa responsabilização, como é intuitivo, é a *cível stricto sensu*, calcada no referencial de reparação; não a *cível lato sensu*, afeta ao direito sancionador *cível* ou direito sancionador extrapenal judicial *cível lato sensu*. Portanto, apesar de o termo de ajustamento de conduta estar previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, ele não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Se o objetivo de algum operador do direito for utilizá-lo, fá-lo-á com base em norma diversa que não essa.

Apesar disso, ainda que o termo de ajustamento não possa incursionar no direito sancionador propriamente dito, é perfeitamente defensável a tese de que pode adentrar na seara da reparação ou da recomposição, ainda que seja formalmente cognominada de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com a reparação do dano e a perda de bens ou valores adquiridos ilicitamente. Como o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre das medidas (*rectius*: sanções propriamente ditas) que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada.

No âmbito do direito sancionador *cível*, a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 17, § 1º, vedava expressamente a celebração de “*transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Na medida em que a consensualidade se espriava pelo direito penal e, como veremos, pelo direito sancionador administrativo, foi natural o surgimento do entendimento que apregoava a total erosão da força normativa desse preceito, que teria sido tacitamente revogado pelo sistema em que inserido. Esse entendimento era sistemicamente defensável, apesar das corruptelas argumentativas, como a de que o § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que apenas tratava de uma contenda entre estruturas estatais de poder, exigindo que o acordo eventualmente celebrado, com reflexos em uma ação de improbidade administrativa, fosse homologado pelo juízo em que tramitava esta demanda (v.g.: na ação de improbidade administrativa ajuizada em face do agente público, discutia-se a causação de dano ao patrimônio público no montante x, enquanto o acordo entre as estruturas estatais estatuiria que o dano não ocorra ou que o seu montante era y). A Medida Provisória nº 703/2015 chegou a promover a revogação expressa desse preceito, mas perdeu a eficácia pelo decurso do tempo.

Remontam a esse momento as iniciativas adotadas em diversas unidades do Ministério Público, no sentido de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta poderia ser utilizado no âmbito da improbidade administrativa. O principal reflexo desse entendimento, preconizado pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 179 (art. 1º, § 2º), era o de que o resultado do ajuste consistia na formação de um título executivo extrajudicial, o que terminava por atrair o uso de subterfúgios que permitissem a incidência das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública, para as quais é exigido o trânsito em julgado da

sentença condenatória (Lei nº 8.429/1992, art. 20, *caput*). Os subterfúgios normalmente consistiam na previsão de que o agente público “renunciava” a esses direitos.

O uso do termo de ajustamento de conduta nessa seara, a exemplo de toda e qualquer adaptação, trazia complicadores. Ainda que o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema. Explica-se: a existência de instâncias independentes não permite que requisitos, instrumentos e consequências afetas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um “diálogo”, seria verdadeira “violência sistêmica”, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. Nesse caso, o novo “sistema”, se é que podemos cognominá-lo como tal, seria criado *ab ovo* pelo intérprete³¹. Essa constatação, por certo, não representa qualquer óbice a que a reparação do dano e a perda dos bens adquiridos ilícitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta. Afinal, ontologicamente, não consubstanciam verdadeiras sanções, buscando apenas a recomposição do *status quo*.

O grande problema da adaptação, em verdade, decorria da ausência de balizamentos sistêmicos, a exemplo da legitimidade para a celebração do acordo, o que era particularmente relevante ao lembrarmos que tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica lesada podem ajuizar as ações; dos ilícitos em que seria cabível o ajuste; das sanções que poderiam ser, ou não, negociadas; e, o mais importante, o procedimento a ser seguido. É neste último plano que se insere a discussão em torno da necessidade de homologação judicial, o que decorre da constatação de que somente o juiz pode aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Essa necessidade, no entanto, foi simplesmente afastada pela maioria dos atos regulamentares editados no âmbito do Ministério Público. A Lei nº 13.964/2019 não só afastou a vedação para a celebração de acordos, como instituiu ajuste específico, o acordo de não persecução cível, que será objeto de análise em tópico próprio.

O curioso é que, apesar da superveniência de lei instituindo o acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, há quem afirme que, à mingua de revogação expressa, o art. 1º, § 2º, da Resolução CNMP nº 179/2017, que admite a celebração do termo de ajustamento de conduta, continua em vigor. A esse respeito, é de bom alvitre a leitura da parte final do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” Caso se conclua, ao fim da investigação, que a conduta praticada não configura ato de improbidade administrativa, mas que existem aspectos afetos a interesses difusos e coletivos que devem ser protegidos, será possível

³¹ Também se posicionando em sentido contrário à utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa, mas admitindo a utilização dos elementos probatórios obtidos em outras instâncias de responsabilização, *vide*: ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...*, p. 914-916.

a celebração de termo de ajustamento de conduta, não de acordo de não persecução cível. Este último ajuste, à evidência, pressupõe a existência de indícios efetivos da prática do ato de improbidade administrativa, a exemplo do que é exigido, no âmbito do acordo de não persecução criminal, em relação ao crime.

Enquanto a Lei nº 8.429/1992 vedava a celebração de acordos, a Lei nº 12.846/2013 os admitia expressamente, o que contribuía, em muito, para aumentar o sentimento de que a vedação era incongruente. Esse diploma legal dispôs sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Estatuiu, em seu art. 5º, uma unidade de tipologia, que seria aplicada indistintamente nas duas esferas de responsabilização, daí decorrendo, conforme o caso, a aplicação de sanções administrativas ou de sanções cíveis, estas últimas da alçada de um juiz, sem prejuízo daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992.

Além de detalhar sujeitos, tipologia, sanções e o processo administrativo e judicial, a Lei nº 12.846/2013 também dispôs, em seu art. 16, sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, podendo ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Essa competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é concentrada na Controladoria-Geral da União, o mesmo ocorrendo em relação aos atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. O objetivo é o de suavizar as consequências do ilícito em razão da colaboração do respectivo autor.

Os contornos gerais desse acordo se ajustam ao modelo de consensualidade de colaboração e se projetarão no plano administrativo, isentando a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e reduzindo em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, e no plano jurisdicional, afastando a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Nesse caso, estamos perante uma exceção ao traço estrutural a que temos nos referido, sendo permitido que o acordo celebrado produza efeitos sem ser homologado pela autoridade competente para aplicar as sanções cíveis, *in casu*, o juiz.

A Lei nº 12.846/2013 também autorizou, em seu art. 17, que a Administração Pública celebrasse acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática dos ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

A limitação dos efeitos do acordo de leniência ao processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades com base na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013, bem como ao processo judicial voltado à aplicação das sanções previstas neste último diploma legal, indica uma opção consciente de não estendê-lo a outras esferas de responsabilização. Esse aspecto torna-se bem nítido ao observarmos o teor do art. 30, I, da Lei nº 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas neste diploma legal *“não afeta os processos de responsabilização e aplicação*

de penalidades decorrentes" de "ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992".

Apesar de a Lei nº 12.846/2013 somente fazer menção à celebração do acordo de leniência pela Administração Pública, é argumentativamente defensável a tese de que o Ministério Público também poderia celebrá-lo. A uma, o acordo de leniência tem como efeito afastar a aplicação de uma das sanções passíveis de serem aplicadas no processo judicial, aquela prevista no art. 19, IV, sendo o Ministério Público um dos legitimados ao ajuizamento da ação civil. A duas, como é possível a aplicação, no processo judicial, das sanções administrativas previstas no art. 6º, se houver omissão da autoridade competente para promover a responsabilização administrativa, conforme prevê o art. 20, nada impediria que o Ministério Público celebrasse o acordo com o objetivo de obter informações úteis à persecução do ilícito. A três, a celebração do acordo é perfeitamente compatível com as funções institucionais do Ministério Público, instrumentalizando-as. Apesar disso, parece-nos que essa possibilidade assumirá contornos subsidiários. Afinal, os principais efeitos do acordo se apresentam no plano administrativo, com a redução de uma sanção, a multa, e a supressão de outra, a publicação extraordinária da decisão, e o Ministério Público não poderia impedir, com a sua iniciativa, a instauração do processo administrativo pela autoridade competente. Outro aspecto digno de nota é o de que o Ministério Público não poderia simplesmente utilizar o invólucro cognominado de "*acordo de leniência*" e atribuir-lhe qualquer conteúdo. O conteúdo há de ser, sempre e sempre, aquele previsto em lei.

3.3. Direito sancionador administrativo

No direito brasileiro, o uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador administrativo foi inicialmente contextualizado na defesa da ordem econômica. São utilizados basicamente dois instrumentos, com predomínio da consensualidade, no combate às práticas lesivas à concorrência: o acordo de leniência e o compromisso de cessação de conduta, opções que se oferecem para evitar a tramitação do processo administrativo regular, em que é possível a aplicação de sanção ao final.

O acordo de leniência foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, reeditada quatro vezes até ser convertida na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este diploma normativo alterou a Lei nº 8.884/1994, que criara o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispusera sobre as infrações contra a ordem econômica, para autorizar, no art. 35-B, a celebração de acordo visando à extinção da ação punitiva da Administração Pública ou à redução da penalidade aplicável à pessoa física ou jurídica autora da infração, neste último caso, desde que fosse a primeira a procurar as autoridades e efetivamente colaborasse para a identificação dos demais envolvidos. Trata-se de uma "*corrida para tocar o sino (ring the bell)*"³², de modo a incentivar a colaboração com as autoridades. O benefício,

³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157 e ss.

no entanto, não alcança aqueles que “*tenham estado à frente da conduta tida como infracionária*”, mas seria extensivo aos dirigentes e administradores que firmassem o mesmo instrumento.

O acordo seria celebrado pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e não se sujeitaria à homologação do CADE, que deveria apenas seguir os seus termos.

O art. 35-C, por sua vez, dispôs expressamente sobre a interpenetração entre as instâncias penal e administrativa ao estatuir que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, a celebração do acordo de leniência acarretaria a suspensão do prazo prescricional e impediria o oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, seria extinta a punibilidade.

Em momento posterior, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou dispositivos da Lei nº 8.884/1994 e passou a disciplinar a matéria em seus arts. 86 e 87. O acordo de leniência, doravante, passou a ser celebrado pelo CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral, e os seus efeitos seriam analisados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão também vinculado à autarquia. Os seus efeitos, ademais, além de se projetarem sobre os crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990, também alcançariam aqueles tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal. O acordo, portanto, produz efeitos administrativos e penais. Trata-se de marcante exceção a um traço estrutural do direito sancionador brasileiro, o de que a autoridade competente para aplicar sanções também o é para homologar os acordos que lhes digam respeito.

É no mínimo duvidosa a constitucionalidade do comando legal que transfere a autoridade administrativa que não o Ministério Público, titular da ação penal, conforme o art. 129, I, da Constituição de 1988, o juízo valorativo a respeito da extinção da punibilidade de uma infração penal. A punibilidade da infração penal é inerente à sua tipificação e consequente cominação da sanção para aqueles que a praticarem, o que permite concluir que é alcançada pelo princípio da legalidade penal, extraído da regra do art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Quando a lei atribui efeitos penais a um acordo direcionado por influxos de conveniência e oportunidade, inerentes à decisão de celebrá-lo, ou não, é evidente a transferência, do plano legal para o administrativo, de uma sistemática nitidamente afeta ao primeiro. A lei pode estabelecer as causas de extinção da punibilidade, já que a própria ação penal é promovida “*na forma da lei*”, conforme o referido art. 129, I, mas não parece possível que a lei transfira ao CADE o poder decisório a esse respeito^{33 34}.

³³ Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade dessa causa extintiva da punibilidade com base no argumento de que a ação penal é ajuizada “*na forma da lei*”, que pode mitigar a sua obrigatoriedade, bem como que referida extinção não decorre de decisão administrativa do CADE, mas da lei, *vide*: MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controversas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169 e ss.

³⁴ Não é incomum que se busque contornar a tese da inconstitucionalidade, incluindo-se o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, como signatário do respectivo acordo de leniência. *Cf.*

A disciplina do acordo de leniência no direito brasileiro ainda apresenta outro complicador em termos de previsibilidade de suas consequências em relação ao colaborador. Trata-se da possibilidade de os documentos que lastrearam o acordo serem utilizados em outra instância de responsabilização a partir de requisição judicial. Tal pode ocorrer caso sejam ajuizadas ações civis de reparação dos danos causados pelo cartel, o que torna a posição jurídica do colaborador particularmente frágil, inclusive por ter expressamente reconhecido a prática do ilícito. Apesar de sua relevância, a matéria não foi disciplinada na Lei nº 12.529/2011, inexistindo qualquer isenção de responsabilidade para o colaborador³⁵. No direito europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que caberia aos juizes nacionais valorar os fatos e alcançar o equilíbrio possível entre o direito à reparação dos danos causados pelo cartel e a efetividade do acordo de leniência, ponderando, com isso, os interesses protegidos pelo direito da União³⁶.

O segundo instrumento utilizado é o compromisso de cessação de conduta, introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 92.323/1986, que regulamentou a Lei nº 4.137/1962, posteriormente revogada pela Lei nº 8.884/1994. O referido Decreto, sob cuja égide não foi celebrado nenhum compromisso de cessação, ainda foi sucedido pelo de nº 36/1991, que também não produziu qualquer efeito prático, já que ambos não detalhavam o procedimento a ser seguido na celebração do compromisso ou os incentivos para que o administrado o celebrasse³⁷.

Nova disciplina foi veiculada pelo art. 53 da Lei nº 8.884/1994, sendo inicialmente regulamentado pela Resolução nº 46 do CADE. Nesse instrumento, a pessoa jurídica sob investigação por infração à ordem econômica acordava, com o CADE ou com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, *ad referendum* do CADE, a cessação de sua conduta, sem olvidar a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, exigência esta sempre inserida nos acordos, apesar do silêncio da legislação³⁸. Esse reconhecimento, é importante frisar, parte da premissa de que o compromisso de

DRAGO. Acordos de Leniência... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 49; DE CAMPOS, Marcos Vinícius (coordenador). Painel I – cartéis: interface administrativa e criminal. In *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 19 e ss.; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.; RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss.; e RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial. Práticas e Recomendações. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, ago./2007, p. 22 e ss.

³⁵ Cf. SILVA E SOUZA. Mecanismos de Proteção.... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.

³⁶ Grande Seção, Processo C-360/2009 (Caso Pfeider), j. em 14/06/2011, in ECLI:EU:C:2011:389; e 1ª Seção, Processo nº C-536/2011 (Caso Donau Chemie), j. em 06/06/2013, in ECLI:EU:C:2013:366.

³⁷ Cf. SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessão de Prática e o Reconhecimento de Culpa. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jun.-dez./2011, p. 13 e ss.

³⁸ Cf. VICENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: Requisito Essencial ou Prescindível, Face ao Programa de Leniência? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 252 e ss. No entender desse autor, a confissão de culpa pode integrar o termo de cessação de conduta, mas não é indispensável à sua celebração, mesmo nos processos em que o acordo de leniência tenha sido celebrado.

cessação de conduta, celebrado após o início das investigações, não pode ser mais benéfico para o investigado que o acordo de leniência, no qual confessa a culpa e apresenta provas a respeito da conduta de outros participantes. A Administração deixa de dar seguimento ao processo administrativo direcionado à aplicação da sanção enquanto o acordo estiver sendo cumprido³⁹. A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 e vedou a celebração desse ajuste em se tratando de cartel, restrição eliminada pela Lei nº 11.482/2007, que previu a necessidade de ser recolhida, quando cabível, “*contribuição pecuniária*” para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sem contar a cominação de multa para a hipótese de inadimplemento. O termo poderia ser celebrado até o início da sessão de julgamento do processo administrativo e constituiria título executivo extrajudicial, a exemplo, aliás, do termo de ajustamento de conduta passível de ser celebrado, por alguns legitimados, no âmbito do processo coletivo.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o termo de compromisso de cessação passou a ser disciplinado em seu art. 85, devidamente integrado pelos arts. 184 e seguintes do Regimento Interno do CADE. Além de ser celebrado exclusivamente por esta autarquia, não produz efeitos na seara penal, o que somente é alcançado com a celebração do acordo de leniência⁴⁰. Não é necessário, ademais, o fornecimento de quaisquer informações a respeito da prática de ilícitos por terceiros⁴¹, tendo abrangência sensivelmente inferior ao acordo de leniência⁴².

Instrumento similar também foi previsto na Lei nº 6.385/1976, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 9.457/1997 e, posteriormente, pela Lei nº 10.303/2011. De acordo com o art. 11 do referido diploma legal, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) poderia celebrar, com os infratores das normas afetas ao mercado de valores mobiliários, termo de compromisso, condicionado à cessação da prática, correção das irregularidades e indenização dos prejuízos⁴³. O cumprimento desse termo, que constitui título executivo extrajudicial, afasta a aplicação das sanções previstas. Esse sistema sofreu novas modificações com a Medida Provisória nº 784/2017, com vigência encerrada ao fim do prazo constitucional e que autorizou, em seu art. 35, a celebração do acordo de leniência pela CVM. A Lei nº 13.506/2017 encampou a mesma ideia e autorizou a celebração do “*acordo administrativo em processo de supervisão*” pela CVM (arts. 33 e 34). Suas premissas estão baseadas na colaboração

³⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira: parecer publicado em junho de 2001*. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula Ana. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229 (232-233).

⁴⁰ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni; e FARINA, Fernanda Mercier Querido. Alterações Penais da Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 927, jan./2013, p. 159.

⁴¹ Cf. CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES e Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: os Acordos de Leniência, O Tempo de Compromisso de Cessão e a Lei n 11.482/2007. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 15, jan./2007, p. 45.

⁴² Cf. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan./2001, p. 137 e ss.

⁴³ Sobre as semelhanças do instrumento de consensualidade previsto na Lei nº 9.457/1997 e o *consent decree* do direito norte-americano, vide: DE MORAES, Luiza Rangel. Considerações sobre o *consent decree* e sua aplicação no âmbito da disciplina do mercado de valores mobiliários. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 4, jan.-abr./1999, p. 99 e ss.

do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas que comprovem os fatos, sendo necessária a confissão da prática do ilícito. O efeito será a extinção da ação punitiva ou a redução da pena. O acordo foi regulamentado pela instrução CVM nº 607/2019 e detalhado pela Portaria CVM/PTE/nº 109/2019, em vigor a partir de 1º de setembro de 2019. O mesmo acordo foi instituído pela Lei nº 13.506/2017 no âmbito do Banco Central.

No âmbito do direito regulador, observa-se, inicialmente, uma ampla liberdade valorativa das agências reguladoras no estabelecimento de padrões de conduta e no exercício do poder de polícia, inclusive com a aplicação de sanções que se mostrem compatíveis com o potencial lesivo do ilícito praticado. Essas agências, que já ultrapassam a dezena, não têm recebido uma uniformidade de tratamento no plano legislativo, o que se projeta sobre os instrumentos de consensualidade postos à sua disposição. A peculiaridade é que as lacunas legislativas não têm impedido que muitas delas editem atos normativos infralegais reconhecendo a possibilidade de celebrarem ajustes, os quais, pelo menor caráter impositivo e maior potencial de satisfação, têm recebido de parte da doutrina a denominação de *soft regulation* (regulação fraca). É o que foi feito, por exemplo, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que editou a Resolução Normativa nº 63/2004, cujo art. 21 previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta “*alternativamente à imposição de penalidade,*” tendo por objetivo mor a adequação da conduta à juridicidade. O mesmo foi feito pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por meio da Resolução nº 3259/2014 (arts. 83 a 87); e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Resolução nº 629/2013 (art. 1º e ss.). Deve-se observar que as agências reguladoras são responsáveis pela definição de parte dos ilícitos passíveis de serem praticados pelas respectivas operadoras, não se ajustando à lógica binária da previsão legal do ilícito e da sanção, que tem caracterizado o direito sancionador administrativo⁴⁴.

A única agência reguladora que conta com norma legal expressa a respeito da consensualidade no plano do direito sancionador é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS). A Lei nº 9.656/1998, em seus arts. 29 e 29-A, dispõe sobre o “*termo de compromisso de ajuste de conduta,*” que pode se assemelhar ao termo de cessação de conduta anteriormente visto ou ao homônimo, largamente utilizado na tutela coletiva, que ainda será objeto de análise. No primeiro caso, disciplinado no art. 29, exige-se a cessação da conduta e a correção das irregularidades, inclusive com a indenização dos prejuízos. Deve prever multa para a hipótese de inobservância e tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Uma vez cumprido, acarreta a extinção do processo administrativo, não sendo aplicada qualquer penalidade ao operador ou prestador

⁴⁴ De acordo com o art. 173 da Lei nº 9.472/1994, “*a infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis,*” incluídos sob esta última epígrafe os padrões normativos editados pela própria ANATEL, “*sujeitará os infratores às seguintes sanções:*” advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade. Ao aplicar as sanções, a ANATEL, conforme o art. 176, deve considerar “*a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica.*”

do serviço. No segundo caso, previsto no art. 29-A, é celebrado com o objetivo de assegurar a qualidade dos serviços de assistência à saúde, não podendo acarretar restrição de direitos do usuário. Como se percebe, no art. 29 da Lei nº 9.656/1998, o termo é celebrado no âmbito do direito sancionador administrativo; já no âmbito do art. 29-A, almeja-se, apenas, que uma conduta seja ajustada à juridicidade. Não há dúvidas, aliás, de que este último, em razão dos amplos termos da legislação afeta à proteção dos interesses difusos e coletivos, especialmente em razão do disposto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, pode ser utilizado por qualquer agência reguladora.

Apesar da ausência de previsão legal da consensualidade no direito sancionador manejado pelas agências reguladoras que não a ANSS, é factível que a aplicação antecipada de sanções, a partir de aquiescência expressa do ente que integra o setor regulado, ou mesmo o mero ajuste da conduta, de modo a melhor atender às exigências do mercado e ao interesse social, não configuram qualquer ruptura sistêmica. Afinal, a deliberação, nesse caso, será realizada pelo próprio órgão responsável pelo monitoramento do setor e pela resolução do processo administrativo.

Por fim, a Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, que teve sua eficácia cessada pelo decurso do tempo, dispôs sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil, tendo previsto a possibilidade de ser firmado termo de compromisso com a instituição financeira (arts. 11 a 15) ou acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas (arts. 30 a 32), em razão da prática de infrações contra o sistema financeiro.

No termo de compromisso, a instituição financeira assume o compromisso de cessar a prática, corrigir as irregularidades e cumprir as demais condições acordadas, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária. O termo constitui título executivo extrajudicial e não importa em confissão do ilícito, devendo ser publicado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. Durante a vigência do termo, ficam suspensos os prazos de prescrição de que trata a Lei nº 9.873/1999, que estabelece os prazos para a ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. O cumprimento do termo somente produzirá efeitos na esfera de atuação do Banco Central, que deve comunicar ao Ministério Público os ilícitos que detectar, sem prejuízo do dever de atender às requisições que lhe sejam encaminhadas.

No acordo administrativo em processo de supervisão, passível de ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, deve haver confissão do ilícito e efetiva colaboração para a apuração dos fatos, incluindo a identificação dos demais envolvidos, daí resultando a extinção da punibilidade ou a redução das sanções aplicáveis na esfera de atuação do Banco Central. Não há, portanto, reflexos nas demais instâncias de responsabilização. A celebração do acordo, que deve ser publicado no sítio do Banco Central, suspende o prazo prescricional no âmbito administrativo em relação ao agente que o celebrou e, uma vez cumpridos os seus termos, impede a celebração de novo acordo por três anos. Também aqui o Banco Central deve realizar as comunicações devidas ao Ministério Público e atender às requisições que receber.

A sistemática adotada no direito sancionador administrativo não deixa margem a dúvidas de que, na realidade brasileira, o órgão competente para aplicar sanções dessa natureza deve necessariamente anuir com o acordo, dando-lhe feições finais, quer para afastá-las, quer para definir os seus aspetos qualitativo e quantitativo.

4. Origem do acordo de não persecução cível

O acordo de não persecução cível, como já dissemos em mais de uma ocasião, foi inserido na ordem jurídica brasileira pela Lei nº 13.964/2019, que veiculou o Pacote Anticrime.

Sua origem é o PL nº 882/2019, apresentado pelo Poder Executivo em 19 de fevereiro de 2019. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que *“a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”*. É fácil perceber, pelos termos do preceito, a ausência de qualquer rigor científico no trato dos institutos mencionados. Eram aleatoriamente previstos instrumentos com funcionalidades bem distintas, como o termo de ajustamento de conduta, utilizado na tutela coletiva em geral, e diversos outros próprios do direito sancionador, com a peculiaridade de que estes últimos eram afetos não só à área cível como também ao direito penal e ao direito sancionador administrativo. Para fechar com chave de ouro, era determinado que fossem observadas normas substancialmente distintas entre si: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) confere legitimidade ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração, exigindo homologação judicial; já a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) somente prevê (de modo expresso) a legitimidade da pessoa jurídica lesada, sendo que o acordo não carece de homologação judicial. Com todo respeito aos artífices da fórmula, ela mais confunde que explica.

Sensível à impossibilidade de utilizar, com um mínimo de rigor técnico, a redação sugerida no art. 6º do PL nº 882/2019, o Congresso Nacional terminou por se aproveitar do texto elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Presidente da Câmara dos Deputados, para fins de apresentação de anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992⁴⁵.

Na condição de membro dessa comissão, apresentei a proposta de criação do denominado *“acordo de não persecução cível”*. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

⁴⁵ Ato de 22/02/2021, Diário da Câmara dos Deputados, Suplemento, 23/02/2021, p. 9. Integraram a Comissão o Min. Mauro Campbell (presidente), Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello (relator), Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” justamente por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo. Na ocasião, a proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda. Outra preocupação que tive, plenamente recepcionada pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, com posterior homologação judicial. Esta última exigência decorria não só da natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, as quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como, principalmente, pelo fato de o sistema brasileiro adotar o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções ser igualmente competente para homologar o acordo que lhes diga respeito. A legitimidade privativa do Ministério Público para a celebração do acordo decorria de deliberação anterior da Comissão, que atribuíra à Instituição, em seu anteprojeto, legitimidade privativa para o ajuizamento da respectiva ação civil.

O trabalho da Comissão de Juristas, que contou com ampla divulgação, foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, apresentado pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018. É importante lembrar que o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, parece ter sido o primeiro a se utilizar do designativo “acordo de não persecução cível” forjado no âmbito da Comissão, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. Eis o teor do *caput* do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

O texto aprovado pela Comissão de Juristas, mais especificamente a nova redação a ser atribuída ao art. 17-A da Lei nº 8.429/1992, foi utilizado pelo Congresso Nacional e inserido no Pacote Anticrime. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de legitimidade privativa ao Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil.

QUADRO COMPARATIVO

Proposta apresentada à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República
<p>Art. O Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível com aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo cível, desde que dessa colaboração, conforme as circunstâncias do caso concreto, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>	<p>Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>	<p>Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>

Proposta apresentada à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República
<p>§2º O acordo deve estipular o pagamento de multa, vedada a sua fixação em patamar inferior a 20% do máximo cominado para o ato praticado e, eventualmente, as demais sanções com delimitação temporal, que não devem ser fixadas em patamar inferior a 50% do máximo cominado.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação, que poderá negar-se a fazê-lo em sendo detectado vício de forma.</p>	<p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>	<p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p> <p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p> <p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p> <p>§5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>

Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992: de acordo com o primeiro dispositivo, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não perseguição cível, nos termos desta Lei”; o segundo, por sua vez, dispõe que, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. Essa é a base normativa de que dispõe o intérprete para aplicar o acordo de não perseguição cível.

5. O Acordo de não perseguição cível e a necessidade de homologação judicial

Não é necessária muita argúcia para se perceber que os §§ 1º e 10-A do art. 17-A da Lei nº 8.429/1992 não veiculam comando expresso determinando a homologação judicial do acordo de não perseguição cível. A questão a ser respondida é se essa homologação é necessária ou facultativa? Com todas as vênias em relação àqueles que pensam em contrário, inclino-me pela necessidade⁴⁶. Os argumentos que servem de alicerce a essa conclusão têm natureza linguística, sistêmica e pragmática.

Em qualquer interpretação de ordem jurídica, a análise há de principiar pelos contornos linguísticos dos significantes interpretados, de modo a lhes atribuir significados compatíveis com os usos da língua, considerando a influência da época e do local, a forma como foram organizados no enunciado linguístico, e os objetivos almejados. Não se ignora, é certo, que institutos jurídicos não devem ser interpretados, única e exclusivamente, à luz do enunciado linguístico que os veicula, mas, em ambientes democráticos, é imprescindível fazer reverência a esses enunciados.

Com os olhos voltados à referida premissa, observa-se que tanto o § 1º como o § 10-A do art. 17, ao tratarem do acordo de não perseguição cível, fazem menção expressa a uma demanda posta em juízo. O § 1º dispõe que “as ações de que trata este artigo” admitem a celebração do acordo; o § 10-A, por sua vez, trata da possibilidade de as partes requererem a interrupção do prazo de resposta para buscarem o consenso. Os comandos normativos não foram direcionados aos aspectos gerais do ilícito, como fez o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não perseguição

⁴⁶ No sentido de que tanto a homologação interna, como a judicial, dos acordos celebrados pelo Ministério Público no plano extrajudicial, dependem de regulamentação, vide PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 66. Renato de Lima Castro, embora entenda ser necessária a homologação judicial a partir do diálogo entre as fontes, isto em razão do disposto no art. 28-A, que a exige no acordo de não perseguição penal, defende que regulamentos internos, do Conselho Nacional do Ministério Público ou dos Ministérios Públicos, podem dispor que, caso o juiz se negue a homologar o acordo de não perseguição cível e o membro do Ministério Público insista nos seus termos, os autos devem ser encaminhados ao Conselho Superior, que pode insistir em seus termos (Acordo de Não Perseguição Cível na Lei de Improbidade Administrativa. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 77, p. 227, jul.-set./2020). Não obstante o brilho do autor, a tese proposta esbarra em dois obstáculos: (a) atos de normatização interna afetos ao Ministério Público não são vinculantes para outras instituições, máxime para o Poder Judiciário; e (b) a negativa de homologação do acordo, como reconhecido pelo autor (p. 226), pode decorrer da inobservância da proporcionalidade, o que denota o zelo pelos direitos fundamentais por parte do Judiciário e não pode ser suplantado por uma deliberação interna do Ministério Público.

penal, também inserido pela Lei nº 13.964/2019, mas, sim, à ação referida no art. 17. E o que dispõe o *caput* deste preceito? Responde-se: *"a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar"*.

Apesar da constatação anterior, observa-se que o próprio § 10-A dispõe sobre tratativas extrajudiciais, o que justifica o requerimento de interrupção do prazo de resposta. Ora, se isto pode ocorrer quando a demanda já foi posta, não há razão para que não possa ser feito em momento anterior. O acordo, portanto, pode vir a ser celebrado antes de ajuizada a própria demanda. Embora seja plenamente razoável afastar a lógica de aflorar a litigiosidade para somente em um segundo momento invocar a consensualidade, o mesmo não pode ser dito em relação à conclusão de afastar a utilização da relação processual como *locus* para sacramentar a definitividade do acordo e a própria participação do Poder Judiciário. Assim ocorre porque se trata de exigência do próprio § 1º, ao dispor que o acordo é admitido nas *"ações de que trata este artigo"*.

Uma segunda ordem de argumentos, de indiscutível relevância na análise a ser realizada, são os de natureza sistêmica. A necessidade de compatibilizar as distintas partes que formam o todo é uma exigência da própria racionalidade, permitindo que o resultado útil seja potencializado ou mesmo viabilizado.

A exigência de que o acordo de não persecução cível seja submetido à homologação judicial, no âmbito da relação processual, decorre da própria estrutura do art. 17. Além de ter reconhecido a legitimidade disjuntiva e concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, exigiu que ambos possam participar da dialética processual. Nos termos do § 3º, quando a ação principal tiver sido proposta pelo Ministério Público, deve ser aplicado, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, o que permite à pessoa jurídica lesada abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor. Caso o Ministério Público não seja o autor, deverá obrigatoriamente atuar como órgão interveniente, sob pena de nulidade, nos termos do § 4º. A não exigência de homologação judicial fará com que a pessoa jurídica lesada ou o Ministério Público, conforme o caso, deixem de conhecer e de se pronunciar sobre o acordo.

Ainda sob a ótica da Lei nº 8.429/1992, observa-se que o art. 12 comina seis espécies de sanções aos atos de improbidade administrativa: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Duas delas, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente *"se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória"*. É o que dispõe o *caput* do art. 20. Ainda que essas sanções não precisem ser aplicadas em conjunto, é evidente que todas, por integrarem o preceito secundário da norma sancionadora, devem ser consideradas e eventualmente aplicadas pela mesma autoridade. Essa

constatação somente seria afastada se a própria ordem jurídica consagrasse uma divisão de competências, na qual cada autoridade aplicaria uma parte das sanções. Isto, no entanto, não ocorre no âmbito da improbidade administrativa. Afinal, nos termos do parágrafo único do art. 12, “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

A conclusão anterior certamente enfraquece a tese de que algumas das sanções cominadas apresentam feições patrimoniais, podendo ser livremente pactuadas. Trata-se, em qualquer caso, de meia verdade. Ora, não há dúvidas quanto à liberdade valorativa do agente em relação à sua esfera jurídica. O que parece passar despercebido é que o acordo não levita no vazio existencial. Muito pelo contrário: somente pode ser celebrado se existirem indícios do ato ilícito denominado de improbidade administrativa. O acordo de não persecução cível está conectado ao ilícito e este à legislação que comina as respectivas sanções e indica o juiz como a autoridade competente para aplicá-las.

Também parece relevante lembrar que o inciso V do art. 15 e o § 4º do art. 37 da Constituição de 1988, ao dispor que a sanção de suspensão dos direitos deve ser cominada aos atos de improbidade, automaticamente atraíram a competência da União para legislar sobre a matéria, já que somente esse ente, nos termos do art. 22, XIII, pode legislar sobre cidadania. Também aqui não seria possível afirmar que todos os demais entes federativos poderiam legislar sobre improbidade administrativa, desde que não cominassem a sanção de suspensão dos direitos políticos. A norma sancionadora, como se percebe, forma um todo monolítico, sendo integrada pelos preceitos primário e secundário.

Na medida em que (a) o acordo de não persecução cível deve ser aplicado “nos termos desta Lei” (*rectius*: a Lei nº 8.429/1992 - art. 17, § 1º), (b) somente o juiz pode aplicar as sanções ali previstas (art. 12, parágrafo único) e (c) as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se tornam efetivas com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*), questiona-se: como seria possível afastar a necessidade de homologação judicial do acordo? Não nos parece que essa verdadeira impossibilidade sistêmica possa ser contornada com o já mencionado subterfúgio de o agente público assumir o compromisso de renunciar à função pública ou de não concorrer a um cargo eletivo no período indicado. O Estado de Direito é infenso a malabarismos semânticos cujo fim último seja apenas o de burlar o sentido e o alcance de normas postas por ele próprio. A ética relacional deve estar sempre presente em sua atuação. Se “a ética ou a ciência da moral corresponde à busca de uma maneira de ser, à sabedoria na ação”⁴⁷, é evidente que esse tipo de subterfúgio caminha em norte contrário à sabedoria, já que nivela o Estado aos malfeitores, que também buscam alcançar os resultados que melhor lhes apeteçam, com abstração dos meios a serem empregados.

⁴⁷ VIGOUROUX, Christien. *Déontologie des Fonctions Publiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 10-11.

Avançando nos argumentos de ordem sistêmica, tem-se a constatação de que, como exaustivamente demonstrado, o direito sancionador brasileiro apresenta o traço estrutural de exigir que os acordos relativos a sanções sejam homologados pela autoridade competente para aplicá-los. As exceções devem ser expressas, como ocorreu com a Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), segundo a qual o acordo de leniência celebrado no âmbito do CADE (direito sancionador administrativo) acarreta a extinção da punibilidade dos crimes que indica (direito sancionador penal), o mesmo ocorrendo com a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), ao permitir que acordo homônimo, celebrado no plano administrativo (direito sancionador administrativo) afaste sanção a ser aplicada no plano judicial (direito sancionador cível).

A exigência de homologação do acordo de não persecução cível fica ainda mais nítida ao lembrarmos que a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que o previu em seu art. 6º, também inseriu na legislação brasileira, por força do seu art. 2º, o acordo de não persecução penal. E este último deve ser homologado judicialmente (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 8º). Não se ignora, é certo, que o paralelismo aqui referido está longe de ser um paradigma de perfeição, já que o acordo na seara penal não espelhará, necessariamente, o acordo no âmbito cível. Apesar disso, não se pode afastar a coerência da lei nessa perspectiva de análise. O veto ao art. 17-A em nada afeta essa conclusão. Afinal, ambos os institutos integram o direito sancionador, foram inseridos na legislação brasileira pelo mesmo diploma normativo e alcançam ilícitos cujas sanções somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário.

A terceira ordem de argumentos está situada no plano pragmático. O fato de o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada terem legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, por si só, já é indicativo de que admitir a celebração de acordos extrajudiciais, sem a posterior homologação judicial, pode dar azo a divergências de entendimento e a uma elevada insegurança jurídica. Basta pensarmos na existência de conclusões diversas a respeito das sanções que se compatibilizam com o referencial de proporcionalidade ou mesmo em relação à própria existência ou tipificação do ilícito praticado.

Divergências dessa natureza, quando contextualizadas no âmbito do compromisso de ajustamento de conduta, exigiriam a deflagração de uma demanda para a anulação do ajuste, possibilitando, ato contínuo, a imposição de medida diversa por determinação judicial. Caso o mesmo *iter* seja seguido aqui, ter-se-á o risco de perecimento do direito de sancionar, já que a prescrição pode se aperfeiçoar antes que a anulação seja obtida. Não é preciso lembrar que o cúmulo de demandas, a de anulação do acordo e a de condenação nas sanções, na mesma relação processual, dará azo a muitas discussões, já que uma demanda é pressuposto da outra, o que dificulta sobremaneira a tramitação simultânea. Concluindo-se que a tramitação simultânea não é possível, entendimento que se mostra bem razoável, a prescrição tende a ser inevitável.

A tutela coletiva tem contado com um elevado protagonismo do Ministério Público brasileiro, que ajuíza a maior parte das ações civis públicas e celebra, por via reflexa, a grande maioria dos termos de ajustamento de conduta. Portanto, muitos argumentarão com o *deficit* de atuação das pessoas jurídicas interessadas para justificar que o acordo seja celebrado apenas no plano extrajudicial. Afinal, como a iniciativa invariavelmente será do Ministério Público, a divergência de juízos de valor tende a não ocorrer. Também aqui estamos perante meia verdade.

Não se pode ignorar que a exigência, ou não, de homologação judicial do acordo de não persecução cível, deve ser aplicada tanto ao Ministério Público como à pessoa jurídica lesada. As soluções, por imperativo de ordem lógica, não podem ser parciais. Sensível a essa premissa, é possível afirmar que a base de valores sedimentada em nosso ambiente sociopolítico permite antever um risco, não teórico, mas real, de que o acordo de não persecução cível possa vir a ser utilizado com o objetivo de inviabilizar a aplicação de sanções mais gravosas, a exemplo da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública. O risco tende a se tornar real quando ingredientes políticos avançarem na seara jurídica. Uma vez celebrado acordo dessa natureza, com expressa afronta ao referencial de proporcionalidade, na dimensão da proibição à insuficiência, a solução será anulá-lo, daí decorrendo o risco de que a prescrição venha a ocorrer.

Basta pensarmos na possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação civil por ato de improbidade e o agente público, quando de sua notificação para manifestação preliminar apresentar um acordo de não persecução cível assinado anos antes com a pessoa jurídica lesada. Essa ação pode ser recebida pelo juiz (Lei nº 8.429/1992, art. 17, §§ 7º a 9º)? À evidência que não. Assim ocorre porque a relação jurídica afeta ao direito sancionador já fora resolvida com a celebração do acordo. A solução, se for o caso, será buscar a anulação do acordo, o que pode não ser tarefa fácil, pois a anulação não fará sentido caso a proporcionalidade tenha sido tenuamente afrontada. Esse estado de coisas poderia ser facilmente evitado no âmbito da dialética processual, de modo que os legitimados ao ajuizamento da ação pudessem se manifestar a respeito dos termos do acordo.

No momento em que o acordo de não persecução cível passar a ser visto como um instrumento para se impedir, ou mesmo dificultar, a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, será grande o risco de que a Lei nº 8.429/1992 deixe de alcançar os grandes saqueadores da *res publica*.

Epílogo

A introdução do acordo de não persecução cível na ordem jurídica brasileira é mais que alvissareira. Caminha no mesmo norte das tendências do direito sancionador contemporâneo, que busca comprimir a litigiosidade e ampliar o espaço de projeção da consensualidade; tende a diminuir os custos da relação processual, abreviando

a sua tramitação; colabora para a razoável duração do processo (CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII) e soma forças para se conferir efetividade ao direito sancionador cível.

O grande desafio, em um momento no qual o instituto ainda se encontra em vias de construção de sua identidade, é o de que visões parciais da realidade não afrontem o sistema do direito sancionador brasileiro e comprometam a sua efetividade.

A exigência de que o acordo seja homologado judicialmente, além de render homenagem aos §§ 1º e 10-A da Lei nº 8.429/1992, configura um verdadeiro imperativo de segurança jurídica, evitando que acordos extrajudiciais celebrados por um legitimado, com total desconhecimento do outro, tenham a sua validade contestada em momento futuro, normalmente sob o argumento de afronta à proporcionalidade, além de colocar em risco a própria efetividade da norma sancionadora, neste caso com o implemento da prescrição.

A presunção de inocência e o trânsito em julgado

Fernando Tourinho Filho*

Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, como bem o disse A. Castanheira Neves (*Sumários de Processo Penal*, Coimbra, s.n. 1967, p. 26). Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do Povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia (GOMES, Antônio Ferreira. *A sociedade e o trabalho*: democracia, sindicalismo, justiça e paz. In: *Direito e Justiça*, Coimbra, v. 1, n. 1, p. 7).

Até o final do século XVII e início do XVIII, tanto o Poder Temporal quanto o Secular usaram e abusaram do suplício, da tortura e das prisões subterrâneas. Horríveis. Quando o Papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, aboliu os ordálios ou juízos de Deus (*judicium Dei*) – sentença divina – (ordálias na Espanha, *ordalie*, na França, *ordeal*, na Inglaterra e *ordal* da Alemanha), por volta do século XIII, proibindo os padres de participarem daquele engodo, meio de prova, segundo o qual a Igreja Católica encarregava um padre (enganando a população crédula) de procurar saber se o suspeito era culpado ou inocente (havia vários tipos de ordálios), os mais famosos, pelo menos na Inglaterra, foram o do ferro em brasa, o do pão seco com queijo e o da água fria: o suspeito tinha que segurar um ferro em brasa e se nada lhe acontecesse era considerado inocente; obrigar o suspeito a engolir um pedaço de pão seco misturado com queijo abençoado pelo padre; se engolisse seria inocente; amarrá-lo e jogá-lo na água, se viesse à tona era culpado... Entendia-se que Deus intervinha a favor de quem fosse inocente e nada acontecia ao suspeito. Em face da sua extinção, a Grã Bretanha preferiu adotar o Júri, um velho costume normando em que os homens bons do Condado se reuniam e quando o Juiz da Corôa por ali passava indicavam as pessoas suspeitas de cometerem crimes graves. Depois de ouvidos, se houvesse dúvida, eram levados ao Pequeno Júri constituído de “*twelve free and lawful men*” (doze homens livres e conhecedores das leis) os quais eram “...*confined, without meat, drink, fire or candle, or conversation with others, until they were agreed...*” (eram confinados, sem comida, bebida, aquecimento ou conversa com outras pessoas até quem eles chegassem a um acordo) (J.H. Baker. *An introduction to English Legal History*. Butterworths, London, 1990, 3ª ed. p. 86/87).

Na Europa Continental, o próprio Inocêncio III adotou o processo inquisitivo, em que as funções de acusar, defender e julgar ficavam nas mãos de uma mesma pessoa

* Membro aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Araraquara/SP- Uniara.

– Bispo ou Arcebispo. Era o Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição, encarregado de condenar as heresias. O suspeito era sempre culpado. As penas bastante cruéis.

O processo era secreto. Como não havia acusador, o Bispo ou Arcebispo louvava-se nas denúncias anônimas lançadas nas denominadas “*boccas de la verità*”, que até hoje são vistas em Roma. São monumentos de concreto, com mais ou menos dois metros de altura, em forma de círculo, com uma abertura na parte central. Era ali que as pessoas lançavam suas denúncias anônimas, e, ao amanhecer, os *nuntiatores*, os *digiti duri*, os *stationarii* as apanhavam e as levavam ao Bispo ou Arcebispo. Com base nelas, procedia-se a uma investigação secreta. O próprio Bispo ou Arcebispo investigava e julgava, e, na investigação, havia toda sorte de tortura em busca da confissão a “*rainha das provas*”. E as penas impostas aos hereges, blasfemadores, feiticeiras e bruxas eram terrivelmente impiedosas. Horríveis os atos praticados pelo Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição, no julgamento dos crimes que atentavam contra a fé católica: diversos tipos de mutilação, o ferrete em brasa, a fogueira, a morte na roda. Suplício e mais suplício para gáudio dos “torquemadas” da vida... E as monarquias adotaram o mesmo sistema inquisitório:

Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. O mais diligente e o mais secretamente que se pudesse fazer, a respeito da instrução dizia o édito de 1498. De acordo com a Ordenação de 1670, que resumia e em alguns pontos reforçava a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusá-los, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações... A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que, em matéria criminal, o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um poder absoluto e um poder exclusivo. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 9ª edição. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991, p. 35/36)

A ordenação de 1670 regeu, até a Revolução Francesa, as formas gerais da prática penal:

Eis a hierarquia dos castigos por ela praticados: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública,

o banimento. A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à força, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebentados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebentados; outros a ser arrebentados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebentados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos, outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada. (FOUCAULT, Michel, ob. cit., p. 33)

Já no final do século XVII, começaram os protestos contra os suplícios, mas, em compensação, as prisões eram profundamente desumanas: as masmorras, prisões subterrâneas, eram um verdadeiro horror. Até hoje, em Londres, no museu Madame Tussauds, os visitantes podem ver em cera, reprodução das masmorras.

No começo do século XVIII, denominado século das luzes ou iluminismo, começaram a florescer ideias humanitárias lançadas pelos juristas como Voltaire, Montesquieu, D’Alembert, Locke, Diderot, J.J. Rousseau com o seu famoso “Contrato Social”. A liberdade é uma condição necessária para a vida na comunidade, dizia ele.

Foi precisamente nessa época e nesse deslumbramento lançado pelos enciclopedistas que um moço de 20 anos, natural de Milão e educado na França - Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria – lançou, em 1764, o seu pequeno grande livro “*Dei delitti e delle pene*” que revolucionou o mundo. Tão importante foi sua importância que, em meados do século XVIII, o rei da Suécia e, em seguida, Catarina II da Rússia aboliram as torturas. Após, Maria Thereza do Império Austríaco seguiu os mesmos passos e assim, aos poucos, as torturas em todos os lugares foram sendo abolidas. Traduzido o livro para o francês e levado a Voltaire, este teria dito: “Eis o Código da Humanidade”.

Inspirado nas ideias libertárias do iluminismo e nos ideais da Constituição Norte Americana de 1776, aos 26 de agosto de 1789:

[o]s representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem... Consequentemente, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão. (VOVELLE, Michele. *A Revolução Francesa, 1789-1799*. São Paulo: Editora Unesp, p. 70)

E enumera os 17 artigos que a compunham, sendo que o 9º dizia:

Tout homme étant présumé innocent, jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur, qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimé par la loi (Todo homem é considerado inocente até que seja declarado culpado e, se for julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à garantia de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

Esse o prólogo da Constituição Francesa de 1791.

E antes mesmo, o Marquês de Beccaria, quanto à prisão preventiva dizia “que o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime”. Respeitante à pena, observava: “Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração” (BECCARIA Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. de Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Edipro. p. 58).

Em dezembro de 1948, a ONU, em Paris, proclamou a “Declaração dos Direitos do Homem”, com os mesmos dizeres e, em novembro de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu art. 6º, § 2º, anunciava: “*Everyone charged with a criminal offense shall be presumed innocent until proved guilty according law*” (Toda pessoa acusada de um crime será presumida inocente até que seja declarada culpada de acordo com a lei).

Em novembro de 1969, realizou-se o Pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu pelo Decreto Legislativo nº 27 de setembro de 1992. E, nesse Pacto, o art. 8º, nº II, dispõe:

Artigo 8º. Garantias Judiciais.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: “h. Direito de recorrer da sentença para o Juiz ou Tribunal Superior”.

No mundo ocidental, as Constituições quando não fazem menção expressa ao princípio da não culpabilidade, como a nossa, a italiana, a espanhola, a portuguesa, a colombiana, a paraguaia, entre outras, dizem que o réu tem o direito ao silêncio, que a prova da acusação compete exclusivamente ao Acusador, tal como se dá com as Emendas nº V e XIV da Constituição Norte-Americana.

A atual Constituição Italiana repete, *"ipsis litteris"*, o art. 27, § 3º, da Constituição de dezembro de 1947: "A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva".

O art. 32, n. 2, do Código de Processo Penal português, dispõe: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

A Constituição espanhola de 1978, no § 2º do art. 24, dispõe que "toda pessoa tem o direito de não fazer declaração contra si próprio, de não se reconhecer culpado e de ser presumido inocente".

O art. 29 da Constituição colombiana dispõe: *"Toda la persona se presume inocente mientras no se haya declarado culpado"*.

E a culpa fica comprovada, quando o órgão de segundo grau da Justiça mantém a condenação proferida em primeira instância. Não se deve deslembrar que há pouco tempo a e. Procuradora Geral da República, Dra. Raquel Dodge, requereu a extinção da punibilidade de um crime cujo processo estava num dos escaninhos da nossa Suprema Corte. E o prazo prescricional era de 16 anos...

Cumpra observar que a sentença penal condenatória transita em julgado e possibilita sua imediata execução, em duas hipóteses: a) se o condenado não interpuser recurso e b) interposto recurso e mantida a condenação, se esgotarem todos os recursos na segunda instância (embargos infringentes e aclaratórios), posto existir apenas o duplo grau de jurisdição em todos os ordenamentos.

É precisamente nesse momento que a sentença penal condenatória transita em julgado. E, na lição de Canotilho, "trata-se de explicitar que, em matéria penal, o direito de defesa pressupõe a existência de um *duplo grau de jurisdição*, na medida em que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas" (CANOTILHO J.J. Gomes; MOREIRA, Vidal. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1, 1ª ed. brasileira, 2007, Ed, RT. São Paulo, p. 516).

Quando o art. 5º, inc. LVII, do Pacto Constitucional, dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", está se referindo àquele momento em que o órgão de segundo grau mantém a condenação, sem possibilidade de eventuais Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes. Havendo, o trânsito em julgado se dá após o julgamento desses recursos, mesmo porque, embora ainda que possa interpor Recurso Especial para o STJ e Recurso Extraordinário para o STF, não haverá mais possibilidade de se proceder ao exame de matéria fática. A propósito, a Súmula 07 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". No mesmo sentido, o preceito sumular nº 279 da Suprema Corte: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

Ainda que não houvesse esses preceitos sumulares, a presunção de inocência cessa com o reconhecimento da culpa no segundo grau de jurisdição, mesmo porque a competência funcional vertical em razão dos recursos fica restrita, no STJ, às hipóteses

previstas no art. 105, III, alíneas *a*, *b*, e *c*, da CF e na Suprema Corte, quando se tratar de ofensa à Magna Carta, a teor do art. 102, III, alíneas *a*, *b*, *c* ou *d*, do Pacto Fundamental. E, em nenhuma delas, há previsão de se analisar matéria probatória.

Cumprindo observar que o e. Ministro Roberto Barroso, no pedido de vista do “*habeas corpus*” 126.292/SP, asseverou que “nenhum país exige mais do que dois graus de jurisdição para que se dê efetividade a uma decisão criminal” (g.n). A mesma informação foi dada pela Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005). Mais tarde, o e. Ministro Roberto Barroso, ao votar com o Relator no HC 126.292, assim se pronunciou, *verbis*:

A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.

Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau.

O STF somente pode apreciar matéria probatória, única e exclusivamente, em duas hipóteses: a) quando se tratar de *habeas corpus*, se denegada a ordem por Tribunal Superior e b) nos crimes políticos (art. 102, II, *a* e *b* da CF). Quanto ao STJ, apenas na hipótese prevista no art. 30 da Lei nº 8.038/90.

Nem se poderá dizer que a presunção de não culpabilidade ou inocência cessaria após recursos interpostos ao STJ e STF... Se tal fosse possível afrontaria o próprio princípio da presunção, pois, na irrepreensível lição de *Canotilho*, “uma dimensão importante do princípio da inocência do arguido, mas que assume valor autônomo, é a obrigatoriedade de *juízo no mais curto prazo* (g.n), compatível com as garantias de defesa. A demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coação sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva) acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo ao princípio da presunção de inocência. O direito ao processo célere é, pois, um corolário daquela” (Ob. cit. p. 519), como também o é a incumbência da prova acusatória exclusivamente ao Ministério Público

nas ações penais públicas e ao Querelante na ação privada subsidiária da pública e ação privada propriamente dita.

E quando a Constituição não se expressa tão claramente assim, outras usam de determinados núcleos, como direito ao silêncio, a acusação fica afeta, exclusivamente afeta, ao Acusador etc.

Aliam-se, ainda, o direito ao silêncio, tal como previsto no art. 186 e parágrafo único do nosso CPP, o direito de não ser compelido "*in any criminal case to be a witness against himself*" como bem diz a Emenda n. V da Constituição Norte-Americana.

Sabemos todos que quando se interpõe um REsp, uma vez distribuído, há uma excessiva demora para ser julgado. Em seguida, podem ser opostos o Agravo Interno, Embargos Declaratórios, Embargos de Divergência e Recurso Extraordinário. Se inadmitido, cabe Agravo nos autos, com remessa ao STF. Não admitido, o ARE, Agravo Interno, Embargos Declaratórios para que haja o verdadeiro trânsito em julgado, no sentido que alguns lhe emprestam. Vale dizer, oito a quinze anos após a interposição do REsp... Já não se trata mais de presunção de inocência e sim de culpabilidade... Famosos e tristes os casos em que os recursos nesses Tribunais Superiores, *per faz et nefas* - permanecem anos e anos aguardando julgamento na Suprema Corte. Certo, absolutamente certo, o entendimento de que a sentença penal condenatória transita em julgado quando o Órgão de Segunda Instância após prover o recurso da Acusação para condenar ou após manter a condenação imposta na Primeira Instância e eventuais recursos na própria Segunda Instância como Embargos Infringentes (parágrafo único do art. 609, do CPP) ou Declaratórios (arts. 619/620 do mesmo Estatuto).

Nem se diga que, assim falando, estamos fazendo *tabula rasa* do art. 5º, LVII, do Pacto Constitucional, pois, no dizer insuspeito do eminente Ministro do STF Celso de Mello – uma das figuras mais proeminentes que perolou naquele egrégio sodalício – “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto... O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (MS n. 23.452/RJ- Tribunal Pleno, DJ 12.05.2000).

Ademais, o art. 5º, LVII, da CF, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. E, obviamente, ela transita em julgado quando o órgão de segundo grau mantém a condenação ou a profere. Mesmo preso, nada impede a interposição de REsp ou RE. Mas, há os famosos *habeas corpus*...

Logo, a presunção de inocência cessa no momento em que for declarada a sua culpa. Assim, condenado o réu em primeira instância, como ele tem o direito de recorrer a um tribunal, tal como dispõe a alínea *h* do item 2 desse mesmo art. 8º

do Pacto, se o tribunal mantiver a condenação ou se foi absolvido e o Tribunal, ante recurso da acusação, o condenar, cessou a presunção de inocência

Lembre-se que o Art 11, n. 1, da Declaração Universal da ONU, dispõe:

Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense Trial (toda pessoa acusada de uma infração penal tem o direito de ser presumida inocente, até que, num julgamento público, com todas as garantias da sua defesa, seja declarado culpado).

E esse julgamento dá-se, precisamente, na Segunda Instância, *posto não haver uma Terceira Instância em nenhum país do mundo (g.n)* – pelo menos no mundo ocidental:

No direito norte-americano, a presunção de inocência é axiomática e elementar, e este princípio constitui uma base da administração do nosso sistema de justiça penal. Esta presunção é fundada sobre os princípios das cláusulas de salvaguarda da liberdade individual consignadas nas emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos. (Geoffrey Brigham, *La présomption d'innocence en droit comparé, Paris, 1998, Colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de cassation, p.71 es.*)

Enfim: no mundo ocidental, toda pessoa a quem se atribua a prática de uma infração penal, tem o direito de que se presume sua inocência até que seja reconhecida sua culpabilidade, cabendo explicitar, como observou Canotilho, que "*o direito de defesa pressupõe a existência de um duplo grau de jurisdição, (g.n)* na medida em que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas" (ob. cit. p. 516). Outros núcleos essenciais, consistem no direito de o acusado não testemunhar contra si próprio e que não lhe compete provar sua inocência. Este ônus é exclusivo da parte acusadora.

Nosso CPP, no art. 186, proclama: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas".

E por analogia, por força do art. 3º do CPP, pode-se acrescentar o disposto no art. 388, I, do CPC: "a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados".

E o Tribunal Internacional de Roma, no seu art. 66, dispõe: "toda pessoa se presume inocente até que se prove a sua culpa".

Evidente que em todos os países a culpa fica comprovada no órgão de 2º grau, como bem o disse Canotilho. A função dos Tribunais Superiores é outra...

Bem poderá o Congresso Nacional, mercê de uma PEC, denominar ação revisional extraordinária e ação revisional especial os arts. 102, III, a, b, c e d, e 105, III, a, b e c da Magna Carta. Assim, transitada em julgada a sentença condenatória, se a decisão de segunda instância infringir uma daquelas alíneas, conferir-se-á ao sucumbente o prazo de 15 dias para promover a ação revisional especial ou extraordinária, abolindo, dessa maneira, os inúmeros recursos protelatórios até culminar com a prescrição. Hoje, por exemplo, há Tribunais que praticamente aboliram os embargos infringentes ou de nulidade com o denominado “julgamento virtual”... O Relator profere o seu voto, encaminha ao Revisor e este ao 3º Desembargador, e, assim, todos de acordo, impedem os possíveis embargos infringentes.

Convém também conferir o prazo máximo de seis meses para o julgamento da ação extraordinária ou especial, tamanho o número de assessores que militam junto a cada um dos eminentes Ministros.

E é de causar espécie um ex-presidente da República com duas sentenças condenatórias confirmadas em segundo grau por um dos mais respeitáveis TRFs, esteja gozando do privilégio de passar sua lua de mel em Cuba, abastado, como se fosse um empresário bem sucedido. Coisas do nosso STF.

A falta de interoperabilidade e o excesso de registros de CPF: quais os riscos orçamentários e os impactos na vida do cidadão que depende do Orçamento Público para ter os seus direitos atendidos?

Karine Tomaz Veiga*

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentação teórica. 2.1. Avaliação Orçamentária de Políticas Públicas. 2.2. Interoperabilidade de informações de interesse da sociedade. 2.3. Riscos Orçamentários. 2.4. O Programa de Atuação no Enfrentamento da Crise da Covid-19 do Tribunal de Contas da União. 3. A responsabilidade compartilhada dos resultados. 3.1. A necessidade de controle dos cadastros e de cruzamento dos dados – Acórdão nº 1.428/2020 (Processo TC nº 016.827/2020-1). 3.2. O controle dos cadastros e o cruzamento dos dados – Acórdão nº 2.351/2020 (Processo TC nº 016.834/2020-8). 4. Considerações finais. Referências.

Resumo

Um dos resultados provocados pelo Programa Coopera, promovido pelo Tribunal de Contas de União (TCU), neste momento de acompanhamento dos atos de combate aos efeitos da pandemia, provocou apreensão e insegurança no ordenamento jurídico, na tarde do último dia 02 de setembro¹. Mediante relatoria do Ministro Bruno Dantas, a Auditoria realizada nos órgãos Instituto Nacional do Seguro Social, Ministério da Cidadania e Ministério da Economia evidenciou diferentes irregularidades consideradas graves pela Corte de Contas nacional, no Acórdão nº 2.351/2020, em razão da existência de mais documentos ativos de Cadastros de Pessoas Físicas (CPF) do que propriamente brasileiros. No total, afora outras anormalidades, aproximadamente 12,500 milhões de registros foram identificados além da população estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dessa forma, o objetivo principal deste trabalho é apresentar uma visão geral dos resultados do Programa Coopera, interpretar a relevância destas consequências e dos possíveis impactos na implementação e avaliação das políticas públicas essenciais, bem como ressaltar os potenciais riscos orçamentários no planejamento dos gastos públicos.

* Mestre em Educação (UERJ), com MBA em Administração Pública e Gerência de Cidades (IBPEX). Graduada em Direito (Mackenzie Rio) e em Auditoria Fiscal e Tributária (UGF). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cedida pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ).

¹ Sessão Plenária do dia 02/09/2020 (minuto 03h08m), disponível em: <https://youtu.be/v3M3HMtKHgw>.

1. Introdução

Em um cenário de governos abertos ao compartilhamento de dados e informações, com grande incentivo à adoção de tecnologias e políticas de inovação, é de impressionar que ainda nos deparemos com a realidade apresentada pela Auditoria de Acompanhamento (TC 016.834/2020-8) realizada pelo TCU no Instituto Nacional do Seguro Social, no Ministério da Cidadania e no Ministério da Economia, votada na tarde do dia 02/09/2020, por meio do Acórdão nº 2.351/2020.

A referida auditoria faz parte do Programa de Atuação no Enfrentamento da Crise da Covid-19, denominado Coopera², iniciado em abril de 2020. Envolve a autorização de acompanhamentos em unidades jurisdicionadas responsáveis por 27 (vinte e sete) ações emergenciais, a fim de verificar os riscos envolvidos e, com isso, poder oferecer orientações mais tempestivas aos gestores, acerca de problemas potenciais que possam comprometer a efetividade das ações emergenciais, assumindo os riscos de auditoria presentes, diante do grave cenário de crise sanitária, fiscal e social, conforme segue:

Seguindo as orientações do Plano Especial do TCU, os procedimentos do acompanhamento foram adaptados para causar o mínimo de interferência no funcionamento dos órgãos e entidades envolvidos na gestão da crise, de forma a não exigir demandas excessivas dos gestores que já se encontram sobrecarregados em face da atipicidade do cenário atual. É importante esclarecer que a situação de emergência cria limitações relevantes para a execução dos trabalhos segundo as normas de auditoria e, por isso, os riscos de auditoria são significativamente maiores do que aqueles observados em trabalhos que seguem o rito completo do processo de auditoria. Mesmo assim, diante da gravidade da crise e da urgência das medidas, esse risco é aceitável diante das circunstâncias, mas deve ser claramente informado aos destinatários do relatório (TC 016.827/2020-1).

Assim, tomando por princípio uma decisão pretérita advinda das fiscalizações do Programa Coopera, em sessão plenária do dia 24/06/2020, foi então proferido o Acórdão nº 1.638/2020, o qual trouxe o requerimento de maior aprofundamento nas bases de dados mantidas pela Receita Federal, por meio da aplicação de técnicas de auditoria que se valessem de todos os recursos de tecnologia da informação disponíveis, a fim de detalhar e aferir os indícios apurados, acerca da situação encontrada de mais registros de CPF ativos e regulares do que brasileiros.

² Para saber mais: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-lanca-o-coopera-programa-especial-de-atuacao-no-enfrentamento-a-crise-da-covid-19.htm>.

Dessa demanda, portanto, surgiu a avaliação assentada no Acórdão nº 2.351/2020, objeto deste estudo, em razão da seriedade das consequências dos seus resultados. Além de outros indícios de irregularidades graves descortinados pela equipe técnica, especialmente quanto à implementação dos atos de gestão tributária e aduaneiras, os achados de auditoria demonstraram cerca de 12,5 milhões de registros ativos no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) além da população brasileira estimada pelo IBGE, para o mesmo período (TC 016.841/2020-4).

Em síntese, a íntegra dos Acórdãos nº 1.428/2020 e nº 2.351/2020 serviu de base para as conclusões e apontamentos desta pesquisa. O processo TC 016.841/2020-4 (e seus acórdãos) trouxe relevantes orientações gerais:

Quadro 1 – Fiscalizações realizadas pelo TCU – Programa Coopera

Acórdão	Sumário	Data da Sessão	Processo	Assunto
Acórdão nº 1706/2020 Plenário	Relatório de acompanhamento. Dados relacionados às ações de combate à Covid-19 nas áreas de Assistência Social, Previdência Social e Gestão Tributária. <i>Primeira etapa.</i> Dados sobre o auxílio emergencial. Análise e cruzamento de dados. <i>Teste da efetividade de controles e providências implementadas pelos gestores, para verificar possíveis erros na concessão e pagamento dos benefícios.</i> Encaminhamento das informações das tipologias, da metodologia empregada e das listas com os indícios ao Ministério da Cidadania. Determinações. Disponibilização das informações dos resultados dos cruzamentos de dados no painel de "Acompanhamento das ações de preservação de emprego e renda" para toda a sociedade.	01/07/2020	016.834/2020-8	Acompanhamento das medidas de resposta à crise do Coronavírus para as áreas de Previdência Social, Assistência Social e Administração Tributária com análise de dados.

Acórdão	Sumário	Data da Sessão	Processo	Assunto
Acórdão nº 2351/2020 - Plenário	Relatório de acompanhamento. Dados relacionados às ações de combate à Covid-19 nas áreas de Assistência Social, Previdência Social e Gestão Tributária. <i>Segunda etapa. Análise da qualidade das informações do cadastro de pessoas físicas (CPF) da Secretaria da Receita Federal do Brasil.</i> Determinações. Recomendação. Continuidade do Acompanhamento.	02/09/2020	016.834/2020-8	Acompanhamento especial, por meio de cruzamento e análise de dados, das medidas de resposta à crise do Coronavírus para as áreas de Previdência Social, Assistência Social e Administração Tributária.
Acórdão nº 1195/2020 - Plenário	Acompanhamento da elaboração e implementação das medidas aduaneiras e tributárias adotadas pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19). <i>Mapeamento das ações já adotadas. Avaliação de alguns riscos.</i> Encaminhamento do relatório aos órgãos interessados para conhecimento e medidas cabíveis.	13/05/2020	016.841/2020-4	Acompanhamento com vistas a verificar a elaboração e implementação das medidas aduaneiras e tributárias adotadas pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19).
Acórdão nº 1638/2020 - Plenário	Acompanhamento da elaboração e implementação das medidas aduaneiras e tributárias adotadas pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19). <i>Segunda etapa referente ao mês de maio de 2020.</i> Mapeamento das ações já adotadas. Avaliação de alguns riscos. Encaminhamento do relatório aos órgãos interessados para conhecimento e medidas cabíveis.	24/06/2020	016.841/2020-4	Acompanhamento com vistas a verificar a elaboração e a implementação das medidas aduaneiras e tributárias adotadas pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19).

Acórdão	Sumário	Data da Sessão	Processo	Assunto
Acórdão nº 2193/2020 - Plenário	Acompanhamento da elaboração e implementação das medidas aduaneiras e tributárias pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19). <i>Terceira etapa referente aos meses de junho e julho.</i> Atualização da evolução das informações sobre arrecadação tributária federal e medidas adotadas. Avaliação de Riscos. Encaminhamento do relatório aos órgãos interessados para conhecimento e medidas cabíveis	19/08/2020	016.841/2020-4	Acompanhamento especial das medidas de resposta à crise do Coronavírus na arrecadação tributária e previdenciária federal.
Acórdão nº 1428/2020 - Plenário	Acompanhamento da implementação do auxílio emergencial criado pela Lei nº 16.982/2020 em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19). Mapeamento e Avaliação de Riscos. Encaminhamento do Relatório aos órgãos interessados. Recomendações.	03/06/2020	016.827/2020-1	Acompanhamento com o objetivo de verificar a implementação do auxílio emergencial, criado pela Lei nº 13.982/2020, como sendo uma das medidas adotadas pelo Governo Federal em resposta à crise do Coronavírus (Covid-19).

Fonte: Pesquisa Integrada TCU (GRIFO NOSSO, 2020).

2. Fundamentação teórica

O tema abordado envolve a manutenção e a integridade das informações que são relevantes para a elaboração, execução e avaliação das políticas públicas, considerando a acuidade de se bem definir qualitativa e quantitativamente qual o público-alvo a ser atendido por cada uma das Ações Governamentais propostas na Lei do Orçamento, quando da identificação de um determinado problema social.

Além destes tópicos, envolve a conceituação de risco e dos seus efeitos potenciais, dentro da perspectiva de atuação do sistema de controle externo brasileiro e de toda a dinamicidade e complexidade do aparelho orçamentário e financeiro do

país. Relaciona-se, ainda, com as práticas de gestão pública que utilizam o CPF como referência para a sua regular aplicação.

Assim, dentro da abordagem adotada, busca-se uma visão sistêmica do problema posto, diante das evidências circunstanciadas pela referida auditoria, sem a intenção de esgotamento das questões porventura suscitadas.

2.1. Avaliação Orçamentária de Políticas Públicas

Dentro de uma perspectiva de mensuração dos graus de cumprimento das políticas públicas (eficácia e exequibilidade) (VEIGA, 2019, p.138), este estudo percebe o conceito de Avaliação Orçamentária das Políticas Públicas (AOPP), enquanto mensuração possível do resultado atingido para cada uma das Ações Governamentais, frente ao que fora planejado e dentro de uma concepção sistêmica de governança orçamentária, que envolve processos, formações e destinação de recursos públicos, tornando viável e exequível as práticas necessárias para o atingimento dos objetivos pretendidos e para a entrega dos produtos compromissados, dentro dos prazos definidos em cada uma das metas físicas e financeiras do Plano Plurianual.

Correlaciona-se com a possibilidade de eficácia e exequibilidade da política a dotação inicial proposta pelo próprio poder público para cada Programa de Governo e Ação Governamental, em razão do gasto público realizado, frente às movimentações, retiradas e contingenciamentos provocados no orçamento. Assim, de forma mais ordenada, a reflexão sobre a controlabilidade do ciclo de políticas públicas (formulação, implementação e avaliação das propostas de solução para os problemas sociais diagnosticados) permite compreender de que forma o orçamento se comporta, qual a causa de determinadas escolhas públicas e se há inter-relacionamento entre estruturas administrativas ou instâncias diferentes, em prol de objetivos comuns.

No entanto, para definir o elo entre cada uma das políticas públicas é imprescindível identificar: quem será beneficiado; qual o público-alvo em questão; onde ele se localiza; em que quantidade; com quais características; e de que forma poderão ser atendidos. Tais elementos são essenciais para o bom planejamento das políticas públicas.

Além disso, superestimar ou subestimar esse público faz com que o cálculo do orçamento planejado e executado seja alterado de forma direta e proporcional ao número de destinatários das políticas. Revestidas de multiplicidades de fatores, passam a ser percebidas dentro da lógica da continuidade e da projeção para o futuro, visando resultados sustentáveis, o alcance e a manutenção dos direitos prioritários ao longo dos anos (FREITAS, 2016; VALLE, 2016). Os interesses da sociedade não podem ser sobrepostos a políticas públicas que não demandem avaliações consequenciais e ações governamentais favoráveis à consecução dos seus objetivos.

Acerca do comportamento do orçamento e da identificação dos seus beneficiários, alude-se, portanto, à sustentabilidade orçamentária das políticas públicas, fomentada em meio a um desenvolvimento sistêmico e integrado, que se

não controlada, termina por comprometer a continuidade das suas ações e o próprio atendimento desses direitos no futuro, afetando, desse modo, o princípio da equidade intergeracional. Ou seja, o cidadão do futuro, em razão de atos “irresponsáveis” do presente, corre o risco de não ter atendido o seu direito a serviços públicos essenciais por falta de orçamento.

Sobre este aspecto, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2015), o orçamento público constitui o instrumento principal de controle interno, externo e social, sob os aspectos da legalidade e da legitimidade, sendo considerado “pedra angular” na construção de relações de confiança entre cidadãos e Estado.

O orçamento é um documento político central do governo, mostrando como anual e plurianualmente os objetivos serão priorizados e alcançados. Juntamente com outros instrumentos de política governamental - como leis, regulamentos e ações conjuntas com outros atores da sociedade - o orçamento visa transformar planos e aspirações em realidade. Mais do que isso, o orçamento é um contrato entre cidadãos e estado, mostrando como os recursos são arrecadados e alocados para a prestação de serviços públicos. A experiência de recentes anos sublinhou como o bom orçamento é apoiado e, por sua vez, apoia os vários pilares da governança pública moderna: transparência, integridade, abertura, participação, responsabilidade e uma *abordagem estratégica para planejar* e alcançar os objetivos nacionais. O orçamento é, portanto, uma pedra angular na arquitetura da confiança entre os estados e seus cidadãos. (GRIFO NOSSO, OCDE, 2015, p.5)

Dessa forma, a elaboração de políticas públicas requer decisões pensadas, planejadas e avaliadas de forma *ex-ante* e *ex-post*³, quanto aos possíveis impactos e fatores de aplicação necessários, para que, somente assim, mediante decisões baseadas em evidências, as formulações e implementações possam ser quantificadas, qualificadas e realizadas.

2.2. Interoperabilidade de informações de interesse da sociedade

Entende-se por Governo Aberto aquele que atende aos seguintes padrões estabelecidos pelo Documento de Referência acerca dos Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico (ePING) (2018, p.40):

³ Sobre estes modelos de avaliação, o IPEA e a CGU elaboraram em 2018 os Guias Práticos de Avaliação *ex-ante* e *ex-post*, como referenciais metodológicos para auxiliar o processo de harmonização e coordenação das avaliações das políticas públicas. Possuem o foco no aprimoramento das políticas públicas e na prestação de contas à sociedade, a partir das diretrizes emanadas de instâncias estratégicas de controle.

Padrão Aberto: I – possibilita a interoperabilidade entre diversos aplicativos e plataformas, internas e externas; II – permite aplicação sem quaisquer restrições ou pagamento de royalties; III – pode ser implementado plena e independentemente por múltiplos fornecedores de programas de computador, em múltiplas plataformas, sem quaisquer ônus relativos à propriedade intelectual para a necessária tecnologia.

Assim, sobre a necessidade de padronização de conceitos para a posterior integração de bases, o Vocabulário Controlado do Governo Eletrônico (VCGE) é utilizado para classificação, controle e indexação de informações (documentos, bases de dados, sites, mídias eletrônicas etc.) no governo federal. Projetado com o objetivo de promover uma interface de comunicação com o cidadão, por meio de ferramentas de gestão, permite que as informações sejam traduzidas e entendidas. É percebido, portanto, como um vocabulário poli-hierárquico, quando “um termo pode ter mais de um pai, mas não é multi-hierárquico, isto significa que não existem hierarquias paralelas” (VCGE, 2016, p.10).

Igualmente, o Documento de Referência ePING (2018, p.3) define o conceito de interoperabilidade:

A interoperabilidade pode ser entendida como uma característica que se refere à capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem em conjunto (interoperar) de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficiente.

Desse modo, a arquitetura ePING é composta por um conjunto de premissas, políticas e especificações técnicas para a devida interoperabilidade de serviços dentro do ambiente eletrônico de governo. As áreas cobertas estão relacionadas à interconexão, segurança, meios de acesso, organização, intercâmbio de informações e integração. Sobre o conceito de integração, é importante distingui-la do que se compreende por interoperabilidade. O Guia de Interoperabilidade (2012, p.8) esclarece:

Integração refere-se ao processo de conectar dois ou mais sistemas gerando uma dependência tecnológica entre os mesmos.

Interoperabilidade refere-se ao processo de comunicação de dois ou mais sistemas sem a geração de uma dependência tecnológica entre os mesmos. (GRIFO NOSSO)

Logo, a integração serve para facilitar o acesso à informação e, conseqüentemente, para melhorar a comunicação, cooperação e coordenação de todas as informações, de modo sistêmico (VERNADAT, 1996). Enquanto isso, o nível de interoperabilidade demonstra a capacidade de um sistema se comunicar de forma independente e transparente com outro sistema, municiando-o de informações úteis (SILVA, 2004).

Para os órgãos do Poder Executivo federal, a adoção dos padrões e políticas contidos na ePING é obrigatória. A adoção pelos demais Poderes da União e demais entes federativos é facultativa, conforme a Portaria nº 92 de 24 de dezembro de 2014 que instituiu a arquitetura ePING (atualizada pela Portaria Nº 41, de 3 de setembro de 2019). As políticas utilizadas na construção da arquitetura se fundamentam nas especificações técnicas de cada segmento, além de orientar os órgãos em suas soluções de interoperabilidade (ePING, 2018, p.4) quanto a: i. adotar preferencialmente padrões abertos; ii. usar software público e/ou software livre; iii. fornecer transparência; iv. proporcionar segurança; e v. demandar por suporte de mercado.

Ademais, existem três formatos de interoperabilidade: a organizacional, a semântica e a técnica. A dimensão organizacional busca, em regra, a simplificação das interações administrativas, uma melhor promoção da colaboração entre as diferentes estruturas de governo, além da garantia à privacidade das informações do cidadão, em respeito às restrições de acesso e divulgação do que é particular.

A dimensão semântica contribui com o desenvolvimento e manutenção de vocabulários controlados, ontologias, taxonomias⁴ e outros recursos de organização da informação, o que corrobora de forma direta para o cruzamento de dados de diferentes fontes de informações, condição essencial para a elaboração de políticas públicas. Favorece ainda o desenvolvimento e a adoção de um padrão de modelagem e de políticas de disseminação de dados.

A dimensão técnica, por fim, amplia os meios de acesso aos sistemas de informação e com as regras de escalabilidade, diminuindo restrições, independentemente do volume de dados e da quantidade de transações ou usuários. Sobre a adoção de ferramentas, o Modelo Global de Dados (MGD) exemplifica um sistema que adota conceitos de interoperabilidade.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, o Ministério da Fazenda – MF e o SERPRO são parceiros na experiência de expansão do Modelo Global de Dados, que já integra grande parte dos dados que suportam o macroprocesso de Planejamento,

⁴ De acordo com o Documento de Referência da ePING – Versão 2018, ontologia é o estudo da existência ou do ser enquanto ser, ou seja, a maneira de compreender as identidades e grupos de identidades. Na ciência da computação, é um modelo de dados que representa um conjunto de conceitos sob um domínio e seus relacionamentos, ou, mais formalmente, especifica uma conceitualização dele. Taxonomia: é um vocabulário controlado de termos e frases, organizado e estruturado hierarquicamente, de acordo com relações naturais ou presumidas, objetivando facilitar aos usuários de sítios e portais da Internet a descoberta de informação através da navegação.

Orçamento e Finanças (ciclo POF) e, recentemente a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, como piloto para curso e sem intervenção humana externa, deu início à montagem do MGD de seu contexto. Frente às experiências, o Modelo Global de Dados está sendo incorporando à nova versão da Arquitetura e-PING, como plataforma para interoperabilidade do Governo (Site⁵ do SERPRO, 14/09/2010).

Assim, o Modelo Global de Dados trouxe padrões de notação e modelo de governança, muito embora, desde 2010, fiscalizações evidenciem a não implementação do modelo ePING de interoperabilidade.

Dessa forma, a Escola Nacional de Administração Pública (2015, p.11) estabelece os principais benefícios da interoperabilidade para a gestão pública: i. melhor prestação de serviços ao cidadão (serviços eletrônicos interligados e disponíveis); ii. maior confiabilidade nas informações (manutenção dos dados intactos, mesmo quando há falhas em servidores); iii. melhor coordenação dos programas e serviços de governo (gestores munidos de informações de qualidade podem planejar melhor); iv. maior transparência das ações de governo (maior disponibilização de informações, de serviços e de prestações de contas); e v. racionalização dos investimentos em Tecnologia da Informação e Comunicação, por meio do compartilhamento, reuso e intercâmbio de recursos tecnológicos (organizar e gerir recursos de TIC gera economia para o governo).

2.3. Riscos Orçamentários

De modo geral, qualquer cidadão sensato busca o equilíbrio econômico e financeiro dos seus atos e o controle dos gastos em relação a quanto se ganha, de acordo com a sua capacidade de pagamento ou mesmo de assunção de dívida. Planejar, executar, controlar e avaliar são, portanto, conceitos basilares necessários para a consecução de metas predefinidas no rol de qualquer planejamento, para a redução dos riscos, perdas ou prejuízos desnecessários em toda gestão presumidamente responsável.

A verificação dos atos de gestão, à medida que forem pensados, elaborados e implementados, com vistas à condução das ações governamentais, deve identificar, preferencialmente, todos os riscos presentes, os problemas e/ou inconformidades relacionadas aos resultados desejados, alinhando as estratégias da política pública ao orçamento que há disponível. Mediante controle prévio e também *pari passu* (concomitante) das ações de governo e dos gastos públicos, busca-se avaliar e mitigar riscos, subsidiando a apreciação das Contas de Governo e amparando auditorias governamentais que ganham um espectro de essencialidade, justamente quando se pretende otimizar cada real gasto, no contexto de crise pandêmica e com sucessivas quedas na arrecadação das receitas públicas.

⁵ Disponível em: <https://serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/modelo-global-de-dados-mgd-plataforma-da-e-ping-para-interoperabilidade-no-governo>.

Sobre essas questões, o modelo de transparência focalizada da Organização dos Estados Americanos (2015) aponta para a importância das informações específicas que são fornecidas, a fim de atender necessidades de um público que também deve ser específico. Divulgada ou solicitada pelo governo e/ou cidadania, busca suprimir riscos, resolver problemas de interesse público ou promover reformas estruturais. Às vezes, o problema pode ser a má qualidade dos bens ou serviços e, em outros casos, pode ser a ausência de informações confiáveis para tomar decisões.

Peça importante para o modelo de controle compartilhado, o tema “governos abertos” e “interoperabilidade”, em razão especial da disponibilização das bases de dados interligadas e integradas, permitem conceber diagnósticos e levantamentos mais robustos, legítimos e questionáveis, com potencialidade (ou não) de validação e justificativa, em respeito ao processo democrático de direito. A todos deve ser garantido o direito de saber, analisar, discutir e decidir sobre o que fazer, que política adotar, manter ou mesmo dispensar (situação possível quando já não há o problema social originário). Além do mais, “qual o custo de cada decisão política” tem sido pergunta recorrente, em meio ao cenário de escassez orçamentária e multiplicação de demandas sociais (algumas bastante urgentes que não admitem espera).

O risco orçamentário reside, portanto, na situação em que não há clareza quanto ao público-alvo envolvido em cada uma das políticas públicas. Assim, a partir do momento em que a margem de alocação de recursos fica aberta, em razão do número fictício de pessoas favorecidas, com ações governamentais não vinculadas ao atendimento de determinados serviços voltados ao número real de beneficiários, termina-se por superdimensionar o montante de orçamento indispensável para aquele fim; o que, necessariamente, impactará “a menor” outra estrutura que contemple outra política pública.

Por sua vez, para a OCDE (2014), a governança orçamentária se relaciona com todos os processos, leis, estruturas e instituições que garantem o funcionamento do sistema orçamentário e, por consequência, a finalidade dos gastos públicos oriundos deste. Bijos (2014, p. 43) evidencia o caráter multidimensional do orçamento público e aponta a necessidade da sua regular execução para a implementação das políticas públicas, visto, inclusive, “como uma espécie de contrato entre o Estado e a sociedade”.

Dessa forma, a fim de que seja possível promover a Avaliação Orçamentária das Políticas Públicas, todo o orçamento público deve ser dividido em resposta aos seguintes questionamentos (VEIGA, 2019, p.220):

- i. quem elaborou a política setorial, quem possui a dotação e quem executará a despesa (Órgãos, Unidades Orçamentárias e Unidades Gestoras, respectivamente, demonstram a classificação institucional);
- ii. em que área será realizada a despesa e, dentro desta área, como se subdividem (Função de Governo e Subfunção, respectivamente, evidenciam a classificação funcional);

iii. com qual objetivo será realizada a despesa; quais práticas serão necessárias para a consecução deste objetivo; cada prática possui qual finalidade; além de esclarecer, qual o produto destas práticas pretendem ser entregues; para quem (público-alvo); e em quanto tempo (para estes questionamentos, os Programas de Governo e suas Ações Governamentais, definidas dentro do prazo de quatro anos e com produtos mensuráveis e estabelecidos, esclarecem a classificação programática);

iv. qual a natureza do gasto público (se foi proposto para custeio ou investimento); quanto foi destinado para despesas com pessoal, juros, contratações, investimentos, inversões financeiras e pagamentos da dívida (a categoria econômica, o grupo da despesa, a modalidade de aplicação e o elemento do gasto confirmarão a classificação da natureza da despesa); e, por fim,

v. qual Fonte de Recursos custeará cada um desses Programas de Governos e Ações Governamentais, com todas as suas especificidades (evidenciada por meio da arrecadação de receitas públicas).

2.4. O Programa de Atuação no Enfrentamento da Crise da Covid-19 do Tribunal de Contas da União

O Programa foi concretizado a partir da autorização aprovada no dia 25/03/2020 (TC nº 016.602/2020-0), em resposta aos desafios causados pelas ações de combate à Covid-19 e impactos provocados nas Funções de Governo Assistência Social e Previdência Social, bem como na Gestão Tributária do país.

O objetivo do TCU foi o de apoiar o gestor público e a própria sociedade, contribuindo para a legitimidade dos atos de gestão direcionados ao combate da Covid-19, especialmente quanto às medidas inseridas na Lei nº 13.979/2020 (alterada pelas Medidas Provisórias 926, 927, 928 e 951/2020). Assim, a fim de aumentar a transparência sobre a destinação do dinheiro público alocado para o enfrentamento da crise, mantém ainda site que consolida todas as informações resultantes das fiscalizações, as ações praticadas, bem como os normativos e processos relacionados.

Do mesmo modo, o programa pretendeu identificar e aplicar, frente à grave crise pandêmica, ações de controle mais tempestivas, com acórdãos prolatados na sequência das fiscalizações, somadas à parceria entre os órgãos federais. Ao todo, conforme dados divulgados pelo TCU em junho deste ano, há dezoito unidades técnicas envolvidas no acompanhamento de diversos objetos de controle⁶, entre eles:

⁶ Informado na Reunião com a Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional destinada a acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao Coronavírus (Covid-19).

- i. Aquisições logísticas
- ii. Outras aquisições
- iii. Obras e serviços de engenharia
- iv. Transferências de recursos
- v. Auxílios e subvenções
- vi. Renúncias de receita
- vii. Linhas de crédito
- viii. Transferência de renda a pessoas
- ix. Medidas restritivas
- x. Pesquisa, desenvolvimento e inovação
- xi. Previdência complementar
- xii. Avaliação de governança do Centro de Governo
- xiii. Execução da política monetária e cambial
- xiv. Prestação de serviços públicos essenciais
- xv. Segurança do abastecimento de combustíveis
- xvi. Governança e gestão de TI
- xvii. Transformação digital

No total, o programa já representa 62 (sessenta e dois) processos, sendo eles: 1 (uma) consulta; 5 (cinco) denúncias; 27 (vinte e sete) representações; e 29 (vinte e nove) auditorias de acompanhamentos. Quanto à gestão fiscal e orçamentária, entre os principais resultados, evidenciou-se a deterioração do resultado primário, a elevação da dívida pública e a existência de riscos de descumprimento das regras fiscais, mediante ampliação de mecanismos de escape ao teto de gastos, realização de despesas não relacionadas à Covid-19 (no âmbito das regras do orçamento de guerra), expansão indevida de despesas e renúncias de receitas, além da desvinculação irregular, pelos entes subnacionais, dos recursos transferidos pela LC 173/2020.

De outro modo, os acompanhamentos também pontuaram o risco de impactos severos na elevação dos juros pagos para a emissão e rolagem da dívida; na redução drástica da reserva de liquidez para a gestão da dívida; no aumento de despesas com a honra de garantias em operações de crédito dos entes subnacionais; e na existência de um espaço insuficiente para a realização de despesas discricionárias em 2021.

Para os auxílios emergenciais, a abordagem adotada pelo TCU envolveu quatro vertentes: i. acompanhamento da Assistência Social; ii. acompanhamento dos dados; iii. representação para apurar ilegalidades; e iv. criação de um painel de medidas para acompanhamento dos níveis de emprego e renda.

Quanto ao acompanhamento da Assistência Social, relatórios mensais foram previstos (TC 016.827/2020-1), com a pretensão de cruzamento de dados (TC

016.834/2020-8). O item de representação para apurar ilegalidades prevê a atuação do TCU junto aos atos praticados envolvendo os Militares e a arrecadação da receita (TC 018.851/2020-7). Por fim, a criação do painel está fundamentada na necessidade de trazer uma melhor transparência dos dados, envolvendo as ações de preservação do emprego e da renda, em razão da oferta do auxílio emergencial criado pela Lei nº 13.982/2020.

3. A responsabilidade compartilhada dos resultados

A seguir, as decisões do TCU que fazem parte deste estudo são relatadas, acerca das consequências e possíveis impactos, de forma interdependente e inter-relacionada, quanto à necessidade de controle e validação do público-alvo das políticas públicas no país.

3.1. A necessidade de controle dos cadastros e de cruzamento dos dados – Acórdão nº 1.428/2020 (Processo TC nº 016.827/2020-1)

Com o propósito de acompanhar a implementação do auxílio emergencial, esta etapa do Programa Coopera adotou procedimentos adaptados para não interferência no funcionamento dos órgãos e entidades envolvidos na gestão da crise, a fim de esclarecer a natureza do auxílio emergencial, os requisitos para recebimento, o público-alvo, os limites de renda e dos beneficiários, o órgão responsável e as regras de operacionalização.

Em síntese, este primeiro acompanhamento foi realizado baseado nos seguintes procedimentos: a) verificação de informações e dados divulgados nos sítios eletrônicos dos órgãos jurisdicionados; b) análise de informações estatísticas da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua); c) *consolidação de resultados de cruzamentos de dados nas bases de março do Cadastro Único de Programas Sociais (CadÚnico) e de trabalhos anteriores; e, d) análise da execução orçamentária do auxílio no Sistema de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi)*. O ofício de requisição enviado ao Ministério da Cidadania foi objeto de discussão e negociação de escopo e prazos com o jurisdicionado.

Entre os trabalhos anteriores, constituem fonte de informação para este acompanhamento os relatórios das fiscalizações contínuas de benefícios assistenciais de anos anteriores, em especial o Acórdão 1.123/2020 TCU Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, julgado no dia 6/5/2020. No relatório, consta um conjunto de avaliações e conclusões sobre a credibilidade dos registros do Cadastro Único. Para o próximo relatório, deverão constar resultados de cruzamentos de dados do auxílio emergencial para verificar

indícios de erros de exclusão e de inclusão. Esses cruzamentos estão sendo realizados em acompanhamento paralelo, no âmbito do TC 016.834/2020-8.

Quanto à materialidade envolvida, no relatório de abril, mediante Acórdão nº 1.428/2020, observou-se o pagamento de R\$ 35,780 bilhões de auxílio emergencial, alcançando o total de 59,3 milhões de cotas de R\$ 600,00 para 50,2 milhões de pessoas, 42,6 milhões de famílias e 9,4 milhões de mães chefes de família. Sobre os tipos de cota, foram pagos, em abril, R\$ 2,32 bilhões para 1.289.889 famílias monoparentais com dois membros beneficiados; R\$ 9,74 bilhões para 8.116.740 famílias monoparentais com uma cota dupla de R\$ 1.200,00; R\$ 7,64 bilhões para 6.370.802 famílias com dois membros em requerimento único; e R\$ 16,07 bilhões a 26.790.135 famílias em cotas únicas de R\$ 600,00.

De outro modo, quanto ao tipo de cadastro, foram pagos R\$ 15,18 bilhões a 19.221.208 pessoas do Programa Bolsa Família; R\$ 7,64 bilhões para 10.805.666 pessoas inscritas no Cadastro Único que não são beneficiárias do Programa Bolsa Família; e R\$ 13,38 bilhões a 20.201.383 pessoas cadastradas no aplicativo Caixa Econômica Federal Auxílio Emergencial.

Acerca dos montantes destacados neste primeiro mapeamento e avaliação de riscos, o TCU pontuou a existência de dois tipos de riscos: 1) riscos orçamentários na definição do público-alvo, do valor e da duração do auxílio emergencial; 2) riscos de exclusão indevida de pessoas que deveriam ser elegíveis e de inclusão indevida de pessoas que não atendem aos critérios da Lei. Ademais, a decisão destaca:

9.1.6. o formato de requerimento único por responsável familiar e de cotas adicionais do Programa Bolsa Família pode ser mais eficiente e seguro do que o formato do auxílio emergencial, pois reduz o risco de pagamentos indevidos, o fluxo de pessoas no processo de cadastramento e, por conseguinte, a necessidade de solução de dúvidas e de operações de pagamento, pois leva em consideração custos fixos e variáveis das famílias (TC 016.827/2020-1).

A Corte de Contas enfatizou, quanto ao tempo de duração do auxílio emergencial, frente à continuidade da crise sanitária no país, a importância do planejamento responsável e fidedigno que aponte uma solução de proteção social sustentável, sob a ótica orçamentária. Isso porque a despesa anual, somado o Auxílio Emergencial à Bolsa Família, pode chegar a R\$ 379,5 bilhões.

Quanto aos riscos de inclusão e exclusão indevida de pessoas na base dos beneficiados, segundo os critérios da Lei nº 13.982/2020, o TCU identificou seis fatores de risco, o que justificou a emissão de recomendações para o aprimoramento

tecnológico e a utilização de cruzamentos de dados que permitam validar as informações fornecidas. Sobre os riscos, de forma clara, percebe-se a fragilidade dessas bases:

1) *baixa integração* dos cadastros públicos; 2) *desatualização* do Cadastro Único; 3) *dificuldade para identificação inequívoca* em cadastros públicos; 4) *limitações para verificação* de composição familiar; 5) *limitações para verificação* de vínculos de emprego e renda; e, 6) *limitações para cadastramento* de pessoas com menor acesso a serviços públicos (GRIFO NOSSO).

Conforme é percebido, a urgência pela integração e governança entre as bases públicas para a operacionalização de políticas e programas públicos faz parte de um dos temas perseguidos pela Corte de Contas nacional há algum tempo. Senão, vejamos. O Acórdão nº 1.123/2020, que tratou da Fiscalização Contínua de Benefícios, realizada anualmente desde 2015, trouxe recomendações relacionadas à melhoria de qualidade, compartilhamento e governança de diversas bases de dados, em especial àquelas que impactam a função de assistência:

9.6. recomendar ao Comitê Gestor do Sirc, representado pelo Ministérios da Economia e pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, e ao Instituto Nacional do Seguro Social (...), que:

9.6.1. Em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça e com as Corregedorias de Justiça Estaduais, exijam dos cartórios e serventias tempestividade, *completude e qualidade dos dados de certidões informados ao Sistema Nacional de Informações de Registro Civil*, nos termos do art. 41, parágrafo único, da Lei 11.977/2009 c/c art. 32 da Lei 8.935/1994;

9.6.2. Em conjunto com a Receita Federal do Brasil, conduzam as ações técnicas necessárias para o cumprimento do *compartilhamento de dados do Cadastro Base do Cidadão*, previsto no Decreto 10.046/2019, a fim de que sejam *mitigados os problemas de qualidade de dados de CPF* das certidões do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil;

[...]

9.8. recomendar ao *Ministério da Cidadania*, (...) que:

9.8.1. Em conjunto com o *Tribunal Superior Eleitoral*, com a *Receita Federal do Brasil* e com o *Comitê Central de Governança de Dados*, conduza as ações técnicas necessárias para *compartilhamento de*

informações de cadastros de cidadãos, incluindo Título de Eleitor e motivo da situação do CPF, utilizando sistemática que garanta a interoperabilidade entre as bases, nos moldes do previsto na Lei 13.444/2017, que instituiu a Identificação Civil Nacional, e do Decreto 10.046/2019, que criou o Cadastro Base do Cidadão;

[...]

9.9. recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, ao *Comitê Central de Governança de Dados*, conforme previsto no art. 21 do Decreto 10.046/2019, à *Receita Federal do Brasil* e ao *Tribunal Superior Eleitoral* que envidem esforços para fornecimento dos motivos de suspensão do CPF, bem como do Título de Eleitor associado a um CPF (a exemplo de sua inclusão na solução blockchain de CPF da Receita Federal do Brasil), de forma a *promover a qualidade e interoperabilidade dos dados relativos aos cidadãos e otimizar a implementação de políticas públicas*, nos moldes do previsto na Lei 13.444/2017, *que instituiu a Identificação Civil Nacional*, e do Decreto 10.046/2019, que criou o Cadastro Base do Cidadão.

Assim, a definição segura do público-alvo envolvido em cada uma das práticas governamentais é fundamental para evitar pagamentos indevidos, corrobora o TCU. A magnitude da crise requer atenção com a identificação inequívoca dos beneficiados, pois além do risco de pagamentos indevidos, ainda há possibilidade de que a ocasião de auxílio se prolongue, demandando mais recursos, mesmo quando há queda na arrecadação geral. Ponderando, portanto, a dificuldade de integração e governança entre as bases de dados do governo, o que ocasiona impactos em diferentes esferas, o que se observa, portanto, é uma confusão desses cadastros e um comprometimento do orçamento global.

Diante de todas as circunstâncias, o TCU proferiu 8 (oito) recomendações no bojo do Acórdão nº 1.428/2020. Três são mais abrangentes e buscam melhorar a governança, a efetividade e a prestação de contas do auxílio emergencial e de eventuais medidas de proteção social que venham a sucedê-lo. Além disso, atribuem responsabilidade conjunta aos Ministérios da Economia e da Cidadania, diante do que se espera de capacidade de interação entre as políticas de emprego, renda e transferência de renda. O Ministério da Saúde também se conecta à instância de governança, em razão da vinculação entre a duração da pandemia, das medidas de isolamento social, da redução da atividade econômica e da forte demanda por proteção social.

As outras quatro recomendações foram orientadas para o aprimoramento dos controles dos cadastros e dos cruzamentos de dados, com o propósito de aumentar a responsabilidade das pessoas que são beneficiárias de proteção social, por meio

da atualização mensal de dados e da prestação de contas anual em uma espécie de declaração anual de renda social. Assim, propôs ao Ministério da Cidadania a ampliação das bases de dados utilizadas nos cruzamentos e a realização de novo processamento para a terceira parcela.

A última recomendação objetivou aumentar o envolvimento dos mais de oito mil Centros de Referência de Assistência Social (Cras) na busca ativa de pessoas com limitações relevantes para acessar serviços públicos, “em especial aquelas pessoas que não sabem ler e escrever e que não têm acesso à internet e a dispositivos eletrônicos”. Em síntese, recomendou o TCU:

9.2. Recomendar à Casa Civil, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que *avalie sistemática de governança para atribuir responsabilidade compartilhada* aos Ministérios da Economia, da Cidadania e da Saúde *para avaliação de cenários de demanda por proteção social, levando-se em conta o ritmo de retomada da atividade econômica e os protocolos sanitários* existentes;

9.3. Recomendar ao Ministério da Cidadania e ao Ministério da Economia, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que *publiquem relatório conjunto mensal da execução do auxílio emergencial*, com informações sobre o atendimento das exigências da Lei 13.982/2020, indicadores de execução física e financeira dos créditos extraordinários destinados ao pagamento do auxílio e avaliação da eficiência e efetividade das medidas de proteção a trabalhadores informais e pessoas em situação de vulnerabilidade social;

9.4. Recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, em conjunto com o Ministério da Cidadania e o Ministério da Economia, que:

9.4.1. coordene as medidas de proteção social com as medidas de proteção trabalhista e de formalização do mercado de trabalho, *de modo a evitar duplicidade, lacuna ou contradição*;

9.4.2. coordene a instituição de mecanismo de prestação de contas anual de renda pelo beneficiário de programas sociais, no intuito de *aumentar o nível de responsabilidade social quanto ao atendimento da finalidade desses benefícios*; e

9.4.3. coordene o desenvolvimento de mecanismo simplificado de *atualização cadastral mensal pelos*

beneficiários de programas federais de transferência de renda, no intuito de aferir tempestivamente alterações cadastrais importantes para a execução de programas e políticas públicas, a exemplo de alterações de renda e de composição familiar.

9.5. Recomendar ao Ministério da Cidadania, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

9.5.1. inclua nos cruzamentos de dados as bases de folha de pagamento de servidores dos poderes Legislativo e Judiciário federal e de servidores estaduais e municipais, no intuito de verificar renda e composição familiar, com base no § 11 do art. 2º da Lei 13.982/2020;

9.5.2. efetue cruzamentos de dados adicionais para mitigar o risco de pagamento indevido na terceira parcela e eventuais pendências de parcelas anteriores, devido à eventual alteração nas condições de elegibilidade do beneficiário, avaliando a viabilidade operacional e a relação custo-benefício do controle; e

9.5.3. utilize mais efetivamente a rede do Sistema Único de Assistência Social (Suas) no processo de cadastramento do auxílio emergencial para o alcance dos trabalhadores com barreiras socioeconômicas, como ausência de acesso à internet e dificuldade de leitura e entendimento das regras e comandos correspondentes;

9.6. encaminhar cópia desta deliberação, e do relatório e do voto, além dos órgãos acima, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados; à Empresa Brasileira de Tecnologia e Informações da Previdência Social e à Caixa Econômica Federal;

9.7. Orientar a Segecex, com apoio da Secretaria de Tecnologia da Informação, que, com a urgência que a medida requer, consolide e disponibilize em painel dinâmico as informações relativas aos benefícios sociais para a manutenção de emprego e renda que estão sendo pagos pelo Governo Federal, o qual deverá ser acessível para toda a sociedade; e

9.8. restituir os autos à SecexPrevidência para continuidade deste acompanhamento (GRIFO NOSSO).

3.2. O controle dos cadastros e o cruzamento dos dados – Acórdão nº 2.351/2020 (Processo TC nº 016.834/2020-8)

Com o objetivo de quantificar os riscos envolvidos e fornecer orientações aos gestores, acerca de potenciais problemas no desenvolvimento das ações de combate à Covid-19, a fiscalização presente no Processo TC nº 016.834/2020-8 analisou a qualidade da informação nos Cadastros de Pessoas Físicas e apontou diferentes situações irregulares que impactam ou comprometem a efetividade das políticas públicas. Assim, o Relatório de Acompanhamento (Racom) de dados relacionados às ações de combate à Covid-19, nas áreas de Assistência Social, Previdência Social e Gestão Tributária, também é decorrente do Programa Coopera, aprovado na sessão plenária do dia 25/3/2020 (TC 016.602/2020-0), com foco na atuação dos órgãos e instituições públicas na luta contra a pandemia.

Para o TCU, entre as fontes de riscos mais comuns, encontram-se as variáveis que impactam diretamente a alocação do orçamento para atendimento das despesas com as medidas de proteção social, com destaque para:

- a) Definição do público-alvo: a imprevisibilidade do público-alvo tem afetado o orçamento alocado para o auxílio emergencial e pode impactar negativamente a capacidade de identificar pagamentos indevidos e passivos decorrentes de requerimentos atrasados de pessoas que perderam renda;
- b) Definição do valor: o valor do auxílio emergencial pode ser considerado adequado para as condições emergenciais, porém, devido à provável alta da demanda por proteção social no segundo semestre e anos seguintes, é necessário definir um valor coerente com a renda média familiar da economia do país; e,
- c) Definição do prazo: a pandemia tem gravidade já compreendida e os seus efeitos socioeconômicos devem ter duração prolongada, o que exige a definição de medidas de proteção social planejadas e sustentáveis.

Conforme se adverte, em razão dessas limitações, a estimativa que fundamentou o orçamento inicial apresentou um quantitativo de beneficiários inferior ao observado no mês de abril. A partir das bases cadastrais, foi recalculado o número de cotas do auxílio emergencial para 54,5 milhões, o que representaria 45,5 milhões de pessoas. A partir dessa estimativa, foi publicada a Medida Provisória 937/2020, que abriu crédito extraordinário no valor de R\$ 98,2 bilhões. Todavia, a execução da primeira parcela também identificou a insuficiência desse valor e nova estimativa foi realizada, expandindo para mais 14,3 milhões de cotas. A MP 956/2020 novamente abriu crédito extraordinário de R\$ 25,72 bilhões para complementar o auxílio. Somando os dois

créditos, foram alocados R\$ 123,92 bilhões, sendo R\$ 41,3 bilhões para cada parcela. Em abril, foram pagos R\$ 35,78 bilhões (86,6%) para 50,2 milhões de pessoas. Entre os principais fatores de risco, o TCU pontuou:

Um dos motivos para o erro na estimativa do público-alvo está na adoção de critérios com alto nível de sobreposição de perfis de beneficiários. A Lei 13.982/2020 define critérios de situação trabalhista (formal, informal e desempregado), renda (acima ou abaixo dos limites), registro no Cadastro Único e beneficiário do Programa Bolsa Família. É possível que um trabalhador formal fique sem renda, um trabalhador informal continue com renda e que pessoas registradas no Cadastro Único tenham renda formal.

De outro modo, o valor do benefício também pode gerar externalidades econômicas positivas e negativas, visto que reduz temporariamente a pobreza e a desigualdade social e regional (efeito temporário e insustentável, caso não seja financiado por novas fontes de receitas ou por redução de outras despesas), distorce, ainda, o funcionamento da própria economia, “uma vez que muitas famílias beneficiárias do Auxílio Emergencial podem estar com renda próxima da renda de famílias com uma ou duas rendas formais de um salário mínimo”, assinalou o TCU.

Segundo o Referencial de Avaliação de Governança de Políticas Públicas⁷ do TCU (2014, p.55):

A obtenção de resultados nas políticas públicas exige, cada vez mais, que as organizações públicas trabalhem em conjunto. Do contrário, a fragmentação da missão e a sobreposição de programas tornam-se realidade generalizada no âmbito do governo e muitos programas transversais deixam de ser bem coordenados. Ao trabalharem em conjunto, as organizações públicas podem melhorar e sustentar abordagens colaborativas para atingir as metas estabelecidas (GRIFO NOSSO).

Com efeito, os principais riscos orçamentários foram identificados no Acórdão nº 2.351/2020, focado na análise e cruzamento de dados. A referida auditoria adicionou testes e procedimentos específicos à metodologia de fiscalização, adotada desde 2015, que utiliza de forma intensiva ferramentas para a Fiscalização Contínua de Benefícios (FCB), “com o objetivo de identificar, por meio de cruzamentos sistemáticos de bases de dados, indícios de irregularidades em benefícios, propondo, quando couber, ações

⁷ Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/61/86/7D/09/8CA1F6107AD96FE6F18818A8/Referencial_avaliacao_governanca_politicas_publicas.PDF.

de controle e deliberações que mitiguem o risco de pagamentos indevidos e que busquem aperfeiçoar os controles internos das instituições fiscalizadas”, destaca o Processo TC nº 016.834/2020-8.

Em análise pretérita (TC 016.841/2020-4), indícios de inconsistências no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) foram levantados, ensejando um maior aprofundamento nas análises, quanto à qualidade das informações do CPF da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Sobre o objetivo e escopo da fiscalização, asseverou o órgão de controle:

O presente trabalho tem por objetivo a focalização da atuação dos órgãos e instituições públicas na luta contra a pandemia. *O número de CPF é a principal chave para a inscrição dos beneficiários do auxílio emergencial, bem como a principal chave utilizada nos cruzamentos de dados para a aprovação do benefício e controle da elegibilidade.* Dessa maneira, ao avaliar a qualidade da base de dados do CPF, objetiva-se, também, contribuir para o fortalecimento do controle do auxílio emergencial.

Além disso, *o CPF é tido como principal meio de identificação dos cidadãos brasileiros, conforme disposto no Decreto 9.723/2019, e, na prática, de registros públicos e privados do País.* Desta forma, *a melhoria da qualidade dos dados do CPF pode contribuir para o fortalecimento da identificação de pessoas, afetando diversas políticas públicas e relações privadas, como por exemplo, o Sistema Financeiro Nacional, que utiliza o CPF como chave primária das transações de pessoas físicas (GRIFO NOSSO).*

Sobre as vinculações do CPF ao título de eleitor, a equipe técnica apontou que, apesar de constar da estrutura da base de CPF e do convênio assinado entre TCU e RFB, o Contrato TCU nº 46/2019 informa que “mesmo constando no convênio o campo ‘título de eleitor’ não será fornecido”, sem especificar as motivações. Quanto às limitações da fiscalização, esclareceu ainda:

Conforme Nota Técnica Cocad⁸/RFB 105, de 21 de agosto de 2020 (peça 82), encaminhada em resposta ao Relatório Preliminar de fiscalização, a RFB informou que não há limitação específica para o não fornecimento do dado de título de eleitor ao TCU. A limitação seria da própria distribuição do dado em geral e originar-se-ia de cláusula do convênio entre a RFB e o TSE, que impediria o compartilhamento do dado com terceiros.

⁸ Coordenação de Cadastro da Receita Federal do Brasil.

No entanto, a limitação trata da ausência da disponibilização do título de eleitor detido pela RFB relativo a um CPF. Esse título de eleitor pode advir de documentação apresentada na inscrição no CPF ou de Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (DIRPF), por exemplo, ou mesmo de processos de qualificação da base utilizando dados do Tribunal Superior Eleitoral. Desta forma, não se trata de repasse de dados originários do TSE, mas sim dos dados custodiados pela própria RFB.

Ainda assim, ressalta-se que o TCU possui Acordo de Cooperação Técnica com o TSE para acesso ao Cadastro Eleitoral (peça 83), e que mantém contato com os órgãos gestores das informações na tentativa de que tais dados sejam disponibilizados para futuros trabalhos de controle externo.

Dessa maneira, não foi possível realizar testes de acurácia, que consistem em comparar os dados da base do CPF com outras fontes de informações externas, como a base dos eleitores do Tribunal Superior Eleitoral, devido à ausência do campo chave de Título de Eleitor na base CPF.

Assim, a metodologia adotada pelo Tribunal de Contas da União abrangeu as etapas: i. entendimento do negócio e dos dados; ii. preparação dos dados, que inclui a avaliação de qualidade (credibilidade) dos dados, a higienização e o enriquecimento das bases e a construção de bases qualificadas; iii. a elaboração de modelos de análise, que abrange o desenvolvimento de tipologias, a identificação de padrões de regularidade e irregularidade; iv. a avaliação dos resultados; e v. as etapas de conclusão e elaboração de propostas de encaminhamento.

Para este momento, os auditores segregaram a verificação em 4 (quatro) vertentes: i. análise da credibilidade do banco de dados do CPF (qual o grau de confiabilidade pautado nos atributos de completude, unicidade, validade, consistência, acurácia e uniformidade); ii. análise das tipologias focada na existência indevida de falecidos, pessoas supercentenárias e de portadores de CPFs suspensos há mais de 11 anos; iii. regularização de ofício do cadastro para recebimento do auxílio emergencial, em razão de possíveis inconsistências cadastrais; e iv. apuração das inscrições irregulares que evidenciaram um quantitativo superior à população brasileira. Os resultados impressionam e preocupam.

Sobre a composição da análise de credibilidade nos seus seis atributos: completude, unicidade, validade, consistência, acurácia e uniformidade – é importante discriminar:

A completude é a verificação da existência de registros com dados faltantes. Há casos em que essa falta é justificável, por exemplo, pode

ser que o campo 'Título de Eleitor' não precise estar preenchido para todos os registros da base.

A *unicidade* do campo verifica se existe duplicidade na chave primária (simples ou composta) da tabela. Alguns exemplos são o número do CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) nas bases da RFB e a chave composta por Código de Prefeitura, Código de Família e Código de Pessoa na base do Cadastro Único, do Ministério da Cidadania.

A *validade* busca identificar se o esquema do banco de dados está sendo respeitado. Verifica-se, por exemplo: se campos que deveriam ser numéricos estão sendo disponibilizados dessa forma; se números de CPF e título de eleitor respeitam suas regras de formação (algoritmo para dígitos verificadores); se campos do tipo 'data' apresentam apenas datas válidas; ou se campos com códigos (como 'sexo' e 'estado civil') apresentam apenas códigos existentes.

A *consistência* é verificada a partir de testes que confrontem diferentes variáveis do banco de dados, que, em tese, devem trazer a mesma informação, como o Código de Endereçamento Postal (CEP), bairro e endereço. Nesses casos, os resultados podem ser que todas as informações prestadas correspondem a uma só situação de fato ou que há problemas de consistência (campos de data de nascimento posterior à data de inscrição no CPF, por exemplo).

Também se considera teste de consistência a verificação de regras condicionais de campos interrelacionados. Se determinado campo de um banco de dados cadastral deve ser preenchido com 1 ou 0, significando que a pessoa identificada sabe ou não o nome de sua mãe, é considerado um erro de bem como a resposta de "saber" com o campo "nome da mãe" nulo.

A *acurácia* dos dados é verificada por meio de testes que confrontem os dados obtidos com outras fontes de informação. Números de CPFs e informações cadastrais ('nome', 'nome da mãe' e 'data de nascimento') do CadÚnico ou do título de eleitor podem ser comparados com seus equivalentes nos bancos de dados da RFB, por exemplo.

A *uniformidade* busca verificar se campos com informações quantitativas mantêm um padrão de medida. Esses testes podem ser feitos em campos numéricos monetários (descrições em reais, centavos, dólares, cruzeiros) ou baseados em outras unidades (quilo, litro, resma, etc.), conforme o caso (TC nº 016.834/2020-8).

Para aferir as consequências dos resultados apontados pelo Acórdão nº 2.351/2020 sobre o planejamento e execução das políticas públicas, em pleno ano de 2020, enfatizamos as seguintes situações encontradas:

- Registro de supercentenários com idade muito acima da máxima idade já alcançada por seres humanos no mundo. No Brasil, 72.817 pessoas encontram-se com registro ativo, com idade entre 110 e 122 anos. Desse total, 5.699 pessoas apresentaram possuir idade superior a 122 anos. De outro modo, ao realizar cruzamentos de informações com bases da Administração Pública Federal e Estadual, foram identificadas 3.359.609 inscrições de CPF regulares com indícios de óbito, sendo 92% deles nas bases do Sistema Nacional de Registros Cíveis (Sirc) ou Sistema de Controle de Óbitos (Sisobi).

Sobre este aspecto, para fins de comparação, o TCU explica:

Segundo definição da *Gerontology Research Group (GRG)*, entidade internacional de pesquisa e autenticidade de pessoas velhas, supercentenários são pessoas que, comprovadamente, viveram mais de 110 anos. A GRG também é a responsável por autenticar o recorde mundial de pessoa mais longeva, registrado pelo Guinness World Record, publicação que verifica os recordes mundiais em diversas categorias. Segundo o Guinness, a maior idade já alcançada por um ser humano foi de 122 anos.

Nas análises empreendidas na base de CPF, foram identificadas 5.699 pessoas com idade superior a 122 anos. Desse quantitativo, foram excluídos os casos graves de erro de entrada de dados, como data de nascimento no ano 200, ou 1012.

Registre-se que foram verificadas 72.817 pessoas com idade entre 110 e 122 anos em situação regular. De acordo com os dados atualizados pela GRG em 30/7/2020, atualmente, existem 29 pessoas comprovadamente supercentenárias vivas, sendo apenas uma delas no Brasil (<http://supercentenarian-research-foundation.org/TableE.aspx>).

Dessa forma, há indícios de que a falta de integração do CPF com outras bases públicas (como Sirc, Sisobi, Maciça, folhas de pagamento de agentes públicos e CadÚnico) pode gerar alguma espécie de lapso temporal entre as atualizações cadastrais, principalmente aos óbitos não reconhecidos, visto que há inscrições de CPF suspensas há 11 anos ou mais.

- Do total de registros de CPFs suspensos (8.867.821), identificou-se que 7.706.686 CPFs estão nessa situação há mais de 11 anos (87%).

De acordo com a auditoria, são motivos de suspensão de CPF:

- i. Título de eleitor com nome e data de nascimento divergente entre base CPF e base TSE;
- ii. Idade maior ou igual a 19 anos e sem título na base CPF;
- iii. Espólio em qualquer parte do nome;
- iv. Suspensão automática, sem título de eleitor e sem motivo de dispensa;
- v. Título de eleitor com nome da mãe divergente entre base CPF e base TSE;
- vi. Título de eleitor inexistente na base TSE, com regularização na RFB;
- vii. Regularização somente na RFB (suspensão de ofício);
- viii. CPF com indícios de fraude, com regularização exclusiva na RFB;
- ix. Inconsistência de endereço;
- x. Título de eleitor vinculado a estrangeiro ou a pessoa menor de 16 anos;
- xi. NI-CPF com nome da mãe não informado;
- xii. Indício de existência de óbito;
- xiii. Indício de multiplicidade de inscrições no CPF.

Por sua vez, sobre esse achado de auditoria, o Acórdão nº 12.162/2018 já havia determinado ao Ministério da Cidadania que apresentasse um plano de ação para estabelecer as condições que devem ser observadas para manutenção da pessoa no Cadastro Único e pagamento de benefícios de acordo com a situação cadastral do CPF do beneficiário. Entretanto, o Ministério da Cidadania se manifestou (Nota Técnica 08/2020 DECAU/SAGI) afirmando que, por meio de tratativas junto à RFB, procurou receber as informações detalhadas de situação cadastral do CPF, via solução *blockchain*, mas que em 16 de julho de 2019, a RFB, por meio do Ofício 41/2019 RFB/COCAD, informou ser impossível repassar os motivos de suspensão do CPF. O Ministério da Cidadania argumentou que esta informação impacta no tratamento a ser dado no ajuste do registro no Cadastro Único e na consequente manutenção ou não de benefícios.

Com efeito, o Acórdão TCU nº 1.123/2020 também trouxe recomendação para que os órgãos conduzam as ações técnicas necessárias para compartilhamento de informações de cadastros de cidadãos, incluindo Título de Eleitor e motivo da situação do CPF, utilizando sistemática que garanta a interoperabilidade entre as bases, nos moldes do previsto na Lei nº 13.444/2017, que instituiu a Identificação Civil Nacional, e do Decreto nº 10.046/2019, que criou o Cadastro Base do Cidadão.

Portanto, entre os motivos para o registro de volume expressivo de CPFs suspensos, registra-se, por parte da RFB, a ausência de regulamentação de prazos máximos de suspensão; ausência de mecanismos ativos de notificação do cidadão de que seu CPF foi suspenso; baixos incentivos para o cidadão regularizar a situação de seu CPF em situações normais; além de limitado compartilhamento de bases de dados e processos entre órgãos da Administração Pública.

- Índícios de irregularidades graves na gestão da base de dados de CPF mantida pela Receita Federal, com cerca de 12,5 milhões de registros ativos além da população brasileira estimada pelo IBGE para o mesmo período.

Com relação às inconsistências, o Relatório referente ao Acórdão nº 1.638/2020 pontuou, ao final do mês de abril de 2020, logo após a regularização em massa efetuada pela Receita Federal, que o número de cadastros de CPF, em situação regular, correspondia a 223.850.498 registros, superando, portanto, em mais de 12,5 milhões a população estimada pelo IBGE para o mesmo período, de pouco mais de 211,4 milhões de pessoas.

Entre as justificativas apontadas, evidenciou-se uma assimetria nos incentivos para que uma pessoa regularize e/ou emita o seu CPF. Em regra, a iniciativa advém da necessidade de participação em programas de distribuição de renda, como o Bolsa Família, para exercer o direito de voto ou obter uma conta corrente no sistema bancário. Tal circunstância, contrapõe-se àquela que exige a comunicação do falecimento por familiares, contribuindo, por vezes, para que um benefício seja cessado.

Em consequência, a Nota Técnica Cocad nº 92/2017, em 2017, informou que a RFB iniciou uma nova sistemática de consulta diária à base de óbitos da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais do Brasil (Arpen/Brasil). Acerca das iniciativas empreendidas pelo gestor, para aprimoramento de dados do CPF, outra Nota Técnica Cocad nº 57/2020 esclareceu:

O CPF, regido pela Instrução Normativa RFB nº 1.548, de 13 de fevereiro de 2015, vem sendo continuamente aprimorado pela Receita Federal (RFB), tornando-se um verdadeiro número cidadão. Esse aprimoramento, gradual e consistente, materializa-se por meio de uma série de ações e investimentos que visam à expansão da quantidade de cadastrados e ao aumento da integridade dessa base.

Nesse diapasão, a RFB tem ampliado os canais de atendimento de CPF, trabalhado junto às entidades produtoras primárias do dado cadastral e disponibilizado a base para diferentes instituições de modo a subsidiar suas políticas e necessidades.

O crescimento do número de CPF registrados na Receita Federal já era esperado por diversos fatores. Até 2014, o registro no cadastro de CPF só poderia ser exigido para os maiores de 18 anos. Com a edição da Instrução Normativa RFB 1548 de 13/2/2015, e suas alterações posteriores, a idade mínima obrigatória para registro de dependentes, para fins do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, foi gradualmente reduzida para 16 anos em 2015, 14 anos em 2016, 12 anos em 2017 e, desde 2018, mantém-se no patamar de 8 anos.

De outro modo, em relação ao Sistema Nacional de Informações de Registro Civil, a Fiscalização Contínua de Benefícios (FCB) do TCU sobre a Assistência de 2019 (TC 009.922/2019-9) apontou também diversos problemas de qualidade de dados, especialmente quanto a: i. incompletude da base de certidões registradas, resultante principalmente da baixa disponibilidade de dados de certidões mais antigas; ii. na indisponibilidade de dados relativos a averbações de divórcios e anotações; e iii. em problemas de qualidade dos dados, especialmente os relativos à identificação da pessoa como CPF, declaração de nascido vivo (DNV) e declaração de óbito (DO).

Em observância à acuidade dos dados que remetem à população brasileira, o TCU destacou:

A partir do Decreto 9.723/2019 a base CPF da RFB está caracterizada como o principal cadastro de pessoas do Brasil, o que de alguma forma conflita com a sua origem, pois tratava-se inicialmente apenas de cadastro de contribuintes, ou seja, com forte apelo tributário. Essa mudança de enfoque histórica pode trazer dificuldades para uma boa atualização da base. É inevitável que a RFB, diante do quadro normativo posto, adote postura mais adequada em gerir um cadastro de informação de pessoas em geral no Brasil, mesmo que tal informação não tenha efeitos tributários.

Por fim, sobre os aspectos fiscalizados, o TCU reiterou que esta fiscalização está adstrita à análise e ao cruzamento de dados, com o papel complementar de integração a outros acompanhamentos emergenciais conduzidos pela Corte de Contas nacional. Dessa forma, visou avaliar a base de dados do CPF, tendo em vista a necessidade de aprofundamento dessa base mantida pela Receita Federal. Foram empreendidas, portanto, análises de credibilidade da base, de avaliação de tipologias (ou trilhas de auditoria de dados), do processo de regularização de ofício realizado em 2020 e dos quantitativos de inscrições do CPF em relação à população brasileira. Como resultado da decisão plenária proferida por meio do Acórdão nº 2.351/2020, temos as seguintes recomendações e determinações:

9.1. *determinar* à Secretaria da Receita Federal do Brasil, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento interno/TCU, que, *no prazo de 120 (cento e vinte) dias* a contar da ciência deste Acórdão:

9.1.1. *indique as providências ou os controles que serão tomados para reduzir o número de inconsistências identificadas* no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) quanto:

9.1.1.1. *à avaliação de credibilidade;*

9.1.1.2. *aos registros de óbito em bases da Administração Pública Federal ou Estadual que se encontrem em situação regular;*

9.1.1.3. *aos registros de supercentenários;*

9.1.1.4. *às inscrições suspensas há 11 anos ou mais;*

9.1.2. *apresente plano de ação visando estabelecer procedimentos para notificação ativa do cidadão em caso de suspensão de seu CPF, bem como regulamentar prazo limite para um CPF constar na situação “suspensa” após a notificação do cidadão, incluindo no processo de trabalho a forma de tratamento desses registros após o prazo estabelecido;*

9.2. *recomendar* à Secretaria da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, *que adote medidas para obter acesso a outras bases que tragam informações de falecimentos ou possam servir para comprovar nascimentos*, a fim de aprimorar continuamente a base cadastral do CPF, a exemplo do Sistema Nacional de Registros Cíveis – Sirc, do Sistema de Controle de Óbitos – Sisobi, das folhas de pagamentos de benefícios do INSS – Maciça, do Cadastro Único, das folhas de pagamento de agentes públicos federais – Siape/Extrasiape e das folhas de pagamento de agentes públicos estaduais e municipais, mantidas pelos Tribunais de Contas Estaduais;

9.3. *encaminhar cópia desta deliberação e da metodologia detalhada de avaliação do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF (Apêndice I da instrução à peça 85)* à Secretaria da Receita Federal do Brasil;

9.4. *restituir os autos à SecexPrevidência para continuidade deste acompanhamento.*

4. Considerações finais

A atuação dos órgãos de controle no combate aos excessos praticados pelos gestores mal-intencionados tem sido motivo de relevante contribuição social, em razão do seu caráter preventivo e de permanente observação dos atos exercidos neste momento de combate aos efeitos da pandemia em todo o país. São diversas as estruturas que compõem a Rede de Controle de abrangência nacional. Isso porque as consequências apontadas por um determinado trabalho podem ser causas para o início de outro, contribuindo para a adoção de modelos compartilhados de fiscalização e investigações mais céleres, resolutivas e preocupadas com o “não prejuízo” do cidadão – notadamente, porque já não há recursos.

Sabe-se que a responsabilização daqueles que excedem os ditames legais, com o apoio fundamental e tempestivo de outras instâncias de controle, será, por certo, crescentemente mais oportuna e justa, considerando a disposição das fundamentações e dos elementos probabilísticos por atores diferentes, diante de um mesmo fato. Assim, a comunicação entre os organismos de controle é cada vez mais premente, presente e necessária, favorecida pelo que se entende de *Sharing Control* (controle compartilhado, colaborativo e cooperado).

Desse modo, as recomendações e determinações do TCU, proferidas por meio dos Acórdãos nº 1.428/2020 e nº 2.351/2020, apontam para a implantação de ações que promovam efetivamente a modernização e a integração dos sistemas e das bases de dados públicos, provocando: a governança entre as áreas econômicas, da cidadania e da saúde; a vinculação entre as políticas de emprego e renda; a promoção da prestação de contas mensal do auxílio emergencial; o uso dos Cras para a inclusão de pessoas com baixo acesso; a atualização cadastral mensal pelos beneficiários; a declaração anual de renda social; e a criação de base de servidores federais, de estados, municípios e Poderes que contemplem registros ativos fidedignos e validados.

Considerando os resultados que remetem à responsabilidade compartilhada de diferentes estruturas de governo, especialmente quanto à existência de mais CPFs do que brasileiros, com risco de que os falecimentos também não tenham sido atualizados na base cadastral e ainda sem integração e fornecimento dos Títulos de Eleitor, mesmo quando há previsão para tal, algumas inquietudes permanecem e demandam esclarecimentos, em razão do risco de fraude ou de utilização demasiada de orçamento público. Como exemplo, destacam-se:

- Será que algum desses CPFs votou nos últimos anos?
- Recebeu Auxílio Emergencial ou Bolsa Família?
- Fez empréstimos?
- Por que não possuímos ainda um único registro civil digital?
- Por que os Planos Plurianuais (que preveem as políticas públicas para cada uma das esferas) ainda não trazem de forma objetiva (qualitativa e quantitativamente)

qual o perfil do destinatário dos recursos públicos (público-alvo) para cada uma das ações governamentais?

• Por fim, conhecemos verdadeiramente a nossa população e temos dimensão clara e objetiva dos nossos problemas sociais?

Dessa forma, o programa Coopera do TCU é só mais um exemplo de atividade notória que permanece atenta para a apuração das escolhas públicas praticadas durante este período de pandemia, trazendo à tona fatos e circunstâncias antigos, mas desconhecidos do cidadão e da classe pensante de avaliação de políticas públicas. Os resultados terminaram por ir muito além do que a mera pretensão de qualificação do público elegível ou inelegível para o recebimento do auxílio emergencial. As fontes de erros para um determinado fato apontaram outras possíveis causas de tantos outros erros, com destaque para o risco orçamentário de quantificação e qualificação irregular do público-alvo destinatário de políticas públicas que carece de recursos para ter o seu direito atendido.

Como sugestão de novas pesquisas nesta área de controle, conserva-se o incentivo à verificação dos resultados, acerca das determinações e recomendações exaradas, por meio da avaliação dos monitoramentos e da averiguação quanto à integração dos cadastros públicos, a partir de identificadores padronizados e autenticados.

Referências

ALMEIDA, Djalma Fiuza. *Governança Pública, Interoperabilidade e Interoperatividade: Desafios para a Gestão do Dado Institucional na UNEB*. Disponível em: http://www.uneb.br/gestec/files/2013/06/Dissertacao_Djalma_Fiuza_Almeida.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Guia de Interoperabilidade: Manual do Gestor* / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasília: MP, 2012. 20p.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. *VCGE Vocabulário Controlado de Governo Eletrônico*. Brasília: MPOG, SLTI, 2016. 38p.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. *Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico*. Documento de Referência ePING. Brasília: MPOG, STIC, 2018. 41p.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.834/2020-8. *Acórdão nº 1706/2020 - TCU - Plenário*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201706%252F2020%2520?ts=1599496563383>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.834/2020-8. *Acórdão nº 2351/2020* - TCU - Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202351%252F2020%2520?ts=1599496639159&pb=acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.841/2020-4. *Acórdão nº 1195/2020* - TCU - Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201195%252F2020%2520?ts=1599496696298&pb=acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.841/2020-4. *Acórdão nº 1638/2020* - TCU - Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201638%252F2020%2520?ts=1599496809026&pb=acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.841/2020-4. *Acórdão nº 2193/2020* - TCU - Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202193%252F2020%2520?ts=1599496825657&pb=acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 016.827/2020-1. *Acórdão nº 1428/2020* - TCU - Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201428%252F2020%2520?ts=1599496841671&pb=acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

ENAP. Escola Nacional de Administração Pública. Diretoria de Comunicação e Pesquisa. *Introdução à Interoperabilidade*. Brasília, 2015. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2399/1/M%C3%B3dulo_1_EPING.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recomendação do conselho da OCDE sobre Integridade Pública*. Paris: OCDE, 2015.

SILVA, Rafael Ferreira. *A importância da interoperabilidade*. Disponível em: <http://phpbrasil.com/articles/article.php/id/85>. Acesso em: 02 set. 2020.

VALLE, V. R. L. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VEIGA, K. T. *O que as contas contam: um estudo sobre o marco da Accountability Educacional e do Sharing Control desempenhados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro entre os exercícios de 2015 e 2018*. 2019. 355 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

VERNADAT, F. B. *Enterprise modelling and integration: principles and applications*. London: Chapman & Hall, 1996.

O serviço de acolhimento familiar no Estado do Rio de Janeiro: como o Ministério Público pode impulsionar nova cultura para a proteção integral da primeira infância em acolhimento?

Luciana Pereira Grumbach Carvalho*

Viviane Alves Santos Silva**

Sumário

1. Introdução. 2. Bases teóricas multidisciplinares para o acolhimento da primeira infância baseado na família. 3. Evolução histórico-legislativa do direito à convivência familiar e do serviço de acolhimento familiar. 4. Uma fotografia do programa família acolhedora no Estado do Rio de Janeiro. 5. O papel do Ministério Público para impulsionar a mudança de cultura no acolhimento de crianças. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo aborda a urgência de mudança do paradigma institucional no cuidado de crianças acolhidas da primeira infância, fundamentando em bases teóricas multidisciplinares a necessidade do cuidado individualizado e responsivo, conclamando o Ministério Público a impulsionar a implementação do serviço de acolhimento familiar nos municípios, em especial no Estado do Rio de Janeiro, ante os dados levantados acerca desta unidade da federação. Alguns caminhos são apontados para o Promotor de Justiça para a concretização da preferência legal do acolhimento familiar frente ao institucional, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para subsidiar o estudo, foi feita revisão bibliográfica, entrevista com famílias acolhedoras e análise de banco de dados públicos.

* Especialista em Crianças, Adolescentes e Famílias pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ). Integrante do Programa de Liderança Executiva no Desenvolvimento da Primeira Infância do Núcleo Ciência pela Infância (NCPI/Harvard University). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Especialista em Criminologia pelo Instituto Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (ISMP). Especialista em Crianças, Adolescentes e Famílias pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ). Integrante do Programa de Liderança Executiva no Desenvolvimento da Primeira Infância do Núcleo Ciência pela Infância (NCPI/Harvard University). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

This article addresses the urgency of changing the institutional paradigm of foster childcare in early childhood, based on the need for the individualized and responsive care, with a request for Brazilian public prosecutors to boost the implementation of foster family services in cities and towns, especially in the state of Rio de Janeiro where the relevant data was collected. Some procedures are indicated to accomplish the legal determination as prescribed by the Child and Adolescent Statute in Brazil. A bibliographic review, interviews with foster families, and analysis of public databases were performed to support the study.

Palavras-chave: Primeira infância. Acolhimento familiar. Vínculo. Convivência familiar. Ministério Público. Rio de Janeiro.

Keywords: *Early Childhood. Foster Care. Attachment. Bonding. Family Living. Brazilian State Public Prosecution Office. Rio de Janeiro.*

1. Introdução

É essencial encarar a criança como um ser humano que começa com todos os sentimentos intensos dos seres humanos, embora sua relação com o mundo esteja apenas principiando.

(Donald Winnicott)

Eu teria apenas uma coisa a dizer aos homens políticos: É de zero a seis anos que o legislador deveria ocupar-se mais dos cidadãos.

(Françoise Dolto)

Imaginemos hipoteticamente que o Estado, através do seu poder de polícia e na função de rede de apoio dos cidadãos, vislumbre que determinada família não tem capacidade para cuidar de seus filhos. Após procedimento legítimo e regular, a criança é retirada da guarda de seus pais ou cuidadores, ou os próprios adultos responsáveis a entregam ao Conselho Tutelar ou ao Juízo da Infância e Juventude ou simplesmente abandonam a criança, tendo o Estado que atuar para salvaguardá-la. Provavelmente, o leitor suporá que essa intervenção estatal deverá propiciar melhores condições de desenvolvimento para a criança do que aquelas em que se encontrava anteriormente. Contudo, a verdade é que nem sempre isso ocorre.

Ainda persiste no sistema de acolhimento de crianças e adolescentes no Brasil a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes, desconsiderando-se estudos científicos acerca dos danos da institucionalização precoce de crianças, inclusive no

Estado do Rio de Janeiro, em que mais de 90% das crianças e adolescentes acolhidos encontram-se em instituições, como será demonstrado ao longo deste trabalho.

Pode-se presumir que qualquer pessoa que já experienciou visitar uma instituição de acolhimento, seja por dever profissional ou de forma voluntária, incomodou-se com alguma situação ali constatada. Seja pela rotatividade dos profissionais, pela razão crianças/cuidador, ou pela ausência de uma feição aconchegante de casa, o cuidado institucional, coletivo e despersonalizado, atenta contra o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar.

A Constituição da República de 1988 estabelece como direito fundamental de crianças, adolescentes e jovens a convivência familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, desde 2009, além de repetir a norma constitucional, estabelece expressamente a preferência do acolhimento familiar ao institucional. Porém, passados 32 anos da promulgação da CRFB/88 e quase 12 anos da alteração do Estatuto pela Lei 12.010/09, pouco se avançou na realidade do acolhimento familiar no âmbito nacional e, para fins do presente estudo, discretíssimo avanço ocorreu no Estado do Rio de Janeiro.

Sávio Bittencourt ressalta que as crianças institucionalizadas são crianças invisíveis, que acordam de madrugada, depois de um pesadelo assustador, sem ter quem lhes dê um afago protetor. Questionamos, portanto, como podem os integrantes do Ministério Público assegurar às crianças, em especial da primeira infância, “uma beirada de coberta de pai ou mãe para se esconder dos medos, em segurança amorosa”? (BITTENCOURT, 2013, p. 7).

O Ministério Público, como agente social, transformador e resolutivo, deve ser o propulsor no Estado do Rio de Janeiro da política de acolhimento familiar para as crianças e adolescentes, especialmente as que se encontram na primeira infância, começo da vida e base para todo o desenvolvimento humano. Como nos lembra Françoise Dolto, “a sorte que é reservada às crianças depende da atitude dos adultos” (2005, p. 109).

Objetiva-se com o presente trabalho ressaltar os fundamentos multidisciplinares para a escolha do acolhimento familiar como regra para o cuidado de crianças da primeira infância, perpassando pela evolução histórica do serviço de acolhimento familiar no Brasil. Em seguida, examinar-se-ão os dados sobre acolhimento institucional e familiar no Estado do Rio de Janeiro, contextualizando-os nacional e internacionalmente. Por fim, apontar-se-ão alguns caminhos para que o Ministério Público possa impulsionar o serviço de acolhimento familiar de crianças da primeira infância nos municípios fluminenses.

O presente estudo valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica, assistência de aulas, pesquisa de bancos de dados públicos e entrevistas com famílias acolhedoras.

2. Bases teóricas multidisciplinares para o acolhimento da primeira infância baseado na família

A primeira infância tem definição jurídica no Brasil: período que abrange os seis primeiros anos de vida do indivíduo, conforme preceitua o artigo 2º do Marco Legal da Primeira Infância¹. O texto legal assentou-se nas pesquisas e estudos das mais diversas áreas do conhecimento que indicam que nessa fase há a fundação das estruturas necessárias ao pleno desenvolvimento físico, motor, psíquico, emocional e cognitivo do ser humano. Embora o cérebro se desenvolva durante toda a vida, a maior parte de seu desenvolvimento se dá nos primeiros anos de nossa existência (KISIL, 2015).

Os conhecimentos que atualmente proliferam na neurociência acerca da importância da primeira infância para a formação do indivíduo já estavam bem estruturados nos campos da psicologia e pedagogia há tempos. Estudiosos dessas áreas do conhecimento dedicaram suas vidas à observação e à reflexão sobre as crianças, entendendo as suas demandas reais a partir de seus peculiares pontos de vista. Nas palavras de Cláudia Turner Duarte, o ato de observar as crianças engloba significados plurais: “conviver, estar com as crianças, ouvi-las, conversar, e abrir-se para a experiência da compreensão de um sujeito que passa por uma racionalidade distinta, e não menor” (DUARTE, 2018, p. 195) e essa observação meticulosa está presente nas seminais obras de Françoise Dolto, Donald Winnicott, René Spitz, John Bowlby, entre outros.

Curioso mencionar também que já no final do século XIX, o grande cientista Charles Darwin, através de seu arguto espírito investigativo, mostrou-se pioneiro no estudo das crianças pequenas, formulando alguns pilares sobre as capacidades dos bebês e do desenvolvimento humano, em uma época em que tais potencialidades eram totalmente desconsideradas (CELERI; JACINTHO; DALGALARRONDO, 2010).

A vanguardista Françoise Dolto, psicanalista francesa, trouxe reflexões sobre a atenção que se deve dar às crianças pequenas. Faz uma afirmação que pode ser tida como polêmica, todavia consonante com o Marco Legal da Primeira Infância: “tudo se decide antes dos seis anos”² (DOLTO, 2005, p. 326). Ela explica que o “tudo” não é a carreira, nem o futuro social, mas sim a prevenção de bloqueios e lesões emocionais. Um exemplo de mal à criança citado pela autora é a separação de sua mãe sem a devida preparação da mediação da linguagem.

O pediatra e psicanalista inglês Donald Winnicott, ao discorrer sobre a imprescindibilidade dos cuidados com os bebês, destacou que o bem “segurar” e “manipular” os bebês facilita os processos de maturação do indivíduo. Referiu, ainda, que o ambiente seguro e de afeto é crucial para o desenvolvimento da personalidade

¹ Art. 2º, Lei n. 13.257/2016: Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

² No mesmo sentido, afirma o psiquiatra americano Bruce D. Perry (2020) que “o segredo do desenvolvimento saudável são as experiências certas em quantidades certas e no momento certo”.

do bebê. Nessa perspectiva, o bebê é um ser imaturo e dependente ao extremo, sendo que as primeiras experiências de vida possuem uma enorme importância, sobretudo para aqueles que se ocupam dos estágios iniciais do cuidado (WINNICOTT, 2018).

Em outra influente obra, Winnicott revela que, para bebês se tornarem adultos saudáveis, independentes e socialmente preocupados, é necessário um bom princípio, calcado na existência do vínculo mãe-bebê. Esse vínculo de afeto entre o cuidador e o bebê deve ser expressado por uma relação íntima, contínua, sem interrupção, que ajuda na fundação dos alicerces da personalidade da criança, chamado pelo referido autor de desenvolvimento emocional ou a capacidade para suportar frustrações que aparecerão no caminho (WINNICOTT, 1985).

Nessa linha da psicologia, Fordham (1994) explica que resultados catastróficos podem ocorrer para o bebê não carregado, alimentado ou cuidado adequadamente, eis que bebês humanos são seres extremamente dependentes dos cuidados nos primeiros anos de vida³.

O psicólogo e médico britânico John Bowlby (2015), autor da Teoria do Apego, afirma que existe uma propensão dos seres humanos a estabelecerem fortes vínculos afetivos com outros humanos, que não se confunde com dependência⁴. O ponto fundamental de sua tese é que existe uma forte relação causal entre as experiências de um indivíduo com seus pais ou cuidadores e sua capacidade posterior para estabelecer vínculos afetivos.

A absoluta necessidade de atenção individualizada e comprometida com o bebê se dá por conta de a criança ser completamente indefesa nos primeiros anos, incapaz de sobreviver através de seus próprios recursos, que lhe devem ser providos por um adulto cuidador (SPITZ, 2013). E, além dos cuidados de alimentação adequada e de higiene, vários autores sublinham que a presença de um contato afetivo contínuo e constante com a figura de um cuidador com o qual se estabelecerão relações de apego será decisivo para o seu desenvolvimento biopsicoafetivo (BÖING; CREPALDI, 2004). Assim é que estudos com bebês prematuros constataram que um delicado contato pele a pele os ajudou a ganhar peso, a dormir melhor e a amadurecer mais rápido (PERRY, 2020).

Esta relação afetiva próxima, contínua e constante geralmente dá-se com a mãe, tida como ambiente inicial do bebê. Vários estudiosos se dedicaram a analisar a diáde mãe-bebê e identificá-la como propulsora do desenvolvimento do ser humano. Ao mesmo tempo que a mãe se revela como o ambiente para o recém-nascido, também se constitui na primeira relação social do indivíduo (SPITZ, 2013). O registro psíquico

³ O psiquiatra americano Bruce D. Perry alerta para o fato de que “ao nascer, o toque humano é algo incômodo e, no começo, um estímulo estressante. O toque amoroso ainda não tem qualquer relação com prazer. Só nos braços de um cuidador amoroso e presente é que horas de toques passam a ser conhecidos e associados à segurança e conforto.” (PERRY, 2020, p. 137)

⁴ Explica Bowlby (2015) que o conceito de ligação difere substancialmente do conceito de dependência, o qual não está relacionado com a manutenção da proximidade, não se refere a um indivíduo específico, não está associado necessariamente a uma emoção forte e nem está relacionado a nenhuma função biológica.

do comportamento neste período é a de uma fusão integrativa com o ambiente humano do qual a criança depende totalmente, pois como já dito, é incapaz de prover sozinha as suas necessidades mais elementares (WALLON, 2015).

O mundo em pequenas doses nomeado por Winnicott (1985) adquire os contornos da mãe ou da figura do cuidador primário que dedica boa parte do seu tempo a entender as comunicações corporais e guturais do recém-nascido, interpretando seus choros, seus olhares e balbucios. Essa comunicação sutil estabelecida entre o recém-nascido e seu cuidador primário é essencial para o desenvolvimento, e o apelidado “mamanhês” (“*motherese*”) facilita a comunicação e a interpretação das emoções nessa relação.⁵

Spitz (2013) estudou com afinco as consequências da separação prolongada entre mãe e bebê, concluindo que a intensidade do dano sofrido pela criança privada de sua mãe ou de um substituto que cumpra adequadamente a função materna é diretamente proporcional ao tempo da privação e gera sintomas comparáveis à depressão dos adultos.

A esse respeito, Bowlby (2015) adverte que as interrupções prolongadas ou repetidas do vínculo entre mãe e filho pequeno, durante os cinco primeiros anos da criança, são especialmente frequentes em pacientes diagnosticados mais tarde como personalidades psicopáticas ou sociopáticas.

Percebemos, assim, que a relevância do ambiente afetuoso propiciado pela mãe ao seu bebê foi analisada por variados ramos do conhecimento. Modernamente, a conceituação do ambiente materno foi ampliada para fora dos estritos limites biológicos e consanguíneos da genitora do bebê, passando-se a falar em função materna ou em cuidador primário do bebê. Isso porque nem todas as mães cumprem a relevante função na forma “suficientemente boa” mencionada por Winnicott (1985, p. 215). Não vamos aqui enumerar nem nos debruçar sobre as incontáveis razões da não realização da função materna ou da maternagem pela mãe biológica do bebê. Resumidamente, podemos afirmar que o amor, afeto ou vínculo entre pais e filhos não se alicerça exclusivamente nas forças da natureza, nem na força da tríade narcisismo, identificações e processo regressivo, nem nos contextos culturais e históricos (IACONELLI, 2012).

Todos os construtos delineados na psicologia acerca do vínculo, do afeto, do apego, da função materna e do cuidador primário, tiveram suas importâncias para

⁵ Para que serve a *motherese*? Quando falam com bebês, os adultos se propõem em primeiro lugar a estabelecer um contato afetivo e solicitar vocalizações. Suas primeiras “mensagens” vocais destinam-se a captar a atenção da criança: os olhos e a boca atraem a atenção dos bebês de forma especial; recém-nascidos de três dias podem “ficar hipnotizados” pelos movimentos da boca durante vários minutos. A *motherese* também serve para motivar a criança aos intercâmbios. Esses precoces modelos verbais da mãe orientam o bebê para um modo de comunicação oral. Assim, no final do segundo mês, aparece o comportamento de revezamento (*turn-taking*), durante o qual o bebê reage às solicitações verbais da mãe balbuciando quando ela para, e estabelecendo com ela uma espécie de diálogo. Esse comportamento estereotipado é fugaz, mas sem dúvida determina algumas funções programadas para a comunicação. (BOYSSON-BARDIES apud SOULÉ; CYRULNIK, 1999, p. 22)

o desenvolvimento do ser humano no decorrer da primeira infância corroboradas pelas ciências modernas, especialmente a neurociência, através de suas imagens impactantes consolidadas na expressão de inspiração bíblica “ver para crer”⁶.

E, ao abordar a neurociência, precisamos esclarecer que o sistema nervoso é “uma máquina fundamentalmente não trivial que, em suas malhas, trata as mensagens e as integra, construindo representações internas coerentes e eficazes. O cérebro não se limita a traduzir o mundo; ele o reconstrói e expressa de sua maneira” (CECCATTY, 1999). O crescimento e desenvolvimento do circuito de conexões cerebrais resulta em um cérebro humano com mais de 86 bilhões de neurônios e 85 bilhões de células não neuronais e mais de 100 trilhões de sinapses (ligações entre os neurônios), que o constituem como o objeto físico mais intrincado do universo conhecido (BOYCE, 2019).

Porém, nós, seres humanos, não nascemos com o cérebro totalmente formado. O córtex pré-frontal em especial, que é a parte responsável pelas funções executivas, fundamental para o controle da atenção, do comportamento e a memória de trabalho⁷, tem a maior parte de seu desenvolvimento após o nascimento e o seu desenvolvimento não é apenas uma questão de tempo, sendo que o tipo de cérebro que cada indivíduo irá formar vai depender das experiências que vier a ter com outras pessoas (GERHARDT, 2015).

A ciência nos mostra que adultos cujas infâncias foram ricas em boas relações sociais e conviviam com outras pessoas regularmente tinham o córtex pré-frontal maior e, ao contrário, aqueles que não tiveram cuidados individualizados pelo adulto cuidador não desenvolveram plenamente essa parte do cérebro. Isto porque nós nascemos com todos os neurônios, contudo, é preciso conectá-los para que eles trabalhem adequadamente e essa conexão neuronal se dá através das interações sociais do bebê (GERHARDT, 2015)⁸.

Nesse sentido, devemos trazer à tona a disputa existente entre os estudiosos acerca dos fatores que mais influenciam o desenvolvimento humano: a genética (“*nature*”) ou o ambiente (“*nurture*”). Nesse embate, as pesquisas mais recentes apontam para a preponderância da epigenética, ou seja, a ciência que estuda como as exposições ao ambiente alteram a expressão dos genes (BOYCE, 2019). E para ilustrar quem vence tal embate, Donald Hebb, questionado sobre qual fator contribui mais para a personalidade humana – natureza ou criação –, respondeu: “O que mais contribui

⁶ Expressão com sentido de “só acreditar no que se vê ou está irrefutavelmente provado.” (CIBERDÚVIDAS, 2000)

⁷ “As funções executivas constituem um conjunto de habilidades que possibilitam uma reflexão atenta, isto é, deliberada e intencionada a alcançar um objetivo. Um bom funcionamento executivo permite ao indivíduo refletir antes de agir, trabalhar diferentes ideias mentalmente, solucionar desafios inesperados, pensar sob diferentes ângulos, reconsiderar opiniões e evitar distrações.” (COSTA, 2016, p. 5)

⁸ Explica Sue Gerhardt que, especialmente no período entre seis e 12 meses, há uma explosão das sinapses neuronais no córtex pré-frontal (2015, p. 61).

para a área de um retângulo, seu comprimento ou sua largura?”⁹ (HEBB, s.d.¹⁰ apud BOYCE, 2019, p. 152).

Nessa toada, sabemos que crianças possuem características internas próprias que, conjugadas com o ambiente, podem florescer ou não. Interessante divisão metafórica é proposta por W. Thomas Boyce ao diferenciar crianças “orquídea” – aquelas extremamente sensíveis e vulneráveis às condições adversas do ambiente – das crianças “dente-de-leão”, que podem aparentemente vicejar em qualquer lugar em que as sementes caiam. Mas de qualquer forma, mesmo este autor sublinha que exposições tóxicas à pobreza, estresse familiar, violências, abusos, racismo e outras ameaças externas, comprometem a saúde e o desenvolvimento tanto das crianças “orquídea”, quanto das “dente-de-leão” (BOYCE, 2019, p. 37).

Então, essa máquina não trivial da criança na primeira infância, seja orquídea, seja dente-de-leão, encontra-se na profusão de crescimento, sendo certo dizer que em nenhum outro momento da vida, o cérebro humano terá um desenvolvimento tão veloz e tão plástico. Os conhecimentos da neurociência avançaram sobremaneira, permitindo que neurocientistas obtenham, cada vez com mais detalhes, imagens e saberes acerca das mudanças nos cérebros dos bebês (SHONKOFF, 2000).

Ocorre que essa plasticidade cerebral exuberante, verificada especialmente no primeiro ano de vida, também mencionada pelo psicólogo René Spitz (2013), revela-se como uma faca de dois gumes, na medida em que, por um lado, boas experiências suportam o desenvolvimento adequado do cérebro, por outro, geram maior vulnerabilidade, na proporção que experiências anormais (como por exemplo, uso de álcool na gravidez e depressão materna) causam desenvolvimento neuronal e comportamental desviante (SHONKOFF, 2000). A fase inicial da vida, especialmente os três primeiros anos, constitui um período sensível para o desenvolvimento de inúmeras habilidades, podendo também ser chamado de janela de oportunidades.

Boas experiências na primeira infância para o desenvolvimento cerebral começam com vínculos familiares fortes, sabendo-se que as experiências iniciais dos bebês são diretamente influenciadas pela qualidade das relações socioafetivas desenvolvidas especialmente com os cuidadores primários (ABUCHAIM, 2016). A sobrevivência da criança depende da formação desse vínculo com o cuidador, sendo que ações precárias de cuidado podem deixar lacunas extremamente danosas ao desenvolvimento humano (ABUCHAIM, 2016).

Na perspectiva de que as interações com seus pais ou cuidadores têm papel fundamental na constituição cerebral, a pesquisa realizada pela *Washington University* (Missouri, Estados Unidos da América) conseguiu demonstrar que crianças tratadas

⁹ Boyce faz uma diferenciação de fácil compreensão entre genoma e epigenoma: “Pense no genoma e no epigenoma da seguinte forma. Seus genes são como as teclas de um piano; cada uma toca uma nota diferente. Lembre-se também que, embora um teclado de piano tenha apenas 88 teclas brancas e pretas, seu genoma abriga cerca de 25 mil genes individuais, o que o torna um 'teclado' genético milhares de vezes maior e mais complexo que o de um piano” (BOYCE, 2019, p. 168).

¹⁰ Na obra de Boyce (2019) não há referência bibliográfica da fala de Donald Hebb.

com afeto por seus pais na primeira infância têm o hipocampo – área do campo ligada à memória – quase 10% maior do que o das negligenciadas. (PERES; BAUER, 2018)

Em contrapartida, a negligência por parte de cuidadores com resultado de falta de vínculo ou apego inseguro de crianças na primeira infância foi bem estudada no Projeto Bucareste de Intervenção Precoce (BEIP) conduzido pelo Professor Charles Nelson, entre outros. O projeto consistiu em um controle randomizado entre crianças abandonadas no momento do nascimento que estavam em instituições localizadas em Bucareste, Romênia, e que foram colocadas em famílias acolhedoras, as denominadas “*foster care*”. (NELSON; FOX; ZEANAH, 2014, p. 37)

Restou muito bem evidenciado nesse estudo que a institucionalização precoce e a profunda privação vivida pelas crianças geraram enormes déficits em praticamente todos os domínios do desenvolvimento infantil pesquisados, desde o nível molecular estrutural até o complexo campo das interações sociais, das estruturas cerebrais ao funcionamento do cérebro, sendo constatada elevada incidência de desordens comportamentais e psiquiátricas. O projeto também comprovou que colocar as crianças institucionalizadas em famílias acolhedoras capacitadas favoreceu o progresso dessas crianças em várias áreas do desenvolvimento. (NELSON; FOX; ZEANAH, 2014)

O afeto configura o alimento imprescindível para o desenvolvimento cerebral adequado, desenvolvimento este que repercutirá nas dimensões física, motora, cognitiva, emocional e social. A criação com vínculo é nutricionalmente imperiosa para as crianças na primeira infância, que se encontram com a janela aberta para grandes oportunidades de crescimento, mas também para perigosos desafios.

Poder-se-ia alegar que o acolhimento familiar no início da vida gerará posterior sofrimento para a criança quando esta for afastada da família que a acolheu para retornar à família de origem ou seguir para uma família substituta. Entretanto, indaga-se: qual a outra opção? A falta de cuidado responsivo e individualizado dentro de uma instituição de acolhimento, onde há necessariamente rotatividade de profissionais? A resposta é que uma relação de afeto substituída por outra, através de outro cuidador capaz de proporcionar atenção exclusiva, será muito mais positiva para o seu desenvolvimento do que não ter a vinculação do afeto durante os anos iniciais do indivíduo. Nas palavras de Jesús Palacios (2021), “o maior risco é a falta de afeto”¹¹.

Assim, sob os prismas dos conhecimentos advindos da psicologia, da psicanálise, da medicina e da neurociência, a absoluta imprescindibilidade da convivência familiar e dos vínculos de afeto das crianças com seus pais ou cuidadores primários encontra-se suficientemente demonstrada em laboriosos estudos.

Imprescindível que se analise nesse momento o afeto e a convivência familiar sob a ótica jurídica. Antes, repetir-se-á o mantra de que a criança merece proteção e cuidado integrais pela triade: família, sociedade e Estado, conforme ilumina o farol

¹¹ Frase dita pelo Prof. Jesús Palacios na palestra proferida no Seminário “Promovendo a Convivência Familiar para a Primeira Infância no Estado do Rio de Janeiro”, no dia 12.03.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6coPHLldRtc>. Acesso em: 13 mar. 2021.

constitucional do *caput* do artigo 227. A família é o primeiro e principal *loco* para o desenvolvimento da criança, apoiada nas redes da sociedade e do Estado.

O direito à convivência familiar e, portanto, à formação do vínculo e do afeto, foi categorizado por Maria Barbara Toledo como o mais importante dos direitos arrolados no artigo 227, da Constituição da República, posto que somente através da família, todos os outros direitos podem ser assegurados à criança (TOLEDO, 2019). Nesse sentido, Tarcísio Costa (2004) ressalta que a família é o centro natural de afeição e cuidado de que a criança necessita e o direito à convivência familiar traduz verdadeira necessidade vital da criança, antes de ser propriamente um direito.

Nas palavras sábias de Kátia Maciel, a convivência familiar pode ser conceituada como “o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação” (MACIEL, 2019, p. 161).

Com a devida vênia, ampliaríamos essa definição, para retirar a expressão “de origem”. Especialmente a criança da primeira infância, completamente vulnerável e dependente, detém o direito de viver em ambiente familiar, de cuidados afetuosos, individualizados e comprometidos com seu desenvolvimento integral, razão pela qual tal direito assume a feição de direito fundamental ligado à vida e à saúde.

Sem grandes mergulhos na teoria dos direitos fundamentais, reconhecemos com clareza solar que são fundamentais os direitos consagrados no *caput* do artigo 227 da Constituição da República. Na perspectiva da criança, ou seja, individualmente, o direito à convivência familiar é direito fundamental de primeira dimensão, especialmente por sua inspiração jusnaturalista (SARLET, 2008). Mas também tal direito pode ser considerado de fraternidade ou solidariedade, sob o prisma social e, portanto, configura-se direito fundamental de terceira dimensão, cuja titularidade é coletiva ou difusa (SARLET, 2008). Ingo Sarlet (2008) exemplifica como direito fundamental de terceira dimensão o direito à qualidade de vida, exemplo que podemos trazer para falar da necessidade do acolhimento familiar para as crianças afastadas de suas famílias de origem e que demandam ambiente de qualidade para superação das adversidades.

Ainda sobre direitos fundamentais, é importante mencionar a visão de Pedro Hartung de que o artigo 227 da Constituição da República positiva novos direitos para as crianças, para além daqueles previstos nos artigos 5º, 6º e 7º, a exemplo do direito à prioridade absoluta de seus direitos e o próprio direito à convivência familiar e comunitária, classificado por ele como direito de defesa contra o Estado (HARTUNG, 2019). De qualquer forma, entendemos que o direito da criança à família também configura direito calcado na solidariedade, considerado fundamental de terceira dimensão. E, nessa linha, trazemos frase cunhada pelo próprio Hartung, no sentido de que “o direito à solidariedade implica uma sociedade que assuma responsabilidade pelos próprios filhos, pelos filhos dos outros e pelos filhos de ninguém” (HARTUNG, 2019, p. 249).

Na linha jurídica, ainda, Sérgio Kreuz (2012) é enfático ao afirmar que o acolhimento institucional viola o princípio constitucional do direito de crianças à convivência familiar, ressaltando que a instituição de acolhimento está longe de ser considerado família.

Assim, sob todas as perspectivas, o ambiente familiar deve ser encarado como elemento fundamental para o desenvolvimento humano desde o nascimento do indivíduo. Crianças precisam de família para se desenvolver, como precisam da água para beber e do oxigênio para respirar. Um piano sem um hábil pianista a dedilhar suas teclas é como um genoma humano sem um ambiente familiar adequado a possibilitar a sua mais bela expressão.

3. Evolução histórico-legislativa do direito à convivência familiar e do serviço de acolhimento familiar

A história da humanidade é marcada por uma série de violações aos direitos das crianças, sendo elas tratadas, por muito tempo, não como sujeitos de direitos, mas como objetos das relações jurídicas (MACIEL, 2014). Nas antigas civilizações, o pai exercia um poder absoluto sobre os filhos, inclusive, com poder de decidir sobre a vida e a morte de seus descendentes (COULANGES, 2003 apud AMIN, 2014).

Como ensina Ariès (2019), homens dos séculos X e XI não tinham interesse pela infância, que era considerada apenas um período de transição, logo ultrapassada e cuja lembrança era logo perdida. Porém, ainda na Idade Média, o Cristianismo contribuiu para o início do reconhecimento de direitos às crianças, ao defender a dignidade para todos, atenuando a severidade de tratamento na relação pai e filho (MACIEL, 2014).

Dando um salto até o século XX, vemos o início de um importante movimento internacional de concepção de documentos com vistas à criação de uma efetiva rede de proteção da infância (VERONESE, 2019), em que crianças e adolescentes passam efetivamente à condição de sujeitos de direitos, destinatários imediatos da doutrina da proteção integral.

No plano internacional, o primeiro documento de cunho universal dirigido aos direitos infantis foi a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, então sob o patrocínio da Liga das Nações, visando conferir proteção e reconhecimento dos direitos à alimentação, à educação e aos cuidados nas situações de perigo. No entanto, o referido documento recebeu críticas por não elencar responsabilidades dos Estados, apenas enumerar direitos e, ainda, por não tecer muitas considerações à família (VERONESE, 2019).

Trinta e cinco anos depois do primeiro documento, já sob a proteção da Organização das Nações Unidas (ONU)¹², é promulgada a Declaração Universal dos

¹² A ONU foi criada oficialmente em 24 de outubro de 1945, para promover a paz entre os países, em substituição à Liga das Nações, que havia sido criada pelos países vencedores da Primeira Guerra Mundial, porém, considerada um fracasso por não conseguir evitar a Segunda Guerra Mundial. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/onu.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Direitos da Criança de 1959. Constituída por dez princípios, destacamos o princípio nº 6, o qual estabelece que:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 1959).

No referido documento, já é possível notar uma preocupação da comunidade internacional em assegurar um ambiente protetivo para a criança se desenvolver plenamente, com garantia de cuidados especiais às crianças sem família.

Finalmente, em 1989, após dez anos de discussões, é publicada pela ONU a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), com caráter vinculatório, ao contrário dos dois documentos internacionais anteriores. Composta por cinquenta e quatro artigos, destaca-se o artigo 18, que prevê que os Estados Partes deverão assegurar o reconhecimento do princípio de que aos pais caberá a responsabilidade primordial pela educação e desenvolvimento da criança.

Salienta-se, outrossim, o art. 19, I, que estabelece que os Estados Partes deverão adotar todas as medidas necessárias para proteger as crianças contra toda forma de violência e o artigo 20, que estabelece que crianças privadas do convívio familiar, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado, com garantia de cuidados alternativos, como lares de adoção, a *kafalah* do direito islâmico e, quando necessário, o acolhimento em instituições¹³.

Verifica-se, portanto, que a comunidade internacional, através dos Estados Partes que assinaram a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, estabeleceu que aos pais incumbe a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança¹⁴ e que o Estado deverá adotar todas as medidas necessárias para protegê-la

¹³ Art. 20, CDC - As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado. 2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças. 3. Esses cuidados poderiam incluir, *inter alia*, a colocação em lares de adoção, a *kafalah* do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.

¹⁴ Art. 18, 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento

contra toda forma de violação a essa regra de proteção¹⁵, prevendo a inclusão em família substituta, através do instituto da adoção, quando a manutenção na família de origem não for mais possível.

A discussão que se quer trazer ao longo do texto é onde as crianças afastadas de suas famílias de origem deverão ficar enquanto aguardam a definição dos Estados sobre o seu destino.

Retornando ao contexto histórico, especificamente no âmbito nacional, um ano antes da publicação da CDC, foi promulgada a Constituição da República de 1988, que trouxe em seu corpo o histórico artigo 227, fruto de grande esforço de articulação e mobilização, inclusive de crianças, que garantiram uma emenda popular com quase dois milhões de assinaturas (HARTUNG, 2019), e que consagrou, com prioridade absoluta, às crianças e adolescentes, direitos fundamentais sob a responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado. O conteúdo do art. 227 foi inspirado pelo debate de ideias do processo de trabalho da Convenção e permitiu não só a ratificação da Convenção, como a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990 (VALENTE, 2013).

Antes, porém, da CRFB/88 e do ECA, optou-se pelo investimento numa política jurídico-assistencial de atenção à infância¹⁶, em que foram publicados o Decreto n. 17.943-A, de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, e a Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, o novo Código de Menores. Ambos os documentos foram fundamentados na Doutrina da Situação Irregular, baseada no binômio carência-delinquência. A tutela da infância, no referido período, caracterizava-se pelo regime de internações com quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais, com o fim de adequar o “menor” ao comportamento ditado pelo Estado. A tônica era correccional e não afetiva (MACIEL, 2014).

A Constituição de 1988 seguiu o movimento internacional e representou uma importante quebra de paradigmas, rompendo com o modelo anterior da situação irregular e encampando a doutrina da proteção integral.

Pela doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses frente à família, à sociedade e ao Estado, que, além de se abster de sua violação, devem garantir a sua promoção e efetividade (VERONESE, 2019). Além

da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

¹⁵ Art. 19, 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

¹⁶ A respeito do tema, nos ensina Irene Rizzini que “tal opção implicou dicotomização da infância: de um lado, a criança mantida sob os cuidados da família, para a qual estava reservada a cidadania; e do outro, o menor, mantido sob a tutela vigilante do Estado, objeto de leis, medidas filantrópicas, educativas/repressivas e programas assistenciais, e para o qual, poder-se-ia dizer com José Murilo de Carvalho, estava reservada a ‘estadania’”. (RIZZINI, 2011)

disso, há uma descentralização político-administrativa, com participação da população nas políticas públicas afetas à infância e adolescência através dos conselhos de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado em 1990, veio reforçar e esmiuçar a doutrina da proteção integral, constituindo verdadeiro microsistema que confere muitos dos instrumentos necessários à efetivação da norma constitucional de ampla tutela dos direitos de crianças e adolescentes (MACIEL, 2014).

O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes foi garantido pelo art. 227 da CRFB/88 e pelo art. 4º do ECA, mas foi somente através da Lei n. 12.010/2009, conhecida como Lei da Adoção, que o instituto do acolhimento familiar foi incorporado ao estatuto. Essa lei trouxe alterações importantes e incluiu, entre outros, a medida de proteção de acolhimento familiar no art. 101, inciso VIII¹⁷ e modificou a redação do *caput* do art. 34 e incluiu os dois primeiros parágrafos, dispondo o §1º que “A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.” (BRASIL, 2009)

Antes, porém, da entrada em vigor da Lei da Adoção, foi publicado, no ano de 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), pelo então Ministério do Desenvolvimento Social, que estabeleceu nove diretrizes e nove objetivos gerais, dos quais destacamos o quarto objetivo geral:

Fomentar a implementação de Programas de Famílias Acolhedoras, como alternativa de acolhimento a crianças e adolescentes que necessitam ser temporariamente afastados da família de origem, atendendo aos princípios de excepcionalidade e de provisoriedade, estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como assegurando parâmetros técnicos de qualidade no atendimento e acompanhamento às famílias acolhedoras, às famílias de origem, às crianças e aos adolescentes. (CNAS, 2006)

Do mesmo plano, constam, ainda, quatro eixos estratégicos, dos quais destacamos o Eixo 2 (Atendimento), o qual possui doze objetivos, sendo o oitavo deles a *Implementação de Programas de Famílias Acolhedoras*, a médio prazo, o que significa dizer que deveria ter sido implantado entre os anos de 2009 e 2011, de acordo com o cronograma do próprio plano nacional¹⁸.

Em 2009, a partir da Resolução n. 109 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), que trata da Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais, a Família Acolhedora passou a ser um serviço continuado de proteção social de alta

¹⁷ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] VIII. inclusão em programa de acolhimento familiar.

¹⁸ Idem.

complexidade, sendo sua gestão e financiamento da Política de Assistência Social. Portanto, desloca o acolhimento familiar de programa para serviço continuado, passando de programa de governo para política de Estado (CAOIJ-MPSC, 2020), o que é fundamental para a garantia de sua continuidade.

No ano de 2016, jogando luz sobre a primeira infância, a Lei n. 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância (MLPI), que dispõe sobre políticas públicas para crianças de zero a seis anos de idade, estabeleceu princípios e diretrizes para a formulação e implementação de tais políticas, de modo a atender às especificidades dessa faixa etária e definiu que a convivência familiar e comunitária constitui uma das áreas prioritárias para a primeira infância¹⁹. O MLPI também alterou a redação do art. 19 do ECA, ao estabelecer ser direito da criança e do adolescente ser criado e educado em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Como já demonstrado, segundo especialistas de diversas áreas do conhecimento, o ambiente mais adequado para o pleno desenvolvimento na primeira infância é o familiar.

Além disso, especificamente quanto à família acolhedora, o MLPI incluiu os §§ 3º e 4º ao art. 34, do ECA, dispondo que a União apoiará a implementação dos serviços de acolhimento familiar, que deverão dispor de equipe que organize a seleção, a capacitação e o acompanhamento das famílias acolhedoras e possibilitou a utilização de recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção do serviço de acolhimento familiar, com possibilidade de repasses para a própria família acolhedora.

Enxerga-se, assim, uma significativa evolução legislativa para propiciar a mudança da arraigada cultura do acolhimento de crianças e adolescentes em instituições para o cuidado baseado na família, sobretudo, na primeira infância, instrumental este que deve ser operacionalizado pelos integrantes do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e Adolescente.

4. Uma fotografia do programa família acolhedora no Estado do Rio de Janeiro

Antes de traçar um panorama atual da política de acolhimento familiar no Estado do Rio de Janeiro, faz-se necessária uma breve análise contextualizada nacional e mundialmente acerca do acolhimento institucional e familiar.

Primeiro, os dados mostram que o Brasil é um país que ainda adota como regra o modelo institucional de acolhimento de crianças e adolescentes que se encontram separados de suas famílias de origem, independentemente do motivo. Esse modelo de cuidado de crianças foi há muito abandonado por muitos países da Europa e América do Norte. Nelson, Fox e Zeanah (2014) explicam que instituições para

¹⁹ Art. 5º. Marco Legal da Primeira Infância: Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

crianças pequenas em fase de desenvolvimento são inexistentes nos Estados Unidos e Grã-Bretanha, posto que já no início do século XX, vários psicólogos identificaram incontáveis danos decorrentes da institucionalização.

Movimentos liderados pela União Europeia e outras organizações apoiam a chamada “desinstitucionalização”. O Parlamento Europeu conclamou os Estados-membros a envidarem esforços para que todas as crianças possam crescer no seio de uma família e abandonarem o modelo institucional de acolhimento de crianças (campanha *Opening Doors for Europe’s Children*)²⁰.

No mundo, calcula-se que entre 5 e 6 milhões de crianças (até 18 anos, usando-se a definição da Convenção dos Direitos da Criança) vivam em instituições e acredita-se que esse número é subestimado pela ausência de dados seguros (GOLDMAN, 2020). Documentos produzidos pela Comissão da prestigiada revista de medicina *The Lancet* indicam a premência de abandono do paradigma institucional para o cuidado baseado na família, sendo o acolhimento familiar uma das estratégias que podem ser adotadas pelos Estados (GOLDMAN, 2020).

Dessa forma, a prática de institucionalização de crianças encontradas no Brasil é verificada ainda em muitos outros países do mundo, apesar de todos os estudos contrários a esta forma de cuidado de seres humanos.²¹

No contexto nacional, segundo recente estudo conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o avanço mais significativo no serviço de acolhimento familiar restringiu-se ao campo normativo, posto que sua cobertura segue bastante incipiente, apesar da alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os dados do Censo SUAS de 2018, analisados pelo IPEA, registram que somente 4% das crianças em situação de acolhimento no Brasil inteiro encontram-se na modalidade de família acolhedora (LICIO, 2021).

Segundo dados colacionados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem 30.721 crianças acolhidas em 4.729 serviços de acolhimento no Brasil inteiro, com número maior nas regiões Sudeste e Sul. Destas, somente 1.401 crianças estão em acolhimento familiar, o que representa 4,6% do total. No Estado do Rio de Janeiro são contabilizados 170 serviços de acolhimento institucional e 47 de acolhimento familiar, destinados às 2.041 crianças acolhidas, nos termos desse sistema. Destas, 170 encontram-se no serviço de acolhimento familiar, o que representa 8,3% das crianças²².

²⁰ Mais informações disponíveis em: <https://what-europe-does-for-me.eu/pt/portal/2/A13>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²¹ O número de crianças que vivem em instituições no mundo é incerto e subestimado, devido à ausência de definições padronizadas do que sejam instituições de cuidado de crianças, bem como de dados uniformizados fornecidos pelos países. Os dez países com maior número de crianças institucionalizadas no mundo são: Paquistão (543 mil); Indonésia (458 mil); Índia (337 mil); Rússia (263 mil); Bangladesh (218 mil); França (150 mil); República Democrática do Congo (120 mil); Angola (109 mil), Ucrânia (100 mil) e Marrocos (97 mil). A soma das crianças que vivem em instituições nesses países atinge aproximadamente 57% das estimativas globais mundiais. (DESMOND et al. 2020, p. 375-376)

²² Sublinhamos que os dados aqui mencionados são flutuantes e mudam constantemente, conforme as saídas e entradas no sistema. Os dados evidenciados acima foram obtidos no site do CNJ. Disponível em: <https://>

A análise do último Censo SUAS²³ disponível (SNAS, 2019) indica que existem 380 unidades executoras do serviço de acolhimento em Família Acolhedora no Brasil, sendo que 126 (33,2%) encontram-se na Região Sudeste e 47,4% na Região Sul, apesar da Região Sudeste ter em acolhimento 14.800 crianças e a Sul menos da metade, 7.205 crianças, segundo dados colhidos no SNA²⁴.

Dados diversos daqueles do SNA foram extraídos do censo promovido pelo Módulo Criança Adolescente (MCA), sistema eletrônico criado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que objetiva o cadastro de todas as crianças e adolescentes inseridos nos serviços de acolhimento institucional ou familiar. Tal sistema é alimentado diuturnamente pelos órgãos da rede de proteção – entidades de acolhimento institucional e familiar, Conselhos Tutelares, Promotorias de Justiça e Juízos da Infância e Juventude (MPRJ, 2020).

Em junho de 2020, o Censo MCA registrou 196 entidades de atendimento no Estado do Rio de Janeiro, sendo que havia o total de 1.425 crianças e adolescentes acolhidas. Destes, 127 estavam em serviço de acolhimento em família acolhedora, representando 8,77% das crianças, de acordo com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2020). O Censo indica também que cerca de 30% do total da infância acolhida é de crianças da primeira infância (0 a 6 anos).

Veja-se que existe uma diferença bem expressiva nos dados apontados pelo SNA e pelo MCA. Considerando que o sistema MCA é alimentado diariamente e de forma obrigatória pelos integrantes da rede de proteção, conforme previsão da Lei Estadual/RJ n. 6.937, de 17/12/2014, consideraremos os dados deste sistema eletrônico para as reflexões que se seguirão.²⁵

O MCA foi criado em 2007, porém o primeiro censo que passou a categorizar de forma diferenciada o acolhimento familiar do institucional foi o de 2009. Desde o momento em que o MPRJ começou a analisar os dados referentes às crianças acolhidas, houve um decréscimo bastante acentuado no número de crianças em instituições ou famílias acolhedoras: redução de mais de 60%, de 3.782 crianças em 2007 para 1.425 em 2020 (MPRJ, 2020).

paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=2e4a9224-b8fe-4a85-8243-f4ccee6e4f01&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall. Acesso em: 13 fev. 2021.

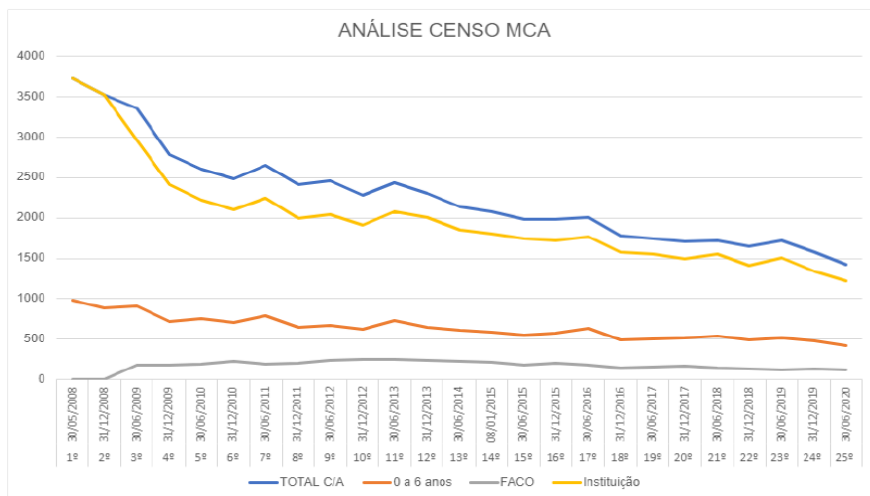
²³ “O Censo SUAS é um processo de monitoramento do Sistema Único de Assistência Social. É a coleta informações sobre os padrões de serviços, programas e projetos realizados na esfera de ação do Sistema Único de Assistência Social.” Disponível em: http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/dicivip_datain/ckfinder/userfiles/files/Censo_SUAS/2018/FAQ_CENSO_SUAS_2018_FUNDO_MUNICIPAL#:~:text=o%20Censo%20SUAS%3F-O%20Censo%20SUAS%20C%3%A9%20um%20processo%20de%20monitoramento%20do%20Sistema,Sistema%20C%3%A9Anico%20da%20Assist%20C%3AAncia%20Social. Acesso em: 13 fev. 2021

²⁴ Números colhidos em fevereiro de 2021. Disponíveis em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 13 fev. 2021.

²⁵ Lei Estadual RJ n. 6.937, de 17/12/2014, art. 1º - Fica estabelecida, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a obrigatoriedade, por parte das entidades de acolhimento familiar e institucional, dos Conselhos Tutelares e dos órgãos gestores municipais de Assistência Social, do envio de informações referentes às crianças e adolescentes afastados do convívio familiar, para o cadastro do Poder Judiciário Estadual e o Cadastro Estadual de Crianças e Adolescentes Acolhido – Módulo Criança e Adolescente (MCA).

O número de crianças e adolescentes (C/A) em serviço de acolhimento em família acolhedora (FACO), contudo, permaneceu estável, conforme podemos observar no Gráfico 1, elaborado a partir dos dados colhidos dos censos do MCA de 2008 a 2020.

Gráfico 1 – ANÁLISE CENSOS MCA 2008-2020



Fonte: Produzido pelas autoras.

Outros dados que são importantes para a análise aqui desenvolvida foram coletados com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude do MPRJ (CAO Infância). O CAO Infância desenvolveu planilha eletrônica para acompanhar os programas de famílias acolhedoras em todo o Estado do Rio de Janeiro, detalhando capacidade, quantidade de acolhidos e vagas disponíveis. Segundo tabela atualizada pelo Centro de Apoio em 11 de fevereiro de 2021, havia em todo o Estado do Rio de Janeiro capacidade para acolher 368 crianças em 15 municípios que dispõem do serviço de acolhimento familiar.

A capacidade dos programas municipais não contempla todas as crianças e adolescentes que se encontram em acolhimento no Estado do Rio de Janeiro. Frise-se que os municípios não têm envergadura sequer para acolher o total de 429 crianças da primeira infância em acolhimento no Rio de Janeiro identificado no último Censo MCA (MPRJ, 2020). Mas o fato curioso é que os serviços de acolhimento familiar não se encontram saturados, havendo somente 128 crianças ou adolescentes em famílias acolhedoras, restando, portanto, 240 vagas disponíveis nas unidades executoras municipais do Rio de Janeiro.

A ociosidade das vagas identificadas na região indica que a prioridade do acolhimento familiar frente ao institucional estampada no artigo 34, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente está sendo ignorada pelo Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

Recentemente, a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos do Governo do Estado do Rio de Janeiro remeteu ao MPRJ a listagem com os municípios que recebem verbas do cofinanciamento federal para a expansão qualificada dos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes e respectivos valores de repasse entre os anos de 2015 a 2020.

Analisando referido documento, constatamos que 59 municípios receberam valores referentes ao piso de alta complexidade I (PAC I), destinado à reordenação dos serviços de acolhimento e implantação de novas formas de atendimento adequadas à Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais e ao PNCFC²⁶. Desses 59 municípios, somente 12 possuem o serviço de acolhimento em família acolhedora, razão pela qual podemos concluir que os demais municípios investiram as verbas decorrentes do cofinanciamento em outras modalidades de acolhimento.

Desde 2009, a inclusão da criança em serviço de acolhimento familiar deverá ter preferência ao cuidado institucionalizado. Avanços discretos ocorreram, mas não em velocidade compatível com os interesses das crianças que continuam nas instituições. O referido estudo do IPEA constatou essa incipiência dos avanços e destacou que o provável motivo seria a ausência de incentivos consistentes para a ampliação dos serviços de famílias acolhedoras nos regulamentos orientadores do reordenamento dos serviços (LICIO, 2021).

Importante destacar que o PNCFC é anterior à modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente que trouxe a prevalência do serviço de acolhimento familiar. Apesar disso, o programa de famílias acolhedoras já foi ali referido, com o conteúdo explicativo sobre o serviço, mas sem os direcionamentos necessários para torná-lo prevalente (BRASIL, 2006).

Por outro lado, o Plano Nacional da Primeira Infância, atualizado em 2020, contemplou como ação estratégica a prevenção da institucionalização de crianças de 0 a 6 anos (BRASIL, 2006). Definiu como uma das propostas o oferecimento prioritário do serviço de acolhimento familiar, em caso de necessidade de aplicação da medida protetiva de acolhimento. Para tanto, listou variadas ações, como a promoção de campanhas para esclarecimento sobre o serviço de famílias acolhedoras; a capacitação dos serviços de acolhimento familiar; a articulação de ações de sensibilização sobre o serviço para todos os atores do Sistema de Garantia de Direitos, entre estes o Ministério Público (BRASIL, 2006).

Dessa forma, urge que o Ministério Público se aproprie das temáticas ligadas ao serviço de acolhimento familiar, sobretudo, acerca do financiamento e dos incentivos

²⁶ A definição do PAC I e o que a verba financia pode ser encontrada no site do Ministério da Cidadania. Disponível em: <https://bit.ly/2QzsZ1x>. Acesso em 18 fev. 2021.

necessários ao reordenamento dos serviços de acolhimento, como indicado no Estudo do IPEA, para que o panorama encontrado no Estado do Rio de Janeiro seja modificado, tornando real a preferência prevista na lei.

5. O papel do Ministério Público para impulsionar a mudança de cultura no acolhimento de crianças

Com a universalização dos direitos fundamentais e a sua positivação nas Constituições, surge o papel do Ministério Público, então já consolidado na esfera penal, como guardião dos direitos fundamentais transindividuais, ou seja, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (SOUZA, 2020).

Nesta temática, o Brasil larga na frente dos outros países com a Constituição da República de 1988, na qual o Ministério Público foi concebido como verdadeira instituição de garantia destinada, sobretudo, a assegurar a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis dos cidadãos²⁷. Deve-se conceber o Ministério Público, portanto, como uma instituição voltada para a tutela dos direitos fundamentais sociais (SOUZA, 2020)²⁸.

Para tanto, o legislador constituinte nacional dotou o Ministério Público de ferramentas para o cumprimento de sua missão constitucional. Nesse sentido é que fixou, entre suas funções, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente (art. 129, II), bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

As vantagens de se confiar a tutela dos direitos transindividuais ao Ministério Público são inquestionáveis. Primeiramente, cabe ressaltar que o *Parquet* pode agir de ofício, ou seja, sem a provocação de outras pessoas ou instituições. Em segundo lugar, o Ministério Público possui o encargo de proteger os interesses de pessoas que não possuem condições de se auto-organizar para promover a própria tutela de maneira efetiva ou que, sequer, possuem a consciência de que seus direitos estão sendo violados, como é o caso, por exemplo, de muitas crianças e adolescentes.

No campo específico da tutela dos interesses de crianças e adolescentes, o Ministério Público tem um papel crucial, posto que elas não possuem entidades representativas, tais como associações, cooperativas ou sindicatos. Muitas vezes, como dito acima, elas sequer têm consciência da violação de direitos a que estão sendo submetidas, sendo fundamental que o Ministério Público zele, de forma incansável, pela

²⁷ Art. 127, CF/88. “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.” (BRASIL, 1988)

²⁸ De acordo com Souza, o conceito de interesses sociais “permitiu, em muitos ordenamentos jurídicos, o alargamento das funções do Ministério Público para a tutela dos direitos fundamentais de natureza coletiva [...], entendidos tais como a lei dos mais fracos. [...] os interesses sociais devem ser entendidos como aqueles pertencentes à sociedade em seu todo, ou a um grupo ou classe de pessoas dentro da sociedade.” (SOUZA, 2020, p. 44 e 96)

proteção e promoção dos direitos infantojuvenis, os quais gozam da única prioridade constitucional *absoluta*, nos termos do já mencionado artigo 227 da CRFB/88²⁹.

Indaga-se, então, qual seria o instrumento mais eficaz de que pode se valer o Promotor de Justiça para garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente o sagrado direito à convivência familiar de crianças de até seis anos de idade, ante o período sensível do desenvolvimento em que se encontram.

Como já dissemos anteriormente, o Ministério Público possui diversos instrumentos legais que o permitem atuar em favor da defesa e promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Além das previsões expressas na CRFB/88, em seus artigos 127 e seguintes, como anteriormente mencionado, a Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público, em seu artigo 25, IV, repete a norma do art. 129, III, da CRFB/88, no sentido de que compete a *Parquet* promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos. Já na Lei Complementar estadual n. 106/03, com alteração proporcionada pela LC n. 113/06, o legislador fluminense detalhou, entre as funções ministeriais, o ajuizamento de inquérito civil e ação civil pública “para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados à criança e ao adolescente [...]” (BRASIL, 2006)³⁰, especificação muito bem-vinda e inexistente nos textos constitucional e federal.

Nas palavras de Lucia Ferreira e Sávio Bittencourt (2009, p. 163), “o inquérito civil é por excelência a opção mais transparente e eficaz para que se verifiquem eventuais lesões ou risco para os interesses tutelados pelo *Parquet*”. Esclarecem, ainda, que o Ministério Público tem se utilizado tanto do inquérito civil quanto da ação civil pública para averiguar e demandar a prestação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos de crianças e adolescentes.

Além desses instrumentos, para o exercício da função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, está o *Parquet* autorizado a promover as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II, CRFB/88), incumbindo-lhe, entre outras providências, por exemplo, promover audiências públicas e emitir recomendações (art. 38, II, LC 106/03).

Nos termos da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público e da Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.227/2018, sempre que tomar conhecimento de condutas que constituam lesão à ordem jurídica, ao regime democrático e aos

²⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁰ Art. 36, VI, LC 106/03.

interesses sociais e individuais indisponíveis, deverá o órgão de execução do Ministério Público adotar as providências necessárias³¹⁻³²

A Resolução GPGJ/MPRJ n. 2.227/2018 trouxe um instrumento muito interessante para a fiscalização da implantação e execução do serviço de acolhimento em família acolhedora, que é o procedimento administrativo. Nos termos do art. 32 da referida resolução, o procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado, entre outras funções, a acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições³³.

Para a fiscalização da previsão, implantação e execução do serviço de acolhimento familiar no município, o Promotor de Justiça com atribuição para a tutela coletiva dos direitos de crianças e adolescentes poderá instaurar inquérito civil com vistas a colher provas necessárias para eventual expedição de recomendação, realização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou ajuizamento de ação civil pública em face do Poder Executivo Municipal.

Entretanto, convida-se o leitor a refletir sobre a escolha de quais medidas a adotar inicialmente pelo Promotor de Justiça. Muitas vezes, o estabelecimento de uma relação adversarial entre o *Parquet* e o gestor público pode não configurar a melhor estratégia inicial, em termos de resultados concretamente obtidos ou tempo decorrido entre o início do litígio e a obtenção do resultado esperado³⁴.

Com efeito, ações civis públicas são, em sua maioria, complexas e podem levar anos para serem julgadas, considerando o tempo de citação, prazos para respostas, produção de provas, além dos recursos possíveis. Eventualmente, o deferimento de liminar antecipando a tutela pode abreviar a obtenção do resultado esperado, mas a prática mostra que, em muitos casos, há dificuldades em se obter o cumprimento de liminares, com a prestação efetiva do serviço almejado (quando este é o objeto da ação)³⁵.

Isto porque, a implantação do serviço municipal de acolhimento em família acolhedora constitui tarefa intrincada, que demanda uma série de ações por parte do

³¹ Art. 13, Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018.

³² A Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011, do CNMP estabelece, ainda, em seu art. 9º que “Em virtude do art. 50, §11, do ECA, o membro do Ministério Público deverá adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis visando à efetiva implementação dos programas de acolhimento familiar no âmbito dos Municípios, em conformidade com a legislação vigente e com a normatização do Sistema Único de Assistência Social.”

³³ Art. 32, Resolução GPGJ/MPRJ nº 2.227: O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a: I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado judicialmente e apurar notícias de descumprimento de cláusulas de compromisso de ajustamento de conduta; II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições; III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis; IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil.

³⁴ Nesse sentido, Barros afirma que “O grande problema atual é se querer tratar o processo coletivo a partir de uma lógica individualista, mantendo, mesmo na tutela coletiva judicial, o modelo de um processo bipolar (entre duas partes), adversarial e dirigido à produção de provas e alcance de um provimento voltado para o passado, com objetivo meramente reparatório.” (BARRROS, 2020. p. 54)

³⁵ Art. 3º, Lei 7.347/85: A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Poder Executivo municipal, tais como a previsão de recursos no orçamento municipal; a contratação de equipe técnica especializada; a atratividade de famílias voluntárias; a constante capacitação dos membros da equipe técnica e dos integrantes das famílias acolhedoras.

Além disso, faz-se necessária a promoção de verdadeira mudança de cultura na gestão municipal do acolhimento de crianças e adolescentes. Cada Promotor de Justiça, ao exigir a implementação do serviço de acolhimento familiar no município, poderá enfrentar resistências culturais e estruturais comprometidas com a institucionalização. Nelson, Fox e Zeanah (2014) constataram que uma vez que o país investe em instituições, pressões econômicas operam para perpetuar esse sistema.

Por outro lado, no Brasil, começa a ganhar força a doutrina que defende a instauração de processos coletivos estruturais para a solução de litígios estruturais. Define-se o litígio estrutural como o litígio irradiado, ou seja, aquele cuja violação afeta diferentes grupos e, segundo nos ensina Marcus Aurélio de Freitas Barros:

[...] no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. O ponto-chave, portanto, dessa categoria de litígio é a falha estrutural no órgão ou na instituição responsável pela violação. (BARROS, 2020, p. 29-30)

Esclarece Daher (2020), ainda, que os litígios estruturais dizem respeito a um valor constitucional ainda não implementado ou implementado de forma não integral no cenário social, repercutindo de maneira ampla em diversos interesses.

Como já vimos anteriormente, no Brasil, na grande maioria dos seus municípios, o desafio da implantação e funcionamento do serviço de acolhimento em família acolhedora é enorme. Enquanto o acolhimento familiar já é realidade em muitos países mundo afora, aqui, infelizmente, a regra ainda é o acolhimento institucional, violando o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar, conforme constatação já referida anteriormente por Sérgio Kreuz (2012).

A implementação do serviço de acolhimento familiar pode se revelar como verdadeiro litígio estrutural, já que litígios estruturais decorrem do modo como uma determinada estrutura burocrática funciona, sendo esta forma de operar a causa da violação de direitos, de modo que a solução do litígio envolve a reestruturação de tal organização (BARROS, 2020). O Poder Judiciário fica, portanto, incumbido de reestruturar toda uma organização para eliminar a ameaça aos valores constitucionais, imposta pela estrutura institucional existente³⁶, resolvendo o problema de forma prospectiva.

³⁶ Idem, p. 32.

A tarefa, evidentemente, não é fácil, pois implica interferir em políticas públicas, exigindo um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujos resultados de sua implementação necessitam de fiscalização e intervenção continuada. Para tanto, o Poder Judiciário deve estar munido de estrutura para lidar com litígios de tamanha magnitude.

Embora o processo estrutural seja uma alternativa interessante, este, por sua natureza, também pode levar bastante tempo entre o ajuizamento da ação³⁷, o proferimento de sentença e a obtenção do resultado almejado.

Outra via para o Promotor de Justiça, dependendo das características do município e da sua interlocução com o gestor público, pode ser o caminho extrajudicial, através da instauração de procedimento administrativo para acompanhar a política pública municipal de acolhimento familiar. No curso do referido procedimento, o promotor poderá requisitar ao Conselho Municipal de Assistência Social o mapeamento dos serviços socioassistenciais ofertados no município, destinados a crianças e adolescentes, para conhecer como funcionam, participar de reuniões com o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) e com os Conselhos Tutelares, entendendo as demandas de cada órgão, verificar se no município já existe Plano Municipal de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, de competência do CMDCA, e, ainda, se existem planos e eventuais estratégias no âmbito estadual, a fim de evitar dissensos quanto ao planejamento de tal política pública.

Caso verifique, no curso do procedimento instaurado, que não existe o serviço de acolhimento familiar implantado e/ou funcionando no município, o Promotor de Justiça poderá optar por, ao invés de ajuizar de pronto uma ação judicial contra o município com pedido de implementação do referido serviço, entrar em contato com o CMDCA e com a prefeitura municipal, preferencialmente através de reuniões com seus integrantes, sensibilizando-os sobre a importância do ambiente familiar para o desenvolvimento humano, esclarecer sobre a preferência constitucional e legal do serviço em relação ao acolhimento institucional e exemplificar as experiências positivas no Brasil e no mundo com a sua implementação.

Um ponto fundamental que o Promotor de Justiça deverá apontar para os conselheiros do CMDCA é a obrigatoriedade de aplicação de verbas do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para o serviço de acolhimento familiar. Com efeito, dispõe o art. 260, § 2º do ECA:

Os conselhos nacional, estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente fixarão critérios de utilização, por meio de planos de aplicação, das dotações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a

³⁷ Ação Civil Pública com pedido de implantação do serviço de acolhimento familiar no município.

forma de guarda, de crianças e adolescentes e para programas de atenção integral à primeira infância em áreas de maior carência socioeconômica e em situações de calamidade. (ECA, 2019)

Observe-se que o legislador estabeleceu a determinação do CMDCA, gestor do Fundo Municipal do Direito da Criança e do Adolescente (FMDCA), de fixar critérios de utilização das verbas do fundo para incentivo de acolhimento sob a forma de guarda, que abrange necessariamente o serviço de acolhimento familiar, sem excluir outras formas de acolhimento sob guarda que o legislador venha a prever.

O fato inegável é que o acolhimento sob guarda, o que inclui necessariamente o acolhimento familiar, foi definido pelo legislador federal, no ECA, como serviço público destinatário, necessariamente, de percentual de verbas do FMDCA e isso precisa ser cumprido pelos integrantes do CMDCA quando da elaboração dos respectivos planos de aplicação.

Por sua vez, na elaboração do plano de aplicação pelo CMDCA, este deve ser incluído na Lei Orçamentária Anual (LOA) municipal, obrigando o gestor público a executá-la.

Todas essas obrigatoriedades legais devem ser cumpridas pelo Poder Público municipal e cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei. Vale lembrar que o rol de mecanismo de ação do Ministério Público previsto na legislação pátria não é taxativo, “podendo ser empregado qualquer meio legítimo e adequado para a defesa e a concretização dos direitos afetos às atribuições da instituição.” (DAHER, 2020, p. 90)

O que se mostra essencial é que o Promotor de Justiça estabeleça canal de diálogo com a sociedade e com o poder público, ouça as demandas das instituições e pessoas envolvidas, entenda as dificuldades enfrentadas e se disponibilize para orientar o caminho a seguir. Para tanto, é preciso proatividade para sair do seu gabinete, ir ao encontro das pessoas através de reuniões, conferências e audiências públicas, ou outra forma de participação social.

Da mesma forma, o Promotor de Justiça, para potencializar sua atuação na promoção da implementação do serviço de acolhimento em família acolhedora, precisa ter em mãos o diagnóstico do município em que atua, conhecendo os integrantes do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes, obter dados sobre o número de crianças existentes no município, com o essencial recorte sobre as crianças na primeira infância, o número e o perfil de crianças afastadas da família de origem e o número de vagas ofertadas e preenchidas em serviço de acolhimento institucional.

Compreende-se que a implementação de serviços públicos é de atribuição e responsabilidade do gestor público que, no âmbito municipal, é do prefeito, como chefe do Poder Executivo local, mas sabe-se que o Ministério Público, como guardião dos direitos assegurados na Constituição da República (art. 129, II), possui o dever de assegurar que o direito fundamental à convivência familiar de crianças, adolescentes

e jovens (art. 227) seja respeitado pelo Poder Público e, para tanto, deve envidar todos os esforços necessários à sua efetivação.

Neste sentido, o Presidente da Comissão da Infância, Juventude e Educação do Conselho Nacional do Ministério Público apresentou recentemente ao Presidente do CNMP proposta de Recomendação dispondo sobre a atuação do Ministério Público com o fim de fomentar a implantação do serviço de acolhimento familiar.

O referido documento visa à concentração de esforços na atuação do MP para garantir o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, sugerindo aos membros que oficiam na defesa dos direitos infantojuvenis que busquem fomentar junto ao poder público a implantação e o reordenamento de políticas de prevenção e de proteção à família, bem como a criação de serviços de acolhimento familiar, em substituição aos serviços de acolhimento institucional.

O referido documento, se transformado em Recomendação, pode constituir-se em importante passo do CNMP para interromper a cultura de institucionalização no Brasil, tão enraizada e, por vezes, naturalizada em nossa sociedade.

6. Conclusão

Muitos dos que estudam o direito das crianças já devem ter escutado o aforismo baseado no provérbio africano de que é “preciso uma aldeia para cuidar de uma criança”. O Ministério Público deve se enxergar como parte desta aldeia, possibilitando que seus direitos fundamentais sejam garantidos, promovidos e concretizados.

O acolhimento familiar é realidade em vários países do mundo, em consonância com os estudos científicos acerca da necessidade do cuidado dedicado e individualizado, sobretudo, para as crianças que se encontram na primeira infância, a janela de oportunidades para o pleno desenvolvimento humano.

Certo é que a mudança de uma cultura de acolhimento institucional não acontece do dia para a noite, mas passos lentos demais prejudicarão o desenvolvimento de milhares de crianças que se encontram em ambientes inadequados para o seu cuidado. O tempo da primeira infância urge e impõe proatividade de todos os integrantes da aldeia configurada pelo Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. Alguns meses podem significar muito pouco para um adulto, mas para as crianças podem significar a falta de oportunidade de uma vida inteira.

Resistências à transição do paradigma de acolhimento institucional para o familiar podem ser encontradas inclusive dentro do próprio Ministério Público. Nesse sentido, constatou-se que um possível entrave com a implementação preferencial, prevalente e exclusiva do acolhimento familiar pode ser encontrado no Guia de Atuação para Promotores de Justiça da Criança e do Adolescente para a garantia do direito à convivência familiar e comunitária do Conselho Nacional do Ministério Público. Nesse documento, explica-se em que consiste o serviço de acolhimento familiar, para depois limitar essa modalidade para crianças e adolescentes com “possibilidade de retorno à

família de origem, ampliada ou extensa, salvo casos emergenciais, nos quais inexistam alternativas de acolhimento e proteção.” (CNMP, p. 23)

Também pode se encontrar essa resistência entre magistrados, conselheiros de direitos, conselheiros tutelares, psicólogos e assistentes sociais, pelo temor do sofrimento que possa ser causado às crianças pelo que costumam chamar de “rompimento do vínculo”. Porém, a ciência nos provou que a inexistência de vínculo de afeto é o que há de mais devastador para o desenvolvimento humano.

Decerto que as instituições brasileiras não são aquelas que propiciaram os estudos desenvolvidos na Romênia. Muitas delas têm qualidade e são fiscalizadas por vários atores da rede de proteção, principalmente pelo Ministério Público³⁸. Uma boa instituição, porém, nunca será melhor que uma família acolhedora adequadamente capacitada, treinada e acompanhada pelos profissionais do serviço.

Urgente e indispensável, portanto, a abolição do cuidado institucional para as crianças acolhidas que se encontram nas diversas primeiras infâncias de nosso país. Na caminhada para efetivação de direitos, seguindo o norte indicado pela utopia de Eduardo Galeano, crianças da primeira infância devem ser acolhidas em ambiente familiar, treinado e capacitado para viabilizar o vínculo e o apego seguro.

Não se ignora, no entanto, as problemáticas que podem surgir com a implantação do serviço de acolhimento em família acolhedora, tais como: as dificuldades em se atrair famílias interessadas em prestar o serviço; as resistências de algumas famílias de continuarem integrando o serviço após eventual sofrimento quando do desligamento da criança; a manutenção da qualidade do serviço de capacitação das famílias acolhedoras; a discussão sobre o valor do subsídio mensal para as famílias acolhedoras etc. Os percalços existirão, como em qualquer serviço, e devem ser encarados, estudados e debatidos.

O escopo do presente estudo é abrir o diálogo e provocar o leitor, especialmente o integrante do Ministério Público, a refletir sobre a imperiosidade da implementação e funcionamento do serviço de acolhimento familiar para a primeira infância no Brasil, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, ante a necessidade de atender ao superior interesse da criança de viver em ambiente familiar e à sua condição de sujeitos de direitos e de cidadãos, desde que um bebê, sem esquecer que o acolhimento, seja institucional ou familiar, é excepcional e provisório, devendo durar apenas o tempo necessário à reintegração familiar ou à colocação em família substituta.

Conforme relatado por um pai acolhedor de uma família entrevistada, ele se sente como uma ponte entre a família de origem e a família adotiva. (GORRERI, 2020) Na verdade, essa ponte pode ser uma via de segurança para o próprio retorno à família de origem. O que importa é que essa ponte seja segura o bastante para sustentar o cuidado delicado e exclusivo que todo ser humano merece em seu começo da vida.

³⁸ Segundo a Nota Técnica n. 91 do IPEA, o Ministério Público é o órgão que mais realizou visita, inspeção ou supervisão no serviço de acolhimento institucional nos últimos doze meses (p. 12).

Referências Bibliográficas

ABUCHAIM, Beatriz de Oliveira (redação). *Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II*. Org. Comitê Científico do Núcleo pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2016.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução de Dora Flaksman 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

BAPTISTA, Rachel Fontes; ZAMORA, Maria Helena. *Infâncias em famílias acolhedoras: perspectivas e desafios da reintegração familiar*. Rio de Janeiro, 2018. Tese (Doutorado em Psicologia), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 215 p. 2018.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios ao processo coletivo estrutural: novo horizonte para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte, São Paulo. D'Plácido. 2020.

BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BÖING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida. *Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2004000300006. Acesso em: 24 jan. 2021.

BOWLBY, John. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Tradução Álvaro Cabral. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

BOYCE, W. Thomas. *A criança orquídea: Por que algumas crianças têm dificuldades e o que fazer para que todas floresçam?* Trad. Renato Marques. Rio de Janeiro: Objetiva. E-book. 406p.

BOYSSON-BARDIES, Bénédicte de. O papel da Prosódia na Emergência da Linguagem como Estrutura Intencional dentro e a partir de uma Estrutura Biológica. In: SOULÉ, Michel; CYRULNIK, Boris. *A inteligência anterior à palavra: novos enfoques sobre o bebê*. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes*. 2ª ed. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 13 fev. 2021.

CELERI, Eloisa Helena; JACINTHO, Antonio Carvalho; DALGALARRONDO, Paulo. Charles Darwin: um observador do desenvolvimento humano. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 558-576, dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142010000400002. Acesso em: 07 fev. 2021.

CECCATTY, Max Pavans de. A inteligência Pré-Verbal e a Evolução Biológica dos Sinais aos Símbolos. In: SOULÉ, Michel; CYRULNIK, Boris. *A inteligência anterior à palavra: novos enfoques sobre o bebê*. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

CENSO DA POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL ACOLHIDA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020. 1235p. Disponível em: http://publicacao.mprj.mp.br/mca/censo_2020/. Acesso em: 10 fev. 2020.

CENSO SUAS 2019. Secretaria Nacional de Assistência Social. <http://aplicacoes.mds.gov.br/snas/vigilancia/index2.php>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *O direito à convivência familiar e comunitária e a implementação do serviço de família acolhedora*. Orientação Conjunta 01/2020. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=5302>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Disponível em: <https://bit.ly/2NUOvgf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Proposição apresentada dispõe sobre atuação do Ministério Público em relação à promoção do fortalecimento do serviço de acolhimento familiar*. Disponível em: <https://bit.ly/3u31fT3>. Acesso em 26 fev. 2021.

CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Deliberação n.º 1.321/2019 ASDH/CMDCA. *Dispõe sobre a alteração do Plano de Aplicação Financeira do Fundo Municipal para Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente da Cidade do Rio de Janeiro – Exercício 2019*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/10683763/4261829/Del1321AlteraoPlanodeAplicacao2019convertido.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

COSTA, Joana Simões de Melo Costa. *Funções executivas e desenvolvimento infantil: habilidades necessárias para a autonomia: estudo III / organização Comitê Científico do Núcleo Ciência pela Infância*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal - FMCSV, 2016.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 33

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. Tradução de Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo. RT, 2003. In: AMIN, Andrea. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos*

teóricos e práticos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIBERDÚVIDAS. *Ver para crer*. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/ver-para-crer/5640>. Acesso em: 07 fev. 2021.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DESMOND et al. Prevalence and number of children living in institutional care: global, regional, and country estimates. *Lancet Child Adolescent Health*: 2020; vol. 4: p. 370–77. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/>. Acesso em: 14.mar. 2021.

DOLTO, Françoise. *A causa das crianças*. 3. ed. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

DUARTE, Cláudia Turner P. *Justiça, crianças e a família*. Curitiba: Juruá, 2018.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira; BITTENCOURT, Sávio Renato. O Ministério Público como Agente Garantidor do Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes Abrigados. In: *Ministério Público e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 151-171.

FORDHAM, Michael. *A criança como indivíduo*. São Paulo: Cultrix, 1994.

GERHARDT, Sue. *Why Love Matters: How Affection Shapes a Baby's Brain*. Second edition published 2015 by Routledge, 27 Church Road, East Sussex, BN3 2 FA and by Routledge, 711, Third Avenue, New York, NY 10017.

GOLDMAN, Philip et al. *Institutionalisation and deinstitutionalisation of children 2: policy and practice recommendations for global, national, and local actors*. *Lancet Child Adolesc Health* 2020; 4: 606–33. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GORRERI, Márcio Sérgio. *Entrevista concedida à Luciana Carvalho e Viviane Silva via plataforma Teams*. Rio de Janeiro, 04 set. 2020.

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. *Levando os Direitos das Crianças a Sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 522p., 2019.

IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna*. Orientador: Nelson da Silva Junior. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/39InLgm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Nota Técnica 91: Filhos "Cuidados" Pelo Estado: O que nos Informa o Relatório do Ipea Sobre o Reordenamento dos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37434&Itemid=9. Acesso em: 10 fev. 2021.

PALACIOS, JESÚS. *Parte 1 - manhã - 12/03 - Promovendo a convivência familiar para a primeira infância do estado do RJ*. Canal do IERBB MPRJ, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6coPHLldRtc>.

KISIL, Marcos; FABIANI, Paula. *Primeira infância: panorama, análise e prática*. São Paulo: Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social (IDIS): 2015.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012. 186p.

LICIO, Elaine Cristina *et al.* *Filhos "Cuidados" pelo Estado: o que nos informa o relatório do IPEA sobre o reordenamento dos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes*. Brasília: Livraria IPEA, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2NUersm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NELSON, Charles; FOX, Nathan; ZEANAH, Charles. *Romania's abandoned children: deprivation, brain development, and the struggle for recovery*. Cambridge/EUA: Harvard University Press, 2014.

PERES, Andréia. BAUER, Marcelo. (Coord). *Da ciência à prática: os programas de apoio ao desenvolvimento infantil na América Latina*. São Paulo: Cross Content, 2018.

PERRY, Bruce D. *O menino criado como cão: o que as crianças traumatizadas podem nos ensinar sobre perda, amor e cura*. Tradução Vera Caputo. São Paulo: nVersos, 2020.

REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA. *Plano Nacional Primeira Infância: 2010 - 2022 | 2020 – 2030*. 2ª ed. (revista e atualizada). Brasília, DF: RNPI/ANDI, 2020. Disponível em: <https://omlpi-strapi.appcivico.com/uploads/1d13552caa9c4d73b7ffcdeeba34af59.pdf>. Acesso em 13 fev. 2021.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil – 3 ed.* – São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 499p.

SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Piso de Alta Complexidade*. Disponível em: <http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-social/pse-protacao-social-especial/pisos-pse/piso-de-alta-complexidade>. Acesso em: 18 fev. 2021.

SHONKOFF, Jack P.; PHILLIPS, Deborah A. *From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development*, National Research Council 2000. *From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development*. Washington, DC: The National Academies Press. Disponível em: <https://doi.org/10.17226/9824>. Acesso em: 06 fev. 2021.

SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SOUZA, Rafaela. *Organização das Nações Unidas (ONU)*. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/onu.htm>. Acesso em: 10 jan. de 2021.

SPITZ, René. *O primeiro ano de vida*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

TOLEDO, Maria Barbara. Aula ministrada no curso de Pós-Graduação Crianças, Adolescentes e Famílias do IERBB/MPRJ e FEMPERJ no dia 23 de set. 2019. Gravação acessível no acervo físico do IERBB/MPRJ.

VALENTE, Jane. *Família acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento*. São Paulo: Paulus, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente: novo curso, novos temas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 11.

WALLON, Henri. *Do Ato ao Pensamento: ensaio de psicologia comparada*. 2. ed. Petrópolis: Vozes. 2015.

WINNICOTT, Donald W. *A criança e o seu mundo*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

WINNICOTT, Donald W. *Os bebês e suas mães*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

WHAT EUROPE DOES FOR ME. *Crianças em instituições de acolhimento*. Disponível em: <https://what-europe-does-for-me.eu/pt/portal/2/A13>. Acesso em: 10 fev. 2021.

A cassação da aposentadoria do servidor público

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza da previdência do servidor público. 3. Pena administrativa de cassação do provento. 4. Manifestação da Doutrina. 5. Posicionamento dos Tribunais. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente estudo aborda a subsistência da pena de cassação da aposentadoria em nosso ordenamento jurídico, com a conseqüente suspensão do pagamento da pensão, frente às recentes inovações constitucionais que impuseram a contribuição direta dos servidores para o custeio dessa vantagem. Isso porque agora, para alguns juristas, o benefício em questão teria natureza contratual, fato que não vem sendo reconhecido nem pelo Supremo Tribunal Federal nem por inúmeros doutrinadores.

Abstract

The present study addresses the subsistence of the retirement penalty in our legal system, with the consequent suspension of the payment of the pension, in view of the recent constitutional innovations that imposed the direct contribution of the civil servants to defray this advantage. This is because now, for some jurists, the benefit in question would have a contractual nature, a fact that has not been recognized either by the Federal Supreme Court or by numerous indoctrinators.

Palavras-chaves: Aposentadoria. Cassação. Proventos.

1. Introdução

Questão singular, que vem se apresentado no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento das Emendas à Constituição Federal nº 3/93, 20/98, 41/2003 e 103/2019 que estabeleceram a compulsoriedade da contribuição previdenciária dos funcionários públicos para custear os seus proventos de aposentadoria, é aquela referente a saber se subsiste a vigência de preceitos análogos ao art. 134 da Lei Federal nº 8112/90, que concebem a demissão de servidores

* Especialista em Direito Político. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Processo Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS (UNISINOS).

já inativados, por ilícitos praticados quando no exercício da função estatal, com a consequente cassação dos estípidios.

Isso porque agora os subsídios de aposentadoria não corresponderiam mais a uma mera concessão graciosa do Estado, em decorrência do anterior exercício da função pública, mas seriam custeados, pelo menos em parte, pela contribuição direta dos servidores, mediante o desconto em seus vencimentos.

É o que passaremos a fazer.

2. Natureza da previdência do servidor público

Como assinala com o costumeiro acerto um dos maiores professores de direito público francês de todos os tempos, o insuperável LEON DUGUIT¹ a esfera jurídica dos servidores públicos, bem como os seus direitos, integram o Regime Estatutário, o qual "*constitue essentiellement une situation de droit objectif résultant directement de l'application du droit objectif formulée par les lois et règlements du service public considéré*".

Com relação ao direito à aposentadoria e aos proventos dela decorrentes, sustenta GASTON JÈZE² que "*la pension n'a aucun caractère contractuel. Le regime juridique, dans tous ses détails, est fixe par la loi et par des règlements d'administration publique*".

Em sendo assim, ela é integralmente disciplinada pelo direito objetivo, não podendo a administração ou funcionário alterar essa situação a seu favor.

Quanto ao seu fundamento, antigamente tal benefício, e como asseverou com a costumeira correção MODESTINO PETROZZIELLO, era considerado um ato gracioso do Estado, um verdadeiro privilégio ou favor, concedido ao agente público que tivesse servido fielmente a coletividade.

Isso é o que atesta o administrativista italiano acima invocado, que após afastar a identificação do instituto em questão com o vencimento ou com um seguro atribuído ao servidor, consignou:

*Si potrebbe qui osservare che questa tutela concessa alla pensione acquisti un carattere anche più spiccato di privilegio che non per lo stipendio. (...) Bisogna, quindi, concludere che lo Stato, per atto di favore verso coloro che lo hanno fedelmente servito, continui a tutelarne i mezzi di esistenza, pur dopo la cessazione del rapporto.*³

Posteriormente, como lembra ALAIN PLANTEY, houve sensível evolução no entendimento dessa questão, passando a se reconhecer que a percepção dos

¹ - *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing & C^a Editeurs, 1930, volume 3, p. 159.

² - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 815, e, também, *Principios Generales Del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, II, p. 437.

³ - *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Società Editrice Libreria, Milão, 1935, p. CCCLXXV/CCCLXXVI.

proventos constituiria um direito do preposto do Estado, sendo imposto ao mesmo, inclusive, a obrigação de contribuir para o seu custeio.

Semelhante quantitativo (a contribuição compulsória) seria destinado ao tesouro, não sob a forma de capitalização, mas sim para auxiliar o financiamento de tais pagamentos aos atuais e futuros aposentados, na forma de repartição.

Foi o que tal mestre consignou, *verbis*:

846 – La pension n'est cependant pas une rente viagère. Si une retenue mensuelle de 6% est effectué sur le traitement des agents en activité, elle ne correspond pas à une capitalisation individuelle ou collective. Les sommes, loin de constituer le capital des pensions à venir, sont reversées au Trésor public qui supporte la charge des pensions actuelles: c'est le système de la répartition⁴.

No Brasil, após o advento das Emendas Constitucionais nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/2019, restou profundamente alterado o regime próprio de previdência dos servidores públicos, que se tornou, fundamentalmente, *contributivo, solidário e, posteriormente, limitado*, eis que foi acolhido o teto do Regime Geral.

Até o advento da EC nº 3/93, o sistema era totalmente custeado pelo Poder Público, através da receita dos impostos, sendo que após a crise da previdência, num primeiro momento, ele passou a ter caráter contributivo, quando o servidor arcava, pelo menos em parte, com o custo da concessão de seus futuros proventos e, numa segunda etapa, após a EC nº 41/93, se tornou solidário, momento em que contribuição passou a ser exigida mesmo após a inativação, agora para auxiliar o financiamento do benefício a terceiros. Por fim, ele restou limitado no que diz com o montante dos estípedios, em razão da adoção do teto do Regime Geral para os novos servidores.

Resta saber, se frente a essa nova realidade, subsistem comandos normativos semelhantes ao art. 134 da Lei Federal nº 8112/90.

3. Pena administrativa de cassação do provento

Como é do conhecimento geral, e foi magistralmente reconhecido pelos administrativistas peninsulares ENRICO RASPONI⁵, CINO VITA⁶ e GUIDO ZANOBINI⁷, toda norma disciplinar tem um caráter preceptivo e outro punitivo.

Tanto isso é verdade, que aquele saudoso jurista assinala que:

⁴ - *Traité Pratique de la Fonction Publique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1956, p. 300.

⁵ - *Il Potere Disciplinare*, Editora CEDAM, 1942, p. 93/4.

⁶ - *Il Potere Disciplinari Sugli Impiegati Pubblici*, Società Editrice Libreria, Milão, 1913, p. 3.

⁷ - *Le Sanzioni Amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924, p. 1/2.

[s]i distingue nel potere disciplinare, como si è visto, un contenuto precettizio ed uno punitivo. Il primo, logicamente precedente l'altro, per quanto di esso meno appariscente, consiste nel dettare le regole di condotta vigenti in quel determinato ordinamento giuridico. (...) La seconda parte del contenuto di questo potere, cioè quella punitiva, consiste nell'applicare ai trasgressori di quella disciplina le sanzioni proprie del suo sistema, che como si é accennato, riservandoci di dimostrarlo a suo luogo, hanno sempre carattere obbiettivo di pena.⁸

No processo administrativo disciplinar referente aos funcionários públicos, e como bem sustenta MARCELO CAETANO⁹, o escopo dessa imputação é “conservar, melhorar e aperfeiçoar o serviço, fazê-lo corresponder ao seu fim especial”.

É dentro dessa realidade que deve ser interpretado o art. 134 da Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) e, também, o comando normativo que o precedeu, o art. 212 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei Federal nº 1.711/52).

Tais preceitos contam com a seguinte redação:

Art. 212. Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o inativo: I – praticou falta grave no exercício do cargo ou função; II – aceitou ilegalmente cargo ou função pública; III – aceitou representação de Estado estrangeiro sem previa autorização do Presidente da República; IV – praticou usura em qualquer de suas formas.

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

O intuito desses ditames, e como é mais do que evidente, é compelir o agente público a agir de forma correta quando do desempenho de suas funções, sob pena de, em caso contrário, mesmo após inativado, perder o benefício dos proventos.

Resta verificar, a esta altura, se tais dispositivos subsistem frente às inovações constitucionais acima referidas (EC nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/2019), notadamente agora quando foi instituída uma contraprestação do servidor para a percepção dos estipêndios da aposentadoria.

⁸ - *Opus citatum*, p. 93/4.

⁹ - *Do Poder Disciplinar*, Coimbra, 1932, p. 43.

4. Manifestação da Doutrina

Em princípio, há divergência entre os juristas pátrios e estrangeiros a respeito da manutenção de regras que facultam a cassação do direito à percepção dos proventos, nas situações acima referidas.

Não censuram esses comandos, entre outros, ALLAIN PLANTEY¹⁰, MODESTINO PETROZZIELLO¹¹, GASTON JÈZE¹², GUIDO ZANOBINI¹³ e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI¹⁴.

Posicionando-se em sentido contrário a essa medida, que teria a natureza de confisco, VITTORIO EMANUELLE ORLANDO¹⁵, PIETO VIRGA¹⁶, OTTO MAYER¹⁷, MARCELO CAETANO¹⁸, GUIMARÃES MENEGALE¹⁹ e IVAN BARBOSA RIGOLIN²⁰.

Quem também se manifestou sobre essa matéria foi a insigne Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²¹, em trabalho publicado no site *Consultor Jurídico* de 16/04/2015, intitulado “*Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores*” momento em que examinou as inovações constitucionais nessa área.

Pela elevada expressão desse estudo, impõe-se transcrever significativa passagem, *verbis*:

Antes da instituição do Regime Próprio do Servidor, a aposentadoria era um direito decorrente do exercício do cargo, financiado inteiramente pelos cofres públicos, sem contribuição do servidor, da mesma forma que outros direitos previstos na legislação constitucional e estatutária, como a estabilidade, a remuneração, as vantagens pecuniárias, as férias remuneradas. Note-se que a pensão, ao contrário dos outros direitos ligados ao cargo, já tinha natureza previdenciária contributiva, desde longa data.

Ocorre que houve declarada intenção do governo de aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado. Tanto assim que o artigo 40, § 12, da Constituição manda

¹⁰ - *Opus citatum*, p. 299.

¹¹ - *Opus citatum*, p. CCCLXXIII.

¹² - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 835, e, também, *Principios Generales Del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, 1949, v. II2, p. 456/457)

¹³ - *Corso di Diritto Amministrativo*, Dott A. Giuffrè Editore, Milão, 1946, v. 3, p. 99.

¹⁴ - *Direito e Processo Disciplinar*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 172.

¹⁵ - *Principii di Diritto Amministrativo*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1925, p. 135.

¹⁶ - *Il Pubblico Impiego*, Editora Giuffrè, Milão, p. 720.

¹⁷ - *Le Droit Administratif Allemand*, V. Giard & E. Brière, 1906, tomo 4º, p. 96, e, também, *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, volume 4, p. 92.

¹⁸ - *Manual de Direito Administrativo*, Editora Almedina, Coimbra, 1986, v. 2, p. 779.

¹⁹ - *O Estatuto dos Funcionários*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, 1962, v. 2, p. 621/2.

²⁰ - *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis*, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995, p.233/4.

²¹ - Trabalho publicado no site *Consultor Jurídico* de 16/04/2015, intitulado “*Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores*”.

aplicar ao Regime Próprio, no que couber, os “requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social”.

Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse “comprando” o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.

Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão.

(...)

O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes, mas têm que contribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que a contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, a contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu.

A solidariedade não afasta o direito individual dos beneficiários, já que o artigo 40 da Constituição define critérios para cálculo dos benefícios, a saber, dos proventos de aposentadoria e da pensão, nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Não há dúvida de que a contribuição do servidor, quando somada aos demais requisitos constitucionais, dá direito ao recebimento dos benefícios.

(...)

A relação entre benefício e contribuição decorre de vários dispositivos da Constituição, mas consta expressamente do artigo 40, parágrafo 3º. O que ocorre é que a legislação estatutária não se adaptou inteiramente ao novo regime de aposentadoria e continua a prever a pena de cassação de aposentadoria, sem levar em consideração que ela se tornou incompatível com o regime previdenciário. Além disso, há uma resistência grande dos entes públicos em abrir mão desse tipo de penalidade, seja por não terem tomado consciência das consequências de alteração do regime do servidor, seja por revelarem inconformismo com a incompatibilidade da referida penalidade com o regime previdenciário contributivo agora imposto a todos os servidores.

Resta verificar, a esta altura, o posicionamento dos Tribunais Brasileiros.

5. Posicionamento dos Tribunais

A questão jurídica aqui abordada tem sido constantemente apreciada pelos colegiados do nosso País.

Antes do advento das EC nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/19, o *Supremo Tribunal Federal* enfrentou tal controvérsia, através do Tribunal Pleno, quando do julgamento do *Mandado de Segurança nº 21.948-RJ*, da relatoria do emérito *Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA*, momento em que afastou qualquer alegação de inconstitucionalidade em decorrência da ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, em aresto cuja ementa restou assim configurada:

Mandado de Segurança. Demissão. Procurador autárquico. 2. Alegação de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 127, da Lei n. 8.112/1990, ao estabelecerem entre as penalidades disciplinares a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Sua improcedência. A ruptura do vínculo funcional é prevista no art. 41, § 1º, da Constituição. Houve, no caso, processo administrativo, onde assegurada ao impetrante ampla defesa. A demissão decretou-se por valer-se o impetrante do cargo, em detrimento da dignidade da função pública e desídia. Lei n. 8.112/1990, art. 117, incisos IX e XI. 3. Não

cabe, em mandado de segurança, penetrar na intimidade das provas e fatos de que resultou o processo disciplinar. 4. Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade. 5. Autonomia das instâncias disciplinar e penal. 6. Mandado de segurança indeferido.²²

Nesse mesmo sentido, e como não poderia deixar de ser, é o teor do *Mandado de Segurança nº 22.728-PR*, da relatoria do insigne Ministro MOREIRA ALVES, *verbis*:

Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. – Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei n. 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. – Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (artigo 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei n. 8.112/90). – Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. – A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito do mandado de segurança. – Inexistência do bis in idem pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da Súmula 19 desta Corte. – Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. – Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado.²³

Tal posicionamento foi mantido mesmo após o advento das EC nº 3/93, 20/98 e 41/03.

²² - RTJ 157/549 e seguintes.

²³ - RTJ 179/629 e seguintes.

É o que se apreende do teor do *Mandado de Segurança nº 23.299-SP*, da lavra do *Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE*, vazado nos seguintes termos:

I – Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (Lei 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II – Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III – Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV – Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicação e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.²⁴

Não é diverso o conteúdo do *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.533-DF*, julgado em março de 2005, tendo como relator o mesmo *Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE*, sendo que da sua ementa consta:

Servidor público: cassação de aposentadoria: processo administrativo disciplinar: validade: inexistência das nulidades apontadas: ampla defesa assegurada, prescrição não consumada, inviabilidade, no mandado de segurança, de reabrir a discussão das razões de fato e das provas que levaram à pena imposta ao servidor.²⁵

Semelhante entendimento foi reiterado por este mesmo colegiado, e com idênticos fundamentos, quando da apreciação do *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.557-7*, da relatoria do não menos ilustre *Ministro CARLOS VELLOSO*, dotado do seguinte extrato:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA: IMPROCEDÊNCIA. Lei 8.112/90. I – Processo administrativo disciplinar: o quadro orgânico da legalidade no que toca à apuração de faltas disciplinares dos servidores públicos, na forma da Lei 8.112/90. II – Servidor público submetido a processo

²⁴ - RTJ 182/161 e seguintes.

²⁵ - RTJ 194/209 e seguintes.

administrativo de forma regular, no qual foi-lhe assegurado o direito de defesa. Inocorrência de cerceamento de defesa. III – O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29/09/94, “DJ” de 07/12/95. IV – Inocorrência de violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade. V - R.M.S. não provido.²⁶

Para encerrar, deve-se apontar o *Agravo Regimental no Mandado de Segurança 23.219-RS*, da relatoria do Ministro EROS GRAU, onde o *Supremo Tribunal Federal* expressamente afastou a alegação de que o caráter contributivo da pensão excluiria a possibilidade da cassação da aposentadoria, ao consignar:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Administrativo. Infração disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/90. Instauração de processo administrativo após a inatividade. Possibilidade. Competência disciplinar. Presidente da República. Cassação de aposentadoria. Aplicabilidade. Infrações praticadas de forma culposa. Dilação probatória. Impossibilidade. 1. O direito, da Administração Pública Federal, de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato tornou-se conhecido (art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/90). 2. O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedentes (MS n. 21.948, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 7-12-95) 3. O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente (MS n. 20.882, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 23-9-94). 4 – Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedentes (MS n. 23.299, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 12-04-2002). 5 – A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁷

²⁶ - RDA 236/441 e seguintes.

²⁷ - RTJ 195/38 e seguintes.

Quanto ao *Superior Tribunal de Justiça*, ele comunga do posicionamento do Pretório Excelso, e com o mesmo embasamento.

Isso pode ser constatado da leitura, entre outros, dos *Recursos Ordinários em Mandado de Segurança* nº 15.047-BA²⁸ e 18.901-RJ²⁹.

Nesse sentido, ainda, é o teor da jurisprudência do Egrégio *Tribunal de Justiça do Estado do RS* que sistematicamente vem afastando a alegação de que a imposição de contribuição previdenciária conferiria imunidade frente à pretensão de cassação dos proventos de aposentadoria.

É o que decidiu tal sodalício, quando da apreciação da *Apelação Cível* nº 70076449453, da relatoria do ilustre *Desembargador* EDUARDO UHLEIN, recentemente julgada, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. As contribuições previdenciárias dos servidores, no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), têm natureza tributária, e não contratual, e, por isso, são desvinculadas de qualquer feição comutativa e que devam retornar ao contribuinte ao final de sua carreira ou período contributivo. Ante o cunho universal e solidário da seguridade social, inexistente relação sinalagmática entre o pagamento das contribuições e a fruição de benefícios. 2. Não há falar-se em qualquer ofensa a princípios constitucionais na aplicação da pena de cassação dos proventos de aposentadoria a servidor punido com falta grave, no exercício do cargo público, observado o princípio da supremacia do interesse público. 3. Precedentes do Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 4. Ação julgada improcedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA.

E, no corpo do aresto, afirmou o digno relator o seguinte:

O direito à aposentadoria no regime próprio de previdência é conquistado com as contribuições individuais do servidor e também com a contribuição da própria sociedade, em dimensão aliás muito maior (no regime próprio, a parte patronal, suportada pelos cofres públicos, é frequentemente o dobro daquela descontada dos vencimentos do servidor, além de responder por eventuais déficits). Assim, não prospera a tese de que haveria enriquecimento ilícito da administração nem a de ofensa ao princípio da proporcionalidade. As contribuições previdenciárias dos servidores, no Regime Próprio de

²⁸ - RSTJ 198/614 e seguintes.

²⁹ - RSTJ 202/492 e seguintes.

Previdência Social (RPPS), têm natureza tributária, e não contratual, e, por isso, são desvinculadas de qualquer feição comutativa e que devam retornar ao contribuinte ao final de sua carreira ou período contributivo. Em verdade, ante o cunho universal e solidário da seguridade social, inexistente relação sinalagmática entre o pagamento das contribuições e a fruição dos benefícios, mesmo levando em conta que contribuições previdenciárias estão presas a finalidades próprias, no universo da seguridade social, não ao custeio geral do estado, como os impostos.

Assim, tal como expressamente autoriza a Constituição Federal, no art. 41, § 1º, no que se refere à possibilidade jurídica da perda do cargo - que corresponde à perda dos vencimentos e de qualquer expectativa futura quanto à aposentadoria nesse cargo - para o servidor mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, há implícita e natural possibilidade para a pena de cassação de aposentadoria, quando resultante de falta disciplinar grave, cometida enquanto em atividade, e que deve acarretar, tal qual na perda do cargo ao servidor ativo, a cassação da remuneração suportada pelos cofres públicos na aposentadoria.

6. Conclusão

Ao concluir, é imperioso fazer algumas considerações sobre tudo que foi acima abordado.

Inicialmente, deve-se distinguir a situação dos servidores públicos com direito à inativação já constituída quando do advento das Emendas Constitucionais antes referidas, bem como também os que resguardaram tais privilégios, como militares, policiais e funcionários que ingressaram no Estado antes de 31 de dezembro de 2003 (cf. art. 4º, § 6º, inciso I, da EC nº 103/2019) os quais têm uma situação extremamente favorecida frente ao restante da população brasileira, muitos com paridade e integralidade, para quem é mais do que justificado o entendimento de que estão sujeitos às regras administrativas que impõem a cassação da pensão em decorrência da prática de ilícitos graves.

Isso porque, não é concebível que tais funcionários, que em diversas hipóteses sequer contribuíram para a concessão desse direito, estando plenamente resguardados das mazelas e infortúnios a que está sujeita a população comum, se voltem contra a sociedade que custeia os seus proventos.

Primeiro, porque tanto a Constituição Federal (art. 41, § 1º) quanto o Código Penal contemplam, como efeito da condenação, em situações como essas, a perda do cargo, frente à intensidade do ilícito cometido.

Em segundo lugar, porque manter tais sinecuras ofenderia, frontalmente, os princípios da moralidade, probidade impessoalidade e eficiência administrativa

elencados no *caput* do art. 37 da CF, consistindo em uma verdadeira bofetada na sociedade, notadamente ante a gravidade dos fatos apontados pela legislação como causa de perda desse direito.

Em terceiro lugar, porque há previsão normativa expressa nesse sentido, a qual, aliás, vem sendo sistematicamente sufragada pelo *Supremo Tribunal Federal*, que exclui, de pronto, qualquer alegação de violação aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sendo que como magistralmente assinalou o emérito *Ministro MOREIRA ALVES*, no julgamento do *Mandado de Segurança nº 22.728-PR*³⁰, tais institutos resguardam o benefício da inativação remunerada frente ao direito intertemporal, não tendo qualquer aplicação no que diz com o processo administrativo disciplinar e suas sanções.

Em quarto lugar, porque mesmo inativado, o antigo servidor mantém vínculos com a administração, razão pela qual, aliás, percebe vultosos proventos, tendo obrigação de preservar o dever de lealdade e um comportamento irretocável.

Em quinto lugar, porque constitui uma falácia a assertiva de que o funcionário, através da sua contribuição, custearia o seu próprio benefício previdenciário.

Quem afasta essa alegação, e com o costumeiro acerto, é o administrativista peninsular VITTORIO EMANUELLE ORLANDO, que, escrevendo no alvorecer do século vinte, ao abordar tal questão, sintetizou:

*(...) La sproporzione grandissima, che esiste tra il valore delle ritenute pagate dall'impiegato e la pensione che effettivamente lo Stato corrisponde, è, in generale, così enorme, che l'equa bilateralità del rapporto, che si richiede in tutti i contratti fondati sul mero diritto privato, mancherebbe affatto.*³¹

Logo, na verdade, quem suporta o ônus financeiro desses benefícios é o tesouro, através dos impostos, sendo a contribuição do servidor meramente simbólica, fato que afasta qualquer alegação de seguro ou contrato de aposentadoria, e justifica a cassação do benefício em caso da prática de crime contra a administração.

Em sexto lugar, porque a natureza jurídica dessa contribuição é de direito público, a semelhança dos tributos, não tendo qualquer caráter de capitalização ou vinculação a determinada pessoa.

Nem se argumente, para encerrar, que tal conclusão deixaria semelhantes indivíduos em situação de miséria, quando da velhice, eis que foi exarada Portaria do extinto Ministério da Previdência Social, onde consta que se expedirá Certidão de

³⁰ 31 – RTJ 179/636 e 637.

³¹ - *Opus citatum*, p. 135.

Tempo de Contribuição em benefício dos mesmos, os quais serão habilitados perante o INSS, para obtenção de aposentadoria pelo sistema geral.³²

Tudo que foi acima referido, e como é mais do que evidente, não se aplica aos servidores públicos que, frente às inovações decorrentes das EC nº 3/93, 20/98, 41/2003 e 103/2019, estão sujeitos à inativação pelo Estado, mas limitada ao teto da previdência social.

Isso porque, como a contribuição que lhes é exigida é progressiva e como o sistema é análogo ao do Regime Geral, sendo os benefícios, de regra, exíguos, parece acertado manter a sua situação original, a não ser que o provento a ser custeado pelo Estado seja muito superior àquele que faria jus perante as regras do INSS, momento em que não se justificaria a subsistência de um privilégio em benefício de quem atentou contra os interesses maiores da coletividade.

Bibliografia

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Almedina, 1986, v. 2, p. 779.

_____. *Do Poder Disciplinar*. Coimbra, 1932, p. 43.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 172.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., Site Consultor Jurídico de 16/04/2015, intitulado "Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores".

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemoing & C^a Editeurs, 1930, volume 3, p. 159.

JÈZE, Gaston. - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 815 e 835.

_____. *Principios Generales Del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, II2, p. 437, 456/457.

MARTINS, Bruno de Sá Freire. Site *Jornal/Jurid*, intitulado "Perda do Cargo Público e Efeitos Previdenciários".

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Editorial ARAYU, 1954, volume 4, p. 92.

_____. *Le Droit Administratif Allemand*. V. Giard & E. Brière, 1906, tomo 4^o, p. 96.

MENEGALE, Guimarães. *O Estatuto dos Funcionários*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1^a edição, 1962, v. 2, p. 621/2.

³² - Conforme artigo de BRUNO DE SÁ FREIRE MARTINS, publicado na Internet no site *Jornal/Jurid*, intitulado "Perda do Cargo Público e Efeitos Previdenciários".

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principii di Diritto Amministrativo*. G. Firenze: Barbèra Editore, 1925, p. 135.

PETROZZIELLO, Modestino. *Il Rapporto di Pubblico Impiego*. Milão: Società Editrice Libreria, 1935, p. CCCLXXV/CCCLXXVI.

PLANTEY, Alain. *Traité Pratique de la Fonction Publique*. Paris: Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 300.

RASPONI, Enrico. *Il Potere Disciplinare*. Editora CEDAM, 1942, p. 93/4.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis*. Editora Saraiva, 4ª edição, 1995, p.233/4.

VIRGA, Pieto. *Il Pubblico Impiego*.Milão: Editora Giuffré, p. 720.

VITA, Cino. *Il Potere Disciplinari Sugli Impiegati Pubblici*. Milão: Società Editrice Libreria, 1913, p. 3.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Dott A. Giuffré Editore, 1946, v. 3, p. 99.

_____. *Le Sanzioni Amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 1/2.

Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível

General and contested aspects of the Civil Non-Persecution Agreement

Luiz Manoel Gomes Júnior*

Diogo de Araujo Lima**

Sumário

1. Introdução. 2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa. 3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível. 4. Aspectos controversos do acordo de não persecução cível. 4.1. Limite temporal para celebração do acordo. 4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado. 4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. 4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível. 4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias. 4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível. 5. Conclusões. Bibliografia.

Área do Direito: Constitucional. Direito Administrativo.

Resumo

O modelo consensual de solução de conflitos tem ganhado espaço de destaque no Direito Sancionador, seja em sua vertente penal, seja administrativa. A recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, que passou a admitir o acordo de não persecução cível, alinha-se com uma tendência nacional e internacional de superação do dogma da impossibilidade jurídica de acordos em conflitos envolvendo a Administração Pública. A inovação veicula relevante progresso no combate à corrupção, na perspectiva de resultados mais céleres e eficientes em casos

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-UIT/MG e de Mestrado da Universidade Paranaense – Unipar/PR e dos cursos de Pós-graduação da PUC-SP e da Escola Fundação Superior do Mato Grosso – FESMP MT. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar/PR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama.

envolvendo improbidade administrativa, cuja resolução não mostrava satisfatória pelo método exclusivo da ação de improbidade. O presente estudo dedica-se a contribuir com a construção de balizas que permitam suprir a lacuna deixada pelo legislador quanto ao modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.), considerando que os dispositivos legais que disciplinava aspectos materiais e procedimentais do acordo foram vetados pelo Presidente da República. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

Abstract

The consensual model of conflict resolution has gained prominence in Sanctioning Law, both in its criminal and administrative aspects. The recent amendment of art. 17, § 1, of Law No. 8.429/1992, which began to admit the agreement of non-civil persecution, aligns with a national and international tendency to overcome the dogma of the legal impossibility of agreements in conflicts involving the Public Administration. Innovation makes significant progress in the fight against corruption, with a view to faster and more efficient outcomes in cases involving administrative improbability, the resolution of which was not satisfactory by the exclusive method of improbability action. The present study focuses on contributing to the construction of beacons to fill the gap left by the legislator in the way the agreement is operationalised (elements, conditions, limits, etc.), considering that the legal provisions governing material and procedural aspects of the agreement were vetoed by the President of the Republic. To this end, the deductive method will be used, from the examination of legal standards, books, scientific articles and judicial precedents.

Palavras-chave: Patrimônio público. Improbidade administrativa. Consensualidade.

Keywords: *Public inheritance. Administrative improbity. Consensuality.*

1. Introdução

A partir do dia 23.01.2020, entrou em vigor o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/19), que, suprimindo a vedação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, passou a admitir a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do acordo de não persecução cível (ANPC).

A inovação segue tendência já presente em diversos diplomas normativos do Direito Penal (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.) e do Direito Administrativo (acordo de leniência,¹ possibilidade de

¹ A Lei nº 12.529, de 30.11.2011 estabeleceu a possibilidade de celebração de acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, ao passo que a Lei nº 12.846, de 01.08.2013, permitiu os acordos de leniência em atos contra a Administração Pública.

conciliação² e mediação³ em causas do Estado, ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor,⁴ possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público,⁵ entre outras hipóteses).

Apesar do mérito que a inovação significou, o avanço poderia ter sido maior, não fosse o veto ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais do acordo.

Se ao menos não inviabilizou a implementação dos acordos de não persecução cível, a medida gerou um verdadeiro “manancial de problemas práticos”,⁶ em razão da carência de regulamentação acerca do regime jurídico e do modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.).

O presente estudo propõe-se a participar da construção de soluções para a problemática, mediante um corte metodológico no sentido de abordar, em um primeiro momento, os contornos gerais do acordo de não persecução cível, para, em seguida, enfrentar alguns pontos controvertidos, cujo equacionamento aflige a prática forense dos operadores do direito. Nessa segunda parte, serão abordados o momento adequado para celebração do acordo, a necessidade ou não de homologação, os casos de solidariedade passiva, a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nessa espécie de acordos, a repercussão da absolvição criminal nos acordos de não persecução cível originados do mesmo fato e, finalmente, os limites do controle judicial sobre os termos do ajuste.

O método utilizado na elaboração do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e dogmática sobre o tema. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira de pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e jurisprudência que informam os conceitos de ordem dogmática.

2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa

Pelo texto originário do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), vedava-se a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

² Art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do Código de Processo Civil.

³ Art. 3º da Lei nº 13.140/15.

⁴ Art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11.

⁵ Art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – Decreto-lei nº 4.657/42.

⁶ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367.

A tradição jurídica brasileira sempre foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo. As fontes do Direito limitavam-se àquelas produzidas pelo Estado. Em matéria processual, essa característica se apresentava de forma ainda mais intensa, considerando que processo era o espaço onde o Estado exprimia a sua autoridade⁷. A obrigatoriedade era a regra no Direito Sancionador, com raras exceções que deveriam estar expressamente previstas em lei⁸.

Nada obstante, mesmo naquela época, grande parte da doutrina, da jurisprudência e do próprio Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, por meio da Resolução nº 179/2017, já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, tanto na esfera extrajudicial como judicial.

A redação original do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 foi elaborada em 1991. À época, o presidente era Fernando Collor de Mello. A conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa⁹. No campo jurídico, o direito civil e o penal representavam o centro do direito, a seara administrativa tinha no princípio da supremacia do interesse público seu principal alicerce e o Poder Judiciário mal engatinhava na análise do ato administrativo.

Ocorre que, nesses aproximadamente 28 anos de vigência da LIA, o ordenamento jurídico passou gradativamente a abandonar o dogma da impossibilidade jurídica de transação em demandas envolvendo a Administração Pública.

O emprego de instrumentos consensuais em matéria de direito sancionador prenunciava-se como consequência inarredável da evolução do Direito Administrativo e da Constituição Federal, cujo art. 1º adotou o Estado Democrático de Direito, contemplando, implicitamente, o princípio da consensualidade.

Ainda sob a vigência da redação anterior do artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, Gustavo Binenbojm já atentava para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam “*a priori*” uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual¹⁰. Não há dúvidas de que o texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, cabe ao legislador

⁷ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. p. 33. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 914-916.

⁹ MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <[¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005, p 49-82.](https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade-proposta-trazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20%20C2%A7%201%20C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9nicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>. Acesso em: 18 out. 2020.</p></div><div data-bbox=)

e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo e buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, mediante o postulado da proporcionalidade.¹¹

O princípio da indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à consensualidade administrativa, na medida em que o acordo representa mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com benefícios de maior eficiência e legitimidade da ação administrativa. Ao adotar métodos consensuais, o administrador não dispõe do interesse público, mas o persegue por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo¹².

Os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são mais aceitáveis, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raro perdura por anos.¹³ Há uma convergência, portanto, com o princípio da eficiência da Administração Pública, que foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A obsoleta visão da impossibilidade de consenso em conflitos envolvendo a Administração Pública começa a ser superada a partir do início da implementação de técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei nº 9.099/95, que passou a admitir, em determinadas infrações penais, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. E adquire vigor a partir da promulgação das Leis nºs 12.529/2011 e 12.846/2013, que tratam, respectivamente, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica e em atos contra a Administração Pública. Some-se a possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei nº 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11) e a realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2º da Lei nº 9.469/97).

¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a existência do princípio constitucional da consensualidade no Direito brasileiro, calcado: nos princípios fundamentais constitucionais expressos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o do valor da livre iniciativa (art. 1º da CR/88); no objetivo fundamental da República – de construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso II, da CR/88) e, ainda, no princípio relativo às relações internacionais, mas também aplicável às relações intranacionais – de solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/88) (Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 231, jan./mar. 2003, p. 129-156).

¹² LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, dezembro/2017, p. 383-407.

¹³ Em 2015, intentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (entre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; "et al". Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 23 out. 2020.

Merece lembrança a Lei nº 13.655/18, que inseriu o art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) para admitir a celebração de termo de compromisso para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença” e a possibilidade do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem” (art. 23-A da Lei nº 8.897/1995).

Na mesma linha, a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade administrativa por força do seu art. 318, parágrafo único, ao estabelecer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (art. 3º, § 3º)

Por último, destaca-se a recente e polêmica Lei nº 13.964/19, rotulado de “Pacote Anticrime”, que alterou os sistemas penal e processual penal para incluir, entre outras, a figura do juiz de garantia e o acordo de não persecução penal para determinados crimes (art. 28-A do Código de Processo Penal).

Todo este arcabouço normativo integra o chamado microsistema anticorrupção, composto por normas infraconstitucionais cujos enunciados interagem entre si, por meio de um *diálogo entre as fontes*, de molde a permitir a construção de uma solução lógica e coerente. Conforme esclarece Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (...). O uso da expressão “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée* ou *restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”.¹⁴

A teoria do diálogo das fontes, embora adaptada para o direito do consumidor, se aplica a qualquer ramo do direito, por estar inserida nas preocupações com a hermenêutica jurídica. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico exige a

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

aplicação simultânea, coerente e coordenada de diversas fontes legislativas, integrando leis gerais (como o Código de Processo Civil) com leis especiais (como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei das Eleições), para que se extraia a maior eficiência possível do sistema jurídico¹⁵.

Com isso, evita-se o “tudo ou nada” na aplicação das regras jurídicas contrapostas. Segundo Ronald Dworkin, as “regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁶. A teoria do diálogo das fontes, ao invés de resolver as antinomias jurídicas, pelos critérios tradicionais da hierarquia, da especialidade e cronológico, opta pela interpretação sistemática e coordenada.

Diante do cenário normativo até então vigente, em que se admite a solução negociada para causas penais (“*ultima ratio*” do Direito Sancionador), seria, no mínimo, incoerente admitir a composição via colaboração premiada, Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e, mais recentemente, o “*plea bargain*” (ainda que à brasileira) sem que a improbidade administrativa admitisse tal instrumento jurídico. Além de violar diretamente o microsistema do processo coletivo, geraria incoerência na unidade da Constituição e retiraria do cidadão e dos órgãos públicos relevante instrumento de eficiência na recomposição do patrimônio lesado, imposição de sanções e prevenção de novos atos de improbidade. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico¹⁷.

Há que se realçar que o movimento pela consensualidade no Direito Sancionador não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Em países de tradição jurídica do “*common law*”, como os Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, vige o chamado “*plain bargain*” (ou barganha da pena); na Itália, o “*pateggiamento sulla pena*”; na Espanha, o “*la conformidad*”; e na Alemanha, o “*absprachen*”.¹⁸⁻¹⁹

Nos Estados Unidos, por exemplo, desde a década de 1980, foram aprovados pelo menos cinco diplomas que passaram a incentivar a resolução de conflitos e atualmente cerca de 90% (noventa por cento) de todos os procedimentos criminais encontram resolução por meio do *plea bargain*²⁰. Na União Europeia, segundo Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques:

¹⁵ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*, 2020.

¹⁶ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁷ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, vol. 12, nº 141, set./2017, p. 542-595.

¹⁸ CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Perseguição Cível. *Artigo inédito*, 2020.

¹⁹ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

²⁰ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

[a] Diretiva 2008/52/CE, de 21.05.2001, foi editada com o objetivo de facilitar a solução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação, enquanto a Diretiva 2013/11/UE, de 21.05.2013, foi aprovada para proporcionar a solução extrajudicial simples, rápida e pouco onerosa de litígios entre consumidores e comerciantes.²¹

No mesmo sentido, compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que autorizam a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida,²² e da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Do exposto, colhe-se que a recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 nada mais é que a concretização de uma tendência já implantada tanto no plano nacional como internacional, no sentido de prestigiar o método autocompositivo na solução dos conflitos em detrimento do heterocompositivo, no qual decisão é entregue a terceira pessoa, em caráter imperativo²³.

No entanto, o mérito do legislador ao permitir a solução consensual aos casos de improbidade administrativa poderia ter sido ainda maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992).

Há uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico quanto regime jurídico e ao modo de operacionalização do acordo de não persecução cível (elementos, condições, limites etc.), debate que precisa ser enfrentado no âmbito acadêmico e com o qual este breve ensaio pretende contribuir.

3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível

O ANPC pode ser compreendido como a possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa

²¹ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

²² Há outras duas convenções específicas sobre o tema, quais sejam: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002 (NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014, p. 24).

²³ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicritiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou após judicialização da pretensão (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça²⁴.

Sob a ótica da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do ANPC é de negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera-se com a manifestação de vontade das partes e com a fixação de prestações certas e determinadas. Renato de Lima Castro²⁵ considera o ANPC como um negócio *“sui generis”*, em decorrência da reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que as sanções devem ser proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo, não admitindo absoluta liberalidade na negociação²⁶.

O infrator, portanto, não estará irrestritamente apto a negociar todo o negócio jurídico, mas apenas parte dele. Não é diferente em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver. Tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica interessada devem subserviência aos princípios e normas que regem as respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público, sem olvidar, no tocante às sanções, da proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo pode assumir feição de negócio jurídico *processual*, nas situações em que há fixação de situações jurídicas processuais, quando, por exemplo, o autor

²⁴ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁵ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁶ Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? *Conjur*, 22 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projetoanticrimere-medio-ou-veneno>> Acesso em: 16 set. 2020). Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de “eufemismo”, por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o “risco” do processo). Existe semelhança com um “contrato de adesão”, onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? *Conjur*, 22 de fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere-medio-ou-veneno>> Acesso em: 16 out. 2020).

do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, concorda com a redução de prazos legais ou renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

Acerca da legitimidade para celebração do acordo, parece não remanescer maiores dúvidas: os mesmos que a detêm para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei nº 8.429/1992).

A convenção pode se dar tanto no âmbito extrajudicial, quanto no judicial. Naquela hipótese, evita-se o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa. Nessa, o acordo determina a resolução do processo, com julgamento de mérito, nos moldes do art. 487, inc. III, alínea “b”, CPC/2015. De toda sorte, em ambas as situações, homologado judicialmente, o instrumento adquire eficácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

Em razão da independência de instâncias, a celebração do acordo não afasta responsabilização administrativa e penal pelo mesmo fato (art. 1º, §3º, da Resolução nº 179/17 do CNMP), tampouco importa reconhecimento automático de responsabilidade para fins diversos dos expressamente estabelecidos no acordo.

Nada impede que exista um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível, de modo a autorizar que a convenção se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.²⁷ Nessa hipótese, será necessária uma reunião entre todos colegitimados na “negociação”, no sentido de participar do acordo de não persecução cível e firmar conjuntamente o instrumento, vinculando-os aos termos da convenção.

Releva consignar que o interessado não goza de direito subjetivo à realização do acordo, assim como dele não dispõe o réu da ação penal no tocante ao benefício da suspensão condicional do processo, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.²⁸ A proposta deve contar com a anuência dos legitimados ativos e não pode

²⁷ A atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação “Lava Jato”, pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: “A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica.” (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁸ Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017 AgRg no AREsp 1141600/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; HC 388586/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017; AgRg no HC 404028/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017; AgRg no RHC 074464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

ser objeto de imposição, seja pelos legitimados ativos, seja pelo investigado ou pelo Poder Judiciário, conforme já defendido por um dos autores em outra oportunidade²⁹.

Enfrentados os pontos em relação aos quais não remanescem maiores divergências, passa-se a abordar algumas questões controvertidas acerca do ANPC.

4. Aspectos controversos do acordo de não persecução cível

4.1. Limite temporal para celebração do acordo

Um primeiro pensamento a respeito da temática propõe que o termo final para celebração do ajuste seja o oferecimento da contestação, pois, segundo o art. 17, §10-A, da LIA, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.”³⁰

Para os adeptos dessa forma de pensar, a interpretação vai ao encontro das razões do veto³¹ ao §2º do art. 17 e atende o princípio da celeridade processual, uma vez que não seria razoável permitir a alguém, que aguardou todo trâmite processual ou mesmo o postergou voluntariamente, apostando em alguma eventualidade (“v.g.”, prescrição), pudesse vir a ser contemplado, ao final da demanda, com o benefício legal. Não é essa a orientação de Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi: “pouco sentido faria relativizar a aplicação das regras materiais de Direito Público mantendo a mesma rigidez e formalismo no direito processual clássico. A justiça negociada exige novos paradigmas para produzir resultados mais eficientes.”³²

Em sentido oposto, há quem considere adequado o trânsito em julgado da sentença condenatória como limite temporal para celebração do acordo de não persecução cível. Argumenta-se que a lei não estabeleceu um termo final e que o §2º do artigo 17 da LIA, em verdade, trata apenas da possibilidade de suspensão do prazo da contestação, caso as partes sinalizem a possibilidade de acordo, e não retira essa faculdade se, posteriormente, pretendam elas retomar a solução negocial frustrada.³³

²⁹ Cfr. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 371-372.

³⁰ Entendimento defendido por CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

³¹ Confira-se a íntegra do veto: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso: 21 out. 2020.

³² CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

³³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

E há aqueles que, sem desconsiderar o limite da coisa julgada, admitem o acordo de não persecução cível após o trânsito em julgado.³⁴ Sustenta-se que, além de inexistir vedação legal, em algumas situações, a fixação de um termo final poderia contrariar a própria finalidade da Lei nº 8.429/1992, ao subtrair das partes uma das mais relevantes finalidades do processo: a pacificação da problemática social subjacente à causa. É a hipótese, “v.g.”, de cumprimento de sentença de improbidade administrativa em que o exequente não localiza bens em nome do devedor. Se em algum momento este se dispor a pagar a dívida mediante a celebração de acordo, não haverá razão, lógica e jurídica, para impedi-lo a fazê-lo.

Nas exatas palavras de um dos subscritores e de Rogerio Favreto:

O objetivo deve ser o melhor resultado para a defesa do interesse público e o acordo pode resultar em um desfecho melhor que o título executivo judicial. A análise deve ser feita caso a caso, nada havendo no sistema que vede a possibilidade, ainda que após o término do processo, como aliás em qualquer demanda judicial.³⁵

A posição parece coerente e razoável do ponto de vista pragmático e dogmático, pois, não se pode perder de mira, quando da celebração do acordo de não persecução cível, a defesa do interesse e do patrimônio público, que restaria prejudicada, em determinados casos, se mantida a inflexível fixação de limite temporal.

O relevante deve ser sempre a defesa de um resultado que melhor assegure a preservação do interesse público.

4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado

Uma vez proposto o acordo de não persecução cível, interessa saber se caberia, ou não, ao Conselho Superior dos Ministérios Públicos Estaduais, às Câmaras de Revisão do Ministério Público da União e ao órgão superior da pessoa jurídica lesada homologar o instrumento e se a homologação judicial seria, ou não, obrigatória.

Na fase extrajudicial, parece não remanescer dúvidas quanto à necessidade de homologação tão somente pelo órgão superior do Ministério Público ou do órgão ou entidade da Administração Pública lesada.³⁶ Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi citam interessante hipótese de acordo de não persecução cível em improbidade administrativa eleitoral que prescinde de homologação judicial,

³⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367-8.

³⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 368.

³⁶ Cfr. art. 5º, §§ 4º-6º, da Resolução 01/2017, do MPPR, e art. 10º da Resolução nº 1.193/2020, do MPSP.

consistente na obrigação para retirar propagandas de sites etc.³⁷ Nesse caso, não haveria nenhum conflito de interesse passível de exame judicial, tampouco prejuízo à liberdade de expressão.

Excepcionam-se as hipóteses de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público. Apesar de inexistir regra expressa nesse sentido e conquanto o acordo tenha força de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), é imprescindível o controle do próprio órgão superior ministerial ou da pessoa jurídica lesada, seguido da homologação judicial. Reclama-se o duplo controle porque se está diante de sanções das mais severas previstas na Lei nº 8.429/1992, cujos efeitos atingem direitos fundamentais de alta densidade (direitos políticos, liberdade de trabalhar, livre iniciativa etc.).

Nem se cogite que o art. 20, “*caput*”, da Lei nº 8.429/92 (“A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”) justificaria a retirada da sanção de perda da função pública do âmbito de negociação do acordo de não persecução cível, pois tal dispositivo visa limitar tão somente a concessão de tutelas jurisdicionais provisórias, e não propriamente impedir a justiça negociada.

Não faria sentido tornar inválida uma sanção aceita de forma livre e voluntária pelo autor do ato ímprobo, se semelhante lógica se aplica a outras composições do gênero, a exemplo dos acordos de não persecução penal (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei nº 12.850/13).

Não se justifica do ponto de vista lógico a distinção entre um investigado, que confessa a prática delitiva e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, daquele agente ímprobo, que reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível.

Ainda que se possa argumentar que não se trata da imposição de sanções, mas de obrigações *equivalentes* às sanções³⁸, não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF). Não há coação, mas livre negociação em torno dos termos do acordo, que poderá, ou não, ser acatado pelo compromissário e seu advogado. O controle posterior submete a um terceiro alheio ao negócio jurídico a análise acerca da legalidade, da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas da convenção, reforçando a constitucionalidade do instituto.

Nunca é demasiado lembrar que nenhum direito fundamental é absoluto. Essa perspectiva, se aplicada ao acordo de não persecução cível, traduz a ideia de um ajuste em que se relativizam determinados direitos fundamentais à vista de outros que, à luz da solução do caso concreto, encerram maior densidade e, como tal, merecem preponderância³⁹.

³⁷ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

³⁸ PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

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

Segundo parcela da doutrina,⁴⁰ quando o acordo é celebrado na fase judicial e não envolve nenhuma daquelas três sanções, prescinde da análise pelo órgão interno do Ministério Público, em razão do texto expresso no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP.⁴¹ Semelhante solução se aplica ao acordo celebrado por órgão ou entidade da Administração Pública lesada pelo ato de improbidade administrativa. Bastaria, pois, a mera homologação judicial. Há, no entanto, quem reclame a participação do órgão colegiado superior.⁴² Argumenta-se que o controle evitaria que um terceiro estranho analisasse o mérito do acordo, fugindo da ideia de autocomposição. Invoca-se ainda a noção de uniformização dos acordos substitutivos, com base no fundamento de que, enquanto o juiz analisa o acordo de não persecução cível de determinado caso concreto, o órgão superior (seja do Ministério Público, seja do ente público lesado) o faz em relação a todos ajustes que estão sob sua órbita de atuação.

De qualquer forma, é recomendável que o agente do Ministério Público ou do ente público lesado, antes da homologação do acordo (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92), intime a pessoa jurídica de direito público lesada para dele tomar ciência e, querendo, intervir, por se tratar de colegitimada na celebração de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85) e na propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, “*caput*”, da Lei nº 8.429/92).

Embora se trate de legitimidade concorrente e disjuntiva, de molde a prescindir da anuência, autorização e/ou participação do colegitimado, dúvidas não há de que a manifestação da advocacia pública ou do respectivo órgão de representação jurídica do ente lesado inibe a celebração de acordos incompletos e que possam vir a ser questionados perante o Poder Judiciário. Com isso, confere-se maior segurança jurídica ao cumprimento do ajuste.

Em caso de dissenso entre colegitimados, seja total ou parcial (v.g., irresignação quanto a determinada cláusula pactuada), o acordo permanecerá válido e eficaz. No entanto, nada impede que o resiliente o questione judicialmente. Conforme lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto,⁴³ “Não se pode admitir que caprichos ou simples posições pessoais possam impedir a realização dos acordos.” Se algum(ns) do(s) legitimado(s) se sentir(em) lesado(s) juridicamente pelo acordo levado a efeito pelo colegitimado, sempre haverá a possibilidade da via recursal para veicular a

⁴⁰ 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. 995.

⁴¹ “Art. 6º Atentando às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito cível ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução. § 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no *caput* não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário”.

⁴² PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

⁴³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

insurgência, “mas não resta viável a utilização de uma oposição, de uma barreira intransponível, por si só, à realização de acordos.”⁴⁴

Por outro lado, quando o ANPC vier a ser celebrado pelo ente público lesado, também se faz necessária a intervenção do Ministério Público. Se a atuação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da ordem jurídica, na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pela pessoa de direito público lesada (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92), com maior razão a atuação fiscalizadora deve ocorrer nos acordos de não persecução cível discutidos pela pessoa de direito público lesada, mormente quando necessitam de homologação judicial, o que se propõe com base no art. 127, “*caput*”, Constituição Federal.

Além disso, nunca é demais lembrar que a instituição tem legitimidade para executar o compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro ente público, em caso de omissão no descumprimento das obrigações assumidas (art. 12 da Resolução 179/2017 do CNMP), de modo que a sua intervenção é imperiosa.

4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva

Não menos relevante é a celebração de acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. Por um lado, o art. 264 do Código Civil dispõe que: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.” Por outro, o art. 844 do mesmo Código estabelece: “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.”

Em casos de solidariedade passiva em matéria de improbidade administrativa, se a obrigação for de caráter divisível, parece não remanescer maiores controvérsias quanto à possibilidade de estabelecer a cota parte da dívida para fins de acordo. Diferente é a hipótese de obrigação indivisível, em que a autocomposição parcial restará prejudicada se não contar com a intervenção e concordância de todos os devedores.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não há litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e eventuais terceiros beneficiários ou participantes.⁴⁵

Pelo art. 3º da Lei nº 8.429/92, as “disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. É certo que as sanções da Lei de Improbidade também alcançam os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato ímprobo⁴⁶. O que

⁴⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/5/2019.

não se admite é o ajuizamento da ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particulares, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda⁴⁷. Por essa ótica, seria inadmissível a celebração de acordos parciais de não persecução cível em que figura como compromissário apenas o particular enredado na improbidade.

Esse posicionamento, de certa forma, é contraditório com a própria jurisprudência do STJ, na medida em que, como visto, a Corte reconhece a inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Ressalvada a já mencionada situação de indivisibilidade, seria desarrazoado exigir que todos investigados concordem com a autocomposição para que o Ministério Público ou qualquer um dos colegitimados aproveitem a colaboração do agente público investigado na celebração do acordo de não persecução. Se inviável a discussão conjunta, não haveria dificuldade alguma para as condutas serem analisadas e processadas em processos distintos. Nesse sentido, obtempera Sofia Cavalcanti Campelo:

Como a escolha por demandar mais de um devedor solidário é um direito do credor, parece possível – e razoável – que o MP e/ou a pessoa jurídica lesada renuncie, em relação ao signatário do acordo, ao direito de cobrar a totalidade do valor arbitrado a título de reparação de danos, apenas exigindo a sua parte da obrigação, quer no acordo, quer em futura ação judicial.⁴⁸

Como medida alternativa, poderão os colegitimados, ao optarem pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa, perseguir apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), no tocante ao agente público que participou do ANPC, ao argumento de com ele já ter ajustado as sanções cabíveis, e, em relação ao particular, requerer provimento de natureza condenatória, se este não tiver interesse ou não for incluído no acordo.

4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível

Além das consequências indesejáveis – reparação do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente – o acordo de não persecução cível poderá prever sanções de natureza cível, administrativo-funcionais e políticas⁴⁹.

A composição sobre as reprimendas criminais exigirá procedimento próprio de acordo com a recente Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Dúvida não há sobre

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678206/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

⁴⁸ CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

o cabimento das sanções de efeito imediato. A questão é: seria possível o acordo prever cláusulas pró-futuro, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo?

Como exposto, embora de severa consequência, é inegável que toda e qualquer sanção nas searas cível, administrativo-funcionais e políticas pertence ao rol de disposição do agente. Desde a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio até a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, não há nenhuma impossibilidade na composição. Não se ignora a dificuldade em acreditar que o investigado por ato ímprobo aceite acordo que estabeleça todas as sanções previstas na LIA, cumulativamente. Difícil, mas não impossível.

Convém observar que a fixação de sanções condicionais – pró-futuro – além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução. Quando o autor da improbidade, por exemplo, em ato ímprobo de menor vulto, além de ressarcir integralmente o erário, de pagar multa civil e de perder os bens acrescidos ilicitamente, se comprometer a perder a função pública, a ter seus direitos políticos suspensos ou reste proibido de contratar com o poder público por “x” anos, obviamente haverá redobrada atenção não só no cumprimento do acordo, mas, especialmente, nos atos comissivos e omissivos à frente da coisa pública.

Não se pode olvidar que as cláusulas pró-futuro contendo novas sanções resguardam, inclusive, a dupla afetação do patrimônio público, pois a reiteração da improbidade acaba por merecer maior e severa reprimenda em razão do desprezo, pelo gestor e eventual coinvestigado, da probidade e legalidade necessárias.

4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias

De complexa abordagem – e apenas a detalhada análise do caso concreto permitirá fazê-la com a qualidade necessária – é a repercussão da absolvição criminal, pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, após a celebração do acordo de não persecução cível⁵⁰.

Sem dúvidas, não é toda e qualquer absolvição criminal que vai gerar efeito na seara cível, sendo a autonomia das esferas assunto já pacificado.

Contudo, nas hipóteses em que o juiz declara a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, o autor poderia buscar, judicialmente ou por composição com o Ministério Público, a anulação do acordo e o retorno ao “*status quo ante*”?

Em regra, a resposta é negativa em razão da voluntariedade do acordo que versa sobre direitos disponíveis.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

Sem embargo, há situações em que o caso concreto admitirá a anulação do acordo. Ocorre, por exemplo, quando a ação penal trazer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

No entanto, quando não houver consistente inovação no quadro probatório, com provas impossíveis de serem produzidas ou desconhecidas pela parte interessada, o rigor sobre a segurança jurídica do acordo deve ser observado.

4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível

Entre as estruturas clássicas de resolução de conflitos e técnicas alternativas de solução de disputas sociais, encontram-se a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela é considerada o meio mais primitivo de solução de conflitos. Por intermédio dela, resolvía-se a querela com as próprias mãos. Conforme Maurício Godinho Delgado, “a autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca.”⁵¹ Exemplo clássico é o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 7.783/1989.

Na autocomposição, por sua vez, a solução é construída pelas próprias partes envolvidas no litígio, com ou sem a intervenção de terceiros, mas, independentemente disso, sem o uso da força. Nas palavras de Francisco José Cahali, na autocomposição, “embora possa participar um terceiro facilitador da comunicação (inclusive com propostas de solução, conforme o caso), o resultado depende exclusivamente da vontade das partes.”⁵²

Já na heterocomposição, a decisão sobre o conflito é entregue a terceira pessoa, que estabelece, forma imperativa, a solução do caso concreto. A heterocomposição pode ocorrer de duas formas: a arbitral, quando as partes escolhem um terceiro de sua confiança para decidir a causa; e a jurisdicional, quando uma das partes, valendo-se do direito de ação, provoca o Poder Judiciário, em busca de uma decisão imperativa, dotada de poder coercitivo e em caráter definitivo.

No caso da autocomposição, as partes estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades, enquanto que na heterocomposição, juízes e árbitros estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas – sejam legisladas ou pactuadas (contratos e convenções)⁵³.

Trazendo essas premissas ao instituto aqui estudado, conclui-se que o acordo de não persecução civil constitui uma forma de autocomposição. Por intermédio dele,

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

⁵² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁵³ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

em troca do não ajuizamento da ação, se extrajudicial, ou da resolução do mérito da demanda, se já ajuizada, as partes negociam aplicação de uma ou de alguma das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, conforme a gravidade dos fatos praticados.

No modelo de consensualidade um dos seus pressupostos é a solução negociada pelas próprias partes. Assim, o protagonismo processual, até então centralizado na figura do juiz, desloca-se para os atores envolvidos no conflito⁵⁴. Quem, então, define as sanções cabíveis (entre aquelas, por certo, com previsão constitucional e legal), a forma, o modo com que serão aplicadas e outros aspectos vinculados à operacionalização do acordo são as próprias partes, por meio de uma negociação regrada, a partir de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Evidentemente, o Estado-Juiz não ficará alheio ao controle que lhe é pertinente, afinal, como lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”.⁵⁵ Do contrário, sequer haveria necessidade de homologação.

No entanto, o exercício desse controle exige cautela. O juiz, ao analisar o acordo, não pode interferir na proposição do ajuste, tampouco substituir seu conteúdo⁵⁶. Não lhe é dado interferir no mérito do ato jurídico, tampouco no conteúdo de suas cláusulas. O aprofundamento na análise dos requisitos formais e, de maneira excepcional, materiais do acordo de não persecução cível, se não exercido com a prudência necessária, pode eventualmente desvirtuar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, repercutindo na liberdade e autonomia da vontade das partes, bases do modelo autocompositivo, o que destoaria da novel proposta de justiça negociada introduzida no Direito Sancionador brasileiro.

Partindo dessa premissa, se houver discordância do Poder Judiciário em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caber-lhe-á devolvê-lo às partes para adequação pertinente. A conclusão é possível por analogia ao acordo de não persecução penal, disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal, cujo §5º prescreve: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”.

Esse raciocínio, por certo, não exclui o controle sobre aquelas situações de patente desproporcionalidade e que se enquadraria no exame de legalidade (em sentido “*lato sensu*”) já abordado quando do juízo homologatório do acordo. Nesse sentido, o exemplo citado por Renato de Lima Castro:

⁵⁴ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

⁵⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

⁵⁶ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.⁵⁷

Porém, mesmo nessas hipóteses, o controle judicial deve se restringir aos casos manifestamente desproporcionais e teratológicos, sob pena de retornar ao vetusto modelo de solução de conflitos em matéria de improbidade administrativa e retroceder no significativo avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

5. Conclusões

A nova redação do art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, para além de acompanhar essa mudança de paradigma do direito sancionador, representou significativo avanço no combate à corrupção.

No entanto, perdeu-se uma grande oportunidade de encerrar definitivamente a discussão sobre diversos temas envolvendo o acordo de não persecução cível, em razão da carência de regulamentação sobre aspectos materiais e procedimentais.

A lacuna não impede a efetiva implementação do acordo de não persecução cível, cuja consecução pode se dar mediante uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática, por meio do chamado microsistema anticorrupção, com destaque para Lei nº 12.529/2011, que trata, entre outros aspectos, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, e para Lei nº 12.846/2013, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Definir o conceito, a natureza jurídica e a legitimidade são premissas fundamentais para delimitar os contornos do acordo de não persecução cível e, assim, compreender as controvérsias que cercam a temática. A partir daí será possível reunir condições mínimas capazes de induzir algumas conclusões, entre elas a inexistência de termo final para celebração do acordo de não persecução cível, que não encontra limite temporal enquanto se mostrar útil para defesa do interesse e do patrimônio público; nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público é imprescindível o duplo controle

⁵⁷ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

tanto pelo órgão superior do Ministério Público ou do ente público lesado, quanto do Poder Judiciário; a intervenção no acordo pelo colegitimado que dele não participou, em regra, não constitui requisito de validade e eficácia da convenção, e eventual dissenso imotivado não impede a sua concretização; e que é possível a celebração de acordo em casos de solidariedade passiva envolvendo obrigações divisíveis, inclusive quando o compromissário se restringe ao particular enredado no ato ímprobo.

Ainda, a título de conclusão, identifica-se a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de improbidade, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo, na medida em que, além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução.

A absolvição criminal, após a celebração do acordo de não persecução cível e pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, em regra, não afeta os termos do ato jurídico perfeito e acabado, salvo quando a ação penal trouxer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

O controle judicial sobre os termos do acordo de não persecução cível merece cautela, porque, se, por um lado, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”,⁵⁸ por outro, deve observar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, cujas bases são a liberdade e autonomia da vontade, próprias do modelo autocompositivo. Eventual intromissão no mérito do acordo significaria retroceder o avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

Bibliografia

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1579273/SP*. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.789.492/PR*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2019.

⁵⁸ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1678206/RS*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

_____; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Persecução Cível. *Artigo inédito*. 2020.

_____; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

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

GAJARDONI, Luiz Fernando da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017.

LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274, dezembro/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade-propostatrazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20%C2%A7%201%C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%20%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9nicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”?

Atypical Satisfaction of Money Award. Why do we still have to accept the “it’s bad, but I like it”?

Tutela atipica delle prestazioni pecuniarie. Perché accettare ancora il “è brutto ma mi piace”?

Sérgio Cruz Arenhart*

Sumário

1. A garantia da efetividade da prestação jurisdicional e a imposição constitucional de meios adequados para a tutela dos direitos. 2. A importância da visão panprocessual para o correto dimensionamento dos poderes executivos. 3. O juiz-árbitro brasileiro. A interpretação correta do art. 139, IV, do CPC. 4. O art. 139, IV, CPC deve ser excepcional? 5. Esboçando alguma conclusão.

Resumo

O ensaio discute o art. 139, IV, do CPC, tentando estabelecer as condições em que deve incidir e as razões pelas quais ele deve ser visto como a peça-chave do sistema de efetivação das decisões judiciais. Defende-se a incidência plena (e não apenas residual) dos instrumentos ali previstos, desde sejam respeitadas as garantias fundamentais das partes.

Abstract

The essay debates the article 139, IV, CPC, trying to establish the conditions in which it should be applied and the reasons why it should be seen as a key factor of the judicial decision’s enforcement system. We advocate the primary use (and not only residual) of the instruments regulated therein, provided that the parties fundamental guarantees are respected.

Riassunto

L’aggio dibate l’articolo 139, IV, CPC, cercando di stabilire le condizioni nei quali deve incidere e le ragioni perché deve essere considerato come chiave per il sistema di

* Mestre, Doutor e Pós-Doutor em Direito. Ex-juiz Federal. Procurador Regional da República. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UFPR.

effettivazione delle decisioni giudiziali. Se sostiene l'incidenza piena (e non solo residuale) degli strumenti stabiliti, purché siano rispettate le garanzie fondamentali delle parti.

Palavras-chave: Prestações pecuniárias. Medidas coercitivas. Efetividade da execução. Proporcionalidade panprocessual. Tutela dos direitos.

Keywords: *Money award. Coercitive measures. Enforcement effectivity. Panprocedural proportionality. Protection of rights.*

Parole-chiavi: *Prestazioni pecuniarie. Misure coercitive. Effettività della esecuzione. Proporzionalità pan-processuale. Tutela dei diritti.*

1. A garantia da efetividade da prestação jurisdicional e a imposição constitucional de meios adequados para a tutela dos direitos

Dispensa demonstração a afirmação de que um processo judicial que careça de instrumentos para a efetiva e adequada implementação dos direitos reconhecidos é ainda mais injusto que um sistema que sequer disponha de um modelo de processo civil. Com efeito, pior do que um Estado que simplesmente abandona seus cidadãos à sua própria sorte, desinteressando-se pelo reconhecimento e proteção de direitos, é conviver com um Estado que, embora reconheça explicitamente que alguém teve um direito violado ou ameaçado, seja impotente para corrigir essa injustiça.

Por isso, não se pode menosprezar a importância do estudo das técnicas de implementação das decisões judiciais e dos direitos. O tema não envolve simples preciosismo, nem pode ser ligado – como às vezes ocorre em expressão de parte da doutrina – a alguma tentativa de expandir os poderes do juiz, tornando o processo algo “ilegítimo”, “autoritário” ou “despótico”¹⁻². O exercício da autoridade jurisdicional,

¹ Tem-se tornado comum a assimilação da ideia de que a ampliação dos poderes do juiz traz consigo a pecha do autoritarismo. Supõe-se, ao que parece, sem nenhuma razão, que o incremento dos poderes judiciais – ou melhor dito, a possibilidade de que ele possa adequar o procedimento na busca da melhor proteção aos direitos envolvidos no processo – infringe a liberdade e, portanto, é algo que deve ser recusado. O processo não é o campo de embate entre as liberdades individuais e o poder do Estado. Ao contrário do que se supõe, não pode haver liberdade, sem que o Estado(-jurisdição) disponha de suficiente capacidade para fazer implementar aquelas liberdades e os direitos reconhecidos. Um Estado fraco, indubitavelmente, é incapaz de tutelar de forma adequada os direitos e as liberdades que promete aos indivíduos. Por isso, reconhece-se há muito tempo a natureza pública do processo civil (v., entre tantos outros, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922, tomo I, p. 82-83), voltado, ademais da tutela dos direitos materiais, para fins públicos, a exemplo da atuação do Direito e da participação na gestão da coisa pública. Nessa medida, embora se dê as partes, de regra, a liberdade para buscar a tutela jurisdicional, é evidente, como lembrava Tissier há muito tempo, que a partir do momento em que a atuação judicial é provocada, a questão assume interesse público, sendo dever do Estado assegurar a realização da justiça, “aussi rapide et aussi complète que possible” (TISSIER, Albert-Anatole. *Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réforme. Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Sirey, n. 3. 1906, p. 44).

² Aliás, aqueles que qualificam o processo civil brasileiro atual como autoritário cometem a proeza de incidir em duplo equívoco. De um lado, esquecem-se de que, na orientação clássica da doutrina, um “processo autoritário” não é um processo despótico. Autoritário é o processo – conforme clássica lição de Calamandrei

na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte. Como lembra Couture – defensor inquestionável de um processo civil democrático – *“conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia”*³.

Por outro lado, também é certo que a outorga desmesurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do “obrigado”. Como lembra Couture, se a democracia não pode contentar-se com o individualismo – já que este é, em suma, a negação da própria democracia – conferir excessivos poderes ao juiz é apenas fugir de resolver a questão, já que, nesse caso, o problema se torna o juiz. A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao conseqüente despotismo judicial. ⁴ Afinal, os juízes são também seres humanos e, portanto, sujeitos ao erro ou ao excesso.

Ademais, é imposição constitucional o respeito às liberdades e ao mínimo existencial.⁵ Por isso, só se justifica a agressão ao patrimônio ou à liberdade individual na medida em que isso seja tolerado pela legislação e no limite em que não se ofenda o núcleo essencial daquelas garantias fundamentais.

Afinal, o limite da atuação dos direitos – pelos próprios titulares ou pelo Estado – está exatamente na interferência a direitos de outros. Nesse passo, como lembra

(*Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 393) – em que a autoridade (judicial) tem ampliados seus poderes de gestão do processo. Nesse passo, sem dúvida, um processo em que o juiz participa ativamente do desenvolvimento da relação processual é “autoritário”, sem, porém, que disso se possa extrair qualquer conclusão quanto ao caráter “antidemocrático” desse processo. Mas, a par desse equívoco terminológico, soa também rasteira a afirmação de que o processo atual é autoritário, apenas porque dá ao juiz poderes de intervir na relação processual. Como lembra, há muito tempo, Moacyr Amaral Santos, a outorga de poderes de direção do processo ao juiz, desde que não atrapalhe a defesa dos interessados, exclui que se possa supor o caráter “autoritário” da atividade judicial (SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 54, n. 2, 1959, p. 222-223). Constitui erro grosseiro assimilar o respeito à autoridade da jurisdição com a noção de autoritarismo. Como já dito, o respeito à autoridade da atividade jurisdicional é fundamental para o respeito e a garantia das liberdades individuais, o que demonstra inexistir qualquer antagonismo entre a autoridade do Estado e as liberdades públicas. Ademais, o autoritarismo decorreria da inexistência de base jurídica para certa atitude, sendo patente que nada disso se verifica no processo atual.

³ COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

⁴ “Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante. El juez es, al fin de cuentas, un hombre. Puede suponersele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.” (COUTURE, Eduardo. El derecho procesal civil hispanoamericano. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 339-340).

⁵ Sobre a questão, na parte que aqui interessa, v. entre tantos outros, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*. De modo mais geral, sobre a ideia do mínimo existencial, v. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1995, esp. p. 217-218.

Couture, a chave do sucesso de um sistema processual está no equilíbrio entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a preservação dos interesses individuais e sociais (representados pelo Estado-jurisdição).⁶

2. A importância da visão panprocessual para o correto dimensionamento dos poderes executivos

Porém, há outro dado que deve ser agregado a esta análise, ainda em seu momento introdutório. Trata-se da necessidade de adequar o balanceamento entre os valores autoridade e liberdade com o cânone da proporcionalidade panprocessual.

É sabido que as regras do processo civil tratam, na verdade, da concretização de princípios constitucionais processuais, amalgamados ao longo do tempo e da experiência, nas formas atualmente empregadas. Por isso, seria possível pensar o processo a partir dos princípios que iluminam essas regras, retornando à essência traduzida por esses procedimentos. Logicamente, quando o discurso é restituído para o campo dos princípios, duas noções básicas entram em cena: a ideia de que eles devem ser realizados na sua máxima expressão possível; e a provável colisão entre os vários princípios incidentes, decorrente da tentativa de maximização de todos eles.

O operador do Direito, sem dúvida, está familiarizado com esses conceitos e com as técnicas de ponderação empregadas para compatibilizar esses dois polos. Este é o campo da “proporcionalidade” (chamada aqui de proporcionalidade endoprocessual), tomado do direito administrativo e, em especial, do direito constitucional, e amplamente empregada pelo processo civil.

Porém, o tema oferece ainda outro ângulo de análise, ainda pouco explorado no direito brasileiro. Trata-se da chamada dimensão *panprocessual* da proporcionalidade, ideia mais enraizada no direito administrativo e que toma em conta a necessidade de gestão adequada e eficiente de toda a massa de feitos judiciais existentes.⁷

Não se trata aqui apenas de aludir à noção de “eficiência”, considerada por alguns apenas como uma razão de economicidade *interna ao processo*, ou seja, da

⁶ Segundo o mesmo autor, “*Dos sistemas principales se disputan el campo. En uno, la libertad individual es soberana. (...) Apoyado en un finísimo sentido liberal, este proceso es el proceso del recelo y de la desconfianza en el juez. (...) En cambio en el otro sistema, la autoridad es suprema. Así en los procesos anglo-sajones y especialmente en el inglés, la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia. (...) Los dos sistemas tienen sus riesgos evidentes; el primero desnaturaliza la justicia; el segundo aniquila la libertad*” (COUTURE, Eduardo. *La justicia inglesa. Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 112-113). Embora pareça exagerada a afirmação no sentido de que a justiça inglesa ou norte-americana aniquile a liberdade individual, é certo que é necessário encontrar equilíbrio entre o interesse das partes e o do Estado-jurisdição.

⁷ Sobre o tema da proporcionalidade panprocessual, v. CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de Processo*. n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 37 e ss.; OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 91 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the “pan-procedural” approach: some bases of contemporary civil litigation. *International journal of procedural law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014, *passim*.

economia no emprego de recursos observada sob uma perspectiva endoprocessual.⁸ É imprescindível que se veja o processo judicial como um “serviço público”, que demanda recursos que são escassos. É preciso, então, aplicar esses recursos de maneira eficiente, considerando não apenas a necessidade do processo singularmente visto, mas também o conjunto das demandas judiciais existentes. Por outras palavras, os recursos – humanos, estruturais, financeiros etc. – necessários à administração pública da Justiça precisam ser usados de forma racional. E esse uso exige que se considere não apenas as necessidades de cada processo, tomado de forma isolada, mas também do conjunto dos processos judiciais existentes, na medida em que o emprego desses recursos em cada um deles determina a quantidade remanescente, que poderá ser aplicada aos demais.⁹

Visto desse modo, resta claro que o serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade (em sentido substancial) e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público.

As garantias fundamentais processuais, sob esse enfoque, recebem mais um elemento de análise. Se, dentro do processo, o limite de uma garantia é a sua acomodação a outras garantias, impõem-se também considerações externas – que levem em conta o todo de processos existentes – a fim de dimensionar a extensão em que todas essas garantias podem ser satisfeitas, à luz dessa proporcionalidade *panprocessual*.

A análise *panprocessual* da proporcionalidade é hábil a oferecer visão mais adequada da realidade jurisdicional brasileira. Por colocar, ao lado da análise endoprocessual das garantias processuais, a inter-relação entre os vários processos, essa abordagem permite dosar de forma ótima a capacidade de atender aos interesses de todos os jurisdicionados de forma ótima, sem fazer com que o excesso de garantias dado a um processo possa prejudicar os outros. Por outras palavras, o esforço estatal aplicado a um caso determinado deve ser dimensionado também a partir do esforço que poderá ser disponibilizado às outras pessoas, que, afinal, são também potenciais usuários desse serviço.¹⁰

⁸ V., sobre esse viés, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 5, p. 112-113.

⁹ O discurso poderia ir ainda mais longe, porque, afinal, os recursos públicos financiam todos os serviços e as políticas públicas. “If we lived in a Panglossian ‘best of all possible worlds’, our procedural system would enforce the substantive law costlessly and with perfect accuracy. But in our real world of scarcity and constraint, we have to settle for an imperfect system, one that creates its own costs at the same time as it reduces, though never eliminates, the risk of enforcement error. The challenge for procedural law is to find the right balance of benefit and cost, and to do so with less than perfect information about the likely effects. More extensive procedures can reduce the risk of error but also increase the cost of process and take resources away from other worthwhile social programs” (BONE, Robert G. *Civil procedure – the economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 2).

¹⁰ “Le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.” (CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”, p. 390).

Vale sublinhar que essa visão a respeito da proporcionalidade sequer pode ser vista como inovadora. O direito estrangeiro dá mostras de que esses critérios, em alguns sistemas, estão positivados, prestando-se como balizadores da atividade jurisdicional.

Assim ocorre, por exemplo, com a legislação inglesa. As *Civil Procedure Rules*, de 1997, em sua primeira parte (*Overriding Objective*), no seu art. 1.1, estabelece o dever de o juiz tratar a causa segundo a justiça, o que implica, na medida do possível, entre outras coisas “b) diminuir custos; c) lidar com a causa de forma que seja proporcional; (i) ao montante de dinheiro envolvido; (ii) à importância da causa; (iii) à complexidade dos temas; e (iv) à condição econômica de cada parte; d) assegurar que a causa seja tratada de forma expedita e justa; e e) alocar à causa uma apropriada parcela dos recursos da corte, tendo em consideração a necessidade de alocação de recursos às outras causas” (item 2)¹¹.

Também no direito italiano, o projeto de Código de Processo Civil, elaborado por Proto Pisani, previa semelhante preceito. Segundo o art. 0.8, do projeto, em cada causa deveria ser assegurado o emprego proporcional de recursos judiciários em relação ao escopo de justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos.¹² Essa orientação, aliás, encontra muito facilmente suporte no princípio da eficiência da atividade pública, e, em específico, no princípio da eficiência do serviço judiciário, que se pode, no sistema italiano, deduzir indiretamente da garantia da duração razoável do processo (art. 111, § 2.º, da Constituição italiana)¹³ e da garantia de acesso à Justiça (art. 24, da Constituição italiana).

Na ordem jurídica brasileira, embora não exista preceito idêntico, é possível extrair essa mesma orientação da garantia constitucional de eficiência na administração do Estado, estampada no *caput* do art. 37, da Constituição.¹⁴ De fato, se a atividade jurisdicional pode ser enfocada – na visão do cidadão – também como um serviço público, é evidente que ele deve pautar-se pela eficiência, tomando em consideração o conjunto de demandas com que o Judiciário deve lidar.

De certo modo, uma releitura do princípio de eficiência, também previsto no art. 8º, do CPC, pode apoiar essa conclusão. Embora, como dito, alguns considerem essa eficiência apenas como a necessidade de “poupar recursos” no interior de um processo, considerado apenas em sua singularidade, é possível extrair dali muito mais,

¹¹ “[D]ealing with a case justly includes, so far as is practicable: (...) b) saving expense; c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

¹² “È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi”.

¹³ CAPONI, Remo. *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile*. Il foro italiano. vol. I, p. 15. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, maio, 2008.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, ob. cit., p. 46.

fixando nesse comando a essência da necessidade de consideração do serviço-justiça pensado como um todo.¹⁵

Assim, importa deixar claro que, no campo da efetivação dos direitos – embora o mesmo raciocínio se aplique a todos os outros pontos do processo civil – não se pode examinar as garantias processuais de maneira isolada, isto é, olhando apenas *para dentro do processo*. É fundamental considerar o impacto que a “melhor” satisfação dessas garantias implica para todo o restante dos processos com que o Judiciário deve lidar.

3. O juiz-árbitro brasileiro. A interpretação correta do art. 139, IV, do CPC

O Código de Processo Civil de 2015 incluiu regra que, possivelmente, a par de constituir um dos comandos mais importantes ali presentes, altera significativamente o paradigma com que se trabalha neste campo.

Há muito tempo, denunciava Ovídio Baptista da Silva que o processo civil brasileiro padece com uma indelével herança – tomada do direito romano tardio – que o torna incapaz de reagir de maneira efetiva frente às ameaças e às violações a direitos. Trata-se da visão que exclui da figura do juiz qualquer traço de autoridade, tratando-o como se fosse simples árbitro da contenda existente entre as partes, recebendo todo e qualquer poder exclusivamente daquilo que lhe foi expressamente delegado pelas partes.

A discussão remonta a análise da natureza da sentença condenatória, no passado e no presente. Embora o tema seja muito amplo, já tendo sido analisado em outro lugar,¹⁶ importa, para bem situar a discussão, rememorar alguns breves conceitos que envolvem essa apuração.

Sabe-se que o direito romano conhecia a figura da *condemnatio*, que era a consequência obtida diante da violação de uma *obligatio*. A condenação romana era proferida por um *iudex*, escolhido pelas partes e cuja função se assemelha à atualmente desempenhada pelo árbitro privado. Por outras palavras, o *iudex* não representava a “autoridade” romana; era um particular, escolhido pelas partes para o julgamento da controvérsia existente. Por isso, despida de autoridade que era, a violação da condenação não implicava qualquer reação do “poder público” romano.

¹⁵ “O juiz deve dirigir o processo de modo eficiente. Isso significa que deve alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio. A necessidade de eficiência na gestão do processo guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade entre os meios e os fins que são visados pela administração da Justiça Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 170).

¹⁶ V., sobre isso, com mais vagar, SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, *passim*; *Id. Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-92; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 59 e ss.; *Id. Sentença condenatória para quê?. Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Org. Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2010, *passim*; *Id. La eficacia condenatoria de las sentencias y el cumplimiento de prestaciones. Revista Peruana de Derecho Procesal*. V. 15, 2010, *passim*.

Porque essa condenação se limitava a uma “declaração de razão” para o autor da *actio*, inexistia ordem ao réu para cumprimento da *obligatio*. A consequência da violação da condenação romana era, simplesmente, a permissão para que o interessado regressasse a juízo, postulando a chamada *actio iudicati*, quando então seria possível a adoção de medidas mais enérgicas, pela intervenção do pretor.¹⁷⁻¹⁸

Embora essas breves linhas retratem situação ocorrida há muitos séculos, parece que são atualíssimas se a situação atual é bem examinada.

Ainda que se tenha eliminado a dicotomia presente no código anterior, entre processo de conhecimento e ulterior processo de execução de sentença, fato é que a essência daquela velha noção de condenação permanece latente em várias passagens do código.

Note-se, por exemplo, que o código indica, ao menos para o pagamento de soma em dinheiro, que o cumprimento de sentença se faz apenas “a requerimento do exequente” (arts. 513, § 1º e 523). Ou seja, sem que o exequente o requeira, fica o juiz manietado, como se não fosse sua a decisão desrespeitada. Quer isso dizer que, em realidade, o código não enxerga, naquela decisão, nenhum exercício de efetiva *autoridade estatal*. Vê ali apenas a concretização de uma obrigação (titularizada pelo autor da demanda) e cujo cumprimento se faz apenas se e quando interessar ao credor. Desobedecer uma sentença condenatória – ainda no direito vigente – não é infringir um comando do Estado. É apenas não adimplir uma obrigação e, portanto, sujeitar-se, *sempre pela iniciativa do credor*, a atos que tenderão ao adimplemento futuro. Afinal, mesmo depois de tanto tempo – e depois de tanto denunciado o compromisso do direito brasileiro com esse arcaico modelo romano – permanece válida a lição de Liebman, que afirmava que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”.¹⁹ A sentença condenatória brasileira, para muitos autores e, aparentemente, também pela lei processual, é vista como simples exercício de declaração, sem qualquer *imperium*. Daí a razão pela qual seu descumprimento não constitui ato ilícito, mas simples ato de inadimplemento obrigacional.

Não obstante sejam evidentes as reminiscências desse pensamento, parece que o sistema processual atual possui ferramentas que habilitam o operador do

¹⁷ V., sobre isso, SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 285 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8-11.

¹⁸ É fato que o regime era diverso, naquela época, para direitos absolutos, a exemplo dos direitos reais. Para estes, reservava-se procedimento mais expedito, presidido pelo pretor, que, com seu *imperium*, tutelava esses direitos evidentes através da imposição efetiva de ordens dirigidas ao réu. Tem-se aí, pois, a divergência fundamental de tratamento que era concedida, em direito romano clássico, às obrigações e aos direitos reais. Enquanto a estes se aplicava o instituto da *vindicatio* (interdito) gerando uma ordem ao vencido — no sentido de que este não se opusesse à retomada privada do bem espoliado —, à obrigação concedia-se o remédio da *condemnatio*, em sede de jurisdição (com a declaração do direito, pois não constituía direito evidente) que, caso não cumprida espontaneamente, gerava, como única consequência, a possibilidade ao credor de fazer uso da *actio iudicati* — tal como ocorre, *mutatis mutandis*, no direito moderno.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit., p. 13.

Direito a superar esse ranço e romper essa barreira que compromete a efetividade da prestação jurisdicional.

Trata-se do preceito contido no art. 139, inc. IV, do CPC, que confere ao juiz o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Embora mal se explique a razão pela qual o dispositivo foi alocado no preceito que regula os poderes do juiz (e não naqueles que disciplinam o cumprimento de sentença e a execução), fato é que, se bem interpretado, o comando possui importância extraordinária na ruptura do velho modo de pensar a atuação executiva judicial.

Já há algum tempo, como visto, parte da doutrina vem denunciando o inexplicável arraigamento do direito nacional atual àquela visão antiga da função jurisdicional. Porém, o mais grave é notar que essa ligação, atualmente, *só se verifica no campo da efetivação de (algumas) prestações pecuniárias*. De fato, desde a introdução do art. 461, no CPC anterior, em 1994,²⁰ posteriormente acrescido do art. 461-A, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa passaram a contar com um modelo radicalmente distinto para sua efetivação. O juiz passou a poder emitir ordens, cujo cumprimento se realizava *ex officio* e por meio de medidas de sub-rogação ou indução abertos, ou seja, não necessariamente regrados por lei. A mesma lógica foi mantida pelo código em vigor, como se vê dos arts. 536 e ss., que conferem amplo arsenal ao juiz para concretizar esses direitos, deixando evidente a presença do *imperium* nessa atividade.

Se essa inovação foi importantíssima, porém, criou ela verdadeiro abismo entre a situação desses interesses e as prestações pecuniárias. Enquanto se oferecia tutela invejável às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, para as prestações pecuniárias (com algumas exceções, a exemplo dos alimentos) ainda se reservava a velha “execução” por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regrado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente. A violação à isonomia, ali, era gritante. Aparentemente, dava-se mais valor às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, não importando seu conteúdo, do que às prestações pecuniárias, também independentemente do bem jurídico por estas protegido.

Ao que parece, a nova regra do art. 139, IV, embora não de forma explícita e clara, é capaz de superar essa dicotomia de tratamento. É esse comando que permite corrigir aquela flagrante inconstitucionalidade, que autorizava tratar certas prestações por técnicas mais efetivas do que outras. Permite, ademais, como dito, romper com aquela ideologia que, inconscientemente, ainda trata o juiz como um *iudex* privado.

²⁰ Vale recordar que o art. 461, do CPC/73, na redação dada pela Lei nº 8.952/94, nada mais consistiu do que uma ampliação de permissão anteriormente existente para situações pontuais, a exemplo do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.

4. O art. 139, IV, CPC deve ser excepcional?

Parece claro que o dispositivo mencionado é importante, sendo um passo fundamental para que se possa cortar aquele cordão umbilical que liga a execução brasileira a modelo superado e inefetivo. Parece também evidente que essa regra poderia ser capaz de superar diversas barreiras tradicionalmente postas para que os direitos possam ser adequadamente protegidos em juízo. Mas então, por que seu uso tem recebido tantas críticas e sua aplicação tem sido tão excepcionada, até mesmo pela doutrina nacional?

São comuns as críticas a decisões que impõem a apreensão de documentos (passaportes, habilitação de dirigir etc.) sob vários enfoques diferentes. Há desde aqueles que entendem que essas prerrogativas não estão contidas nos poderes oferecidos pelo art. 139, IV, do CPC, até aqueles outros que entendem que o emprego dessas medidas é excepcionalíssimo. Não parece, porém, que essas críticas – ao menos de forma generalizada – encontrem fundamento.

Primeiramente, é essencial recordar que há um direito fundamental, decorrente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, à efetivação judicial dos direitos, o que inclui o direito a mecanismos *adequados* de atuação da decisão judicial. Se o direito fundamental tem uma dimensão positiva – que exige do Estado a adoção de condutas para tornar o mais concreto possível os direitos fundamentais previstos –, então é certo que a garantia de acesso deve impor que os interesses postos à apreciação do Judiciário sejam não apenas adequada, tempestiva e efetivamente examinados, mas também, se reconhecida sua existência, prontamente impostos àquele que resiste à sua satisfação.

Por isso, é decorrência natural da garantia de inafastabilidade a pré-ordenação de instrumentos que sejam capazes de garantir a eficácia das decisões judiciais.²¹ Se há esse direito por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos. É, portanto, inerente à prestação jurisdicional o poder-dever do Estado de garantir a imposição das suas decisões judiciais da forma mais pronta e adequada possível. Trata-se, portanto, de elemento intrínseco à atividade judicial do Estado a predisposição de mecanismos que sejam capazes de fazer observar as decisões judiciais. Afinal, de nenhuma utilidade seria a possibilidade de o Judiciário decidir sobre tudo se as decisões por ele proferidas não precisassem ser obedecidas.

Conclui-se que, independentemente da previsão expressa, em dispositivo legal, dos instrumentos de atuação das decisões judiciais, esse poder-dever é consequência natural da atribuição constitucional dada ao Poder Judiciário para decidir as controvérsias. Vale recordar, nesse ponto, que o direito norte-americano, mesmo sem previsão expressa sobre todos os poderes de efetivação atribuídas ao Judiciário, sempre trabalhou nessa linha, por meio da doutrina dos *inherent powers*

²¹ V., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, esp. p. 130 e ss.

(poderes inerentes). Segundo essa concepção, os magistrados possuem poder amplo para a adoção de medidas capazes de impor as suas decisões. Afirma-se que os poderes inerentes consistem em todos os poderes razoavelmente exigidos para permitir a um tribunal o exercício eficiente de suas funções judiciais, para proteger sua dignidade, independência e integridade e para tornar efetivas as suas decisões legítimas.²² Nos termos dessa teoria, os tribunais têm o poder de adotar as medidas necessárias à consecução de suas finalidades, ainda quando esses instrumentos não estejam expressamente previstos no direito positivo. Diante dessa prerrogativa, podem os tribunais editar e implementar regras para lidar com o litígio a ser examinado²³ e ainda determinar a punição em caso de desrespeito ao tribunal (*contempt of Court*).²⁴ Essa garantia opera como condição necessária para a realização da independência do Poder Judiciário, prevista constitucionalmente,²⁵ na medida em que torna a atuação jurisdicional autônoma, não dependente de qualquer intervenção das outras funções do Estado.²⁶

Se, então, há um direito fundamental aos meios de efetivação adequados aos direitos, então parece pouco razoável que se sustentem as críticas acima vistas.

Em primeiro lugar, no que se refere à imposição de restrição a direitos – caso em que se inserem as decisões de apreensão de documentos acima mencionadas –, não parece que haja aí nada de excepcional. Trata-se, sem dúvida, de medida indutiva e, portanto, subsumível ao contido no art. 139, IV, do CPC, cuja aplicação, ao menos abstratamente, encontra respaldo legal.

As críticas veiculadas normalmente acentuam eventual violação a direitos fundamentais (de ir e vir ou algo semelhante) que estaria sendo violados por essas ordens judiciais. Ao que parece, porém, há evidente exagero nessa crítica. Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior que estaria sendo violado pela ordem de apreensão do passaporte? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!

É evidente que pode haver situações específicas em que essas restrições a direitos possam atingir outros direitos específicos (o direito ao trabalho ou coisa parecida), mas aí o problema é pontual e não deslegitima o emprego, ao menos

²² CARRIGAN, Jim R. Inherent Powers and Finance. *Trial magazine* 7. n. 6, 1971, p. 22.

²³ V. Thomas v. Arn, 474 U.S. 140, 146 (1985).

²⁴ Cf. Young v. U. S. ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787, 793 (1987); Michaelson v. United States ex rel. Chicago, St. P., M., & O. R. Co., 266 U.S. 42 (1924). V. tb., HAZARD Jr., Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 204; VERDE, Giovanni. *Attualità del principio “nulla executio sine titulo”*. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 70.

²⁵ Cf. WEBB, G. Gregg; WHITTINGTON, Keith E. Judicial independence, the power of the purse, and inherent judicial powers. *Judicature*. Vol. 88, n. 1. jul.-ago. 2004, p. 14. Essa doutrina estende-se aos poderes outorgados aos tribunais para determinar sua administração, àqueles que importam a indicação de salários adequados aos magistrados, aos que asseguram a independência do Poder Judiciário frente às outras funções do Estado e também, como se vê no texto, ao poder outorgado às Cortes para imponem suas decisões.

²⁶ TRIBE, Lawrence H. *American constitutional law*. 3ª ed., New York: Foundation Press, 2000, vol. I, p. 466/467, esp. nota 2. V., tb., Young v. U. S., acima mencionado, p. 481.

em *abstrato*, dessas técnicas como importantes mecanismos de indução. A crítica, portanto, parece exagerada e sem fundamento.

Ademais, deve-se sempre recordar que os mecanismos de indução partem de uma premissa fundamental: o ordenado tem condições de cumprir a ordem e, portanto, sua resistência é desarrazoada. Como pondera John Dobbyn, esses mecanismos trabalham com a lógica de que o ordenado possui as chaves da prisão em seu próprio bolso.²⁷ Ou seja, não se pode ver nos meios de indução (ao menos *a priori*) algo de excessivo ou incivilizado, na medida em que sua incidência só ocorre diante da renitência *injustificada*²⁸ do ordenado em dar atendimento à ordem judicial.

Por isso, não parece excessiva ou ilegal (ao menos em *abstrato*) a ordem de apreensão do passaporte, da carteira de habilitação ou de outro documento semelhante, até porque essa determinação só ocorreu porque o requerido, embora tenha recebido uma ordem, com prazo para seu cumprimento, entendeu (injustificadamente) que seria melhor descumprir o comando. A incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência.

O emprego dessas técnicas, portanto, é ferramenta posta à disposição do Judiciário e deve ser empregada, até mesmo por conta das vicissitudes do uso da multa coercitiva na prática nacional. Com efeito, como ponderado em outro lugar,²⁹ a forma como tem sido praticada a multa coercitiva no sistema nacional desvirtuou totalmente sua finalidade. De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de “indenização premiativa”. Não raras vezes, credores preferem receber o valor da multa a obter a efetiva satisfação da obrigação original – a cuja proteção se destinava a imposição das *astreintes*. Perdeu-se, em grande medida, o cunho coercitivo da medida, que se transformou em uma grande catapulta de indenizações vultosas e sem relação com o dano sofrido.

Seja como for, se o sistema desvirtuou o papel coercitivo da multa, impõe-se encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos sem dúvida encontra campo fértil nesse ambiente.

Desde que essas ordens não violem direitos fundamentais, nem constituam ato ilícito, nem exorbitem seu papel coercitivo, merecem ser elas empregadas amplamente. Logicamente, porém, seu emprego estará sempre condicionado a um elemento essencial: sua efetividade, ou seja, sua real capacidade de induzir o ordenado a cumprir com o comando judicial.

Parte da doutrina sugere que o emprego dessas medidas só deva ser admitido quando a medida tiver alguma correlação com a obrigação a ser tutelada. Assim, por exemplo, uma ordem de proibição de funcionamento de certa empresa só deveria ser expedida se o funcionamento da empresa violasse algum direito, mas jamais para o

²⁷ *Injunctions in a nutshell*. Minnesota: West, 1974, p. 225

²⁸ Logicamente, se há justificativa para a resistência, então o debate assume outro contexto, a ser adiante examinado.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas. *Revista forense*, n. 396, mar.-abr./2008, *passim*.

adimplemento de uma obrigação qualquer; uma ordem de apreensão da habilitação de dirigir só poderia ocorrer se o hábito de dirigir fosse a causa da inobservância do direito.³⁰

Não parece, porém, que essa exigência tenha fundamento.

Afinal, jamais se exigiu qualquer nexo de relação entre as técnicas coercitivas “típicas” (a exemplo da multa coercitiva ou da prisão civil) e a prestação cuja tutela se pretende. De fato, qual a relação entre o dever de pagar alimentos e a prisão do devedor? Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? Absolutamente nenhuma!

A “pertinência” ou correlação, portanto, entre o meio de indução e a prestação tutelada é requisito injustificável e que só se presta para colocar mais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e, portanto – como visto – à preservação dos direitos fundamentais do exequente.

Grande parte da doutrina brasileira, ademais, considera que o emprego das técnicas atípicas de efetivação – sobretudo em se tratando de obrigação pecuniária – só pode ocorrer de forma subsidiária. Por outras palavras, só se deve permitir ao magistrado lançar mão desses instrumentos se as medidas típicas previstas tiverem seu resultado frustrado.³¹ Haveria uma “tipicidade *prima facie*” para a efetivação de prestações de pagar soma em dinheiro, só afastada excepcionalmente, quando ela se mostre inviável a obter a satisfação do interesse do exequente.

Em essência, os argumentos para essa conclusão são de cunho legal e hermenêutico. Afirma-se, nesse passo, que a subsidiariedade da atipicidade vem assentada nos arts. 921, III e 924, V, do CPC, que trata da ausência de bens penhoráveis e da suspensão da execução.³² Argumenta-se ainda que supor a atipicidade como regra na efetivação de prestações de pagamento implicaria a violação do sistema do código e poderia conferir demasiados poderes ao juiz, ao arrepio da intenção do legislador.³³

Embora respeitáveis, os argumentos não parecem convencer.

Inicialmente, repise-se, como feito em vários momentos deste texto, que existe um direito fundamental, outorgado ao exequente, à tutela efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos. Logo, ainda que se supusesse a insuficiência da legislação

³⁰ Ao que parece, essa é a visão adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves, a partir dos exemplos que emprega. Diz o autor que seria possível a “suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (inclui as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário” (*Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1075).

³¹ Nesse sentido, entre tantos outros, v., especialmente, DIDIER JR., Fredie. *et alli*. *Curso de direito processual civil*. vol. 5, p. 107 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, ob. cit., p. 1076.

³² DIDIER JR., Fredie *et alli*. *Curso...*, ob. cit., p. 107.

³³ “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regramento da execução por quantia. Essa interpretação *retiraria* o princípio do *sistema* do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa *interpretação* é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, pré-determinar” (*ob. loc. cit.*).

infraconstitucional, esse defeito *deve, obrigatoriamente, ser sanado pelo aplicador do direito*, sob pena de se gerar manifesta inconstitucionalidade.³⁴

Porém, não parece ser este o caso. O sistema não é insuficiente. Insuficiente tem sido, isso sim, a leitura que se tem emprestado ao texto.

Tome-se como ponto de partida a questão da preservação do sistema do código.

Como se sabe, a ideia de um sistema implica um conjunto de elementos unidos por um mesmo critério ou princípio. Ou, na ponderação de Luhmann, o sistema se compõe por elementos e pela relação entre eles, chamada de estrutura.³⁵ No caso, o critério (ou a relação) que orienta o sistema de efetivação de direitos do código é, como sempre recordado pela doutrina nacional, o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do exequente da melhor maneira possível. É, aliás, o que explicitamente indica o art. 797, do CPC, a afirmar que “...realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.³⁶ Em que será que essa noção pode ser comprometida ao se admitir a predominância da atipicidade (e não da tipicidade no campo das técnicas executivas)? Parece claro que em nada.

Com efeito, como justificar que o sistema perca sua essência *precisamente quando almeja oferecer resposta mais efetiva aos interesses do exequente*? É evidente que a oferta de um modelo de atipicidade para a efetivação das prestações de pagar soma em dinheiro, bem ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente a *restabelecer* essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa. A violação ao sistema estava, como parece óbvio, quando se oferecia sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se oferecia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária. Havia razão para esse tratamento diferenciado? As prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa são mais relevantes do que as prestações pecuniárias, a ponto de o “sistema” permitir que se lhes oferte instrumentos de tutela privilegiados?

Parece evidente que não. Apenas para exemplificar, veja-se que entre as prestações de fazer podem enquadrar-se obrigações de reparação de um móvel ou de um eletrodoméstico qualquer; por outro lado, estariam entre as prestações pecuniárias as obrigações de pagamento de alimentos por ato ilícito (às quais a jurisprudência sempre resistiu em oferecer o mesmo regime dos alimentos fundados em relação de

³⁴ Nesse mesmo sentido, v. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 48 e ss.; *Id. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 82 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Ob. cit., p. 130 e ss.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, 1996, p. 61.

³⁶ Como lembra Araken de Assis, “a localização do art. 797, situado na abertura do Título II – Das Diversas Espécies de Execução – e integrando suas disposições gerais, embora trate do princípio da prevenção, ou preferência decorrente da penhora, justifica-se pela sua cláusula intermediária: ‘realiza-se a execução no interesse do exequente’. Essa disposição consagra a diretriz ideológica da realização dos créditos, autêntico princípio heurístico da execução marcadamente individualista, e explica o princípio da prevenção” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016, tomo XIII, p. 23)

família). É possível dizer que as primeiras espécies de obrigação merecem, na ordem jurídica brasileira, tratamento preferencial em relação às últimas?

Demais disso, é bom lembrar que o mesmo fenômeno hoje vivenciado em relação às prestações pecuniárias ocorreu, no passado, em relação às outras prestações. A predominância da atipicidade para a proteção das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, foi tida *como regra*, e não como forma subsidiária de efetivação, *mesmo com a preservação da disciplina típica previstas para a concretização dessas prestações*. De fato, recorde-se que, quando da inserção do art. 461, no CPC/73, o código contava com um regime típico para a realização das prestações de fazer e não fazer. Este consistia no Capítulo III, do Título II, do Livro referente ao Processo de Execução (arts. 632-643). O mesmo ocorreu quando foi incorporado o art. 461-A, que tratava das prestações de entrega de coisa e vinha a oferecer novo panorama para a velha disciplina prevista entre os arts. 621 a 631 daquele código. Na época, a doutrina não teve nenhuma dificuldade em aceitar que, a partir de então, o “sistema” passava a trabalhar com a lógica da atipicidade (como regra, e não apenas subsidiariamente), *ainda que os instrumentos “típicos” para a efetivação daquelas prestações continuassem existindo*.³⁷

Não parece, por tudo isso, que a ideia de integridade do sistema perca qualquer consistência em razão da passagem de um modelo de tipicidade, para um de atipicidade da tutela das prestações de pagar soma em dinheiro.

Tampouco convence o argumento de que esse regime de atipicidade conferiria ao magistrado poderes excessivos, não desejados pelo legislador. Ora, foi o próprio legislador que incluiu o art. 139, inc. IV, no CPC em vigor. Foi ele também quem deixou explícito no texto legal que esses poderes atípicos aplicam-se, inclusive, a prestações de pagar soma em dinheiro. Diante disso, pode haver alguma dúvida da intenção do legislador?

Vale sublinhar que, caso o legislador entendesse como excessivos os poderes de efetivação atípicos, conferidos pelo art. 139, IV, nem de forma subsidiária ele os conferiria ao magistrado. Se esses poderes foram outorgados, é para serem usados; é porque esses poderes são importantes para que se possa ter resposta efetiva e adequada aos direitos e, enfim, para que se possa realizar a promessa constitucional do acesso à Justiça.

Não há, portanto, nada de excessivo ou exagerado no emprego dos poderes (que, diga-se, são na verdade deveres-poderes) a que se refere o art. 139, IV, do CPC.

³⁷ Apenas para que não reste dúvida da identidade entre aquela situação e a presente, relembre-se que, na época da introdução do art. 461, no CPC/73, regrado a efetivação das prestações de fazer e não fazer, por meio da Lei nº 8.952/94, a Lei nº 8.953/94, da mesma data, realizou modificações nos artigos que regravam a tutela de prestação de fazer e não fazer. Ou seja, no mesmo momento, houve a inclusão do art. 461 e modificações no regime “típico” para a tutela de prestações de fazer ou não fazer. Mesmo assim, isso jamais impediu que a doutrina considerasse que, a partir de então, as prestações de fazer e não fazer haviam recebido novo modelo de tutela, com sistema aberto e atípico de proteção. Jamais se cogitou, então, que a aplicação dos poderes abertos do art. 461 aos títulos judiciais fosse excepcional, ou dependesse, primeiramente, do esgotamento da via “típica” dos arts. 632 e ss. Tudo isso, frise-se, mesmo diante da redação então imposta ao art. 632, que afirmava claramente que o regime disciplinado a partir daquele artigo se aplicava a qualquer título executivo, ou seja, aos judiciais e aos extrajudiciais.

Finalmente, resta o argumento da disciplina legal, trazida entre os arts. 921, III, e 924, V, do código atual, que regula a forma de satisfação da obrigação pecuniária. O primeiro dos preceitos afirma que a execução deve ficar suspensa, se não forem encontrados bens do executado para serem penhorados; já o segundo alude à extinção da execução em razão da prescrição intercorrente. A doutrina que entende pela aplicação meramente subsidiária do art. 139, IV, do CPC, defende que as regras acima apontadas indicariam que o regime padrão da efetivação das prestações pecuniárias é por meio da penhora de bens, tanto que, na sua falta, o procedimento deveria ficar suspenso, ocorrendo posteriormente – se não localizados bens – a extinção do cumprimento por prescrição intercorrente.

O argumento também não impressiona.

Em primeiro lugar, se fosse o caso de tomar literalmente as regras apontadas, considerando-as como a essência do regime do cumprimento de prestações pecuniárias, *então simplesmente não haveria nenhum espaço para outros caminhos*. Assim, nesse caso, sequer de forma subsidiária teria cabimento o emprego do art. 139, IV, do CPC, na medida em que, sempre, a falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente.

Além disso, parece que as regras indicadas (arts. 921, III e 924, V) estão integradas, *exclusivamente*, à hipótese em que a técnica a ser empregada seja a expropriação de bens. Por outras palavras, não parece haver antinomia entre o art. 139, IV, e os dispositivos mencionados, na medida em que os arts. 921, III, e 924, V, só serão aplicados caso o juiz – elegendo, com base no art. 139, IV, do código, a técnica a ser empregada para a satisfação da prestação pecuniária – entenda por impor a prestação sob pena de expropriação de bens. Do contrário, tendo ele eleito outra técnica, os preceitos serão inaplicáveis – como, de resto, serão inaplicáveis também à tutela das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, ainda que essas regras estejam inseridas como cláusulas gerais que deveriam governar a efetivação dos direitos (Títulos IV e V, do Livro II, do CPC).

Vale dizer: sabendo que o juiz pode escolher, entre as diversas técnicas possíveis, aquela que melhor atende ao interesse do processo, tem-se que, eventualmente, pode ele escolher como técnica adequada a expropriação patrimonial. Se esse for o caso, entram em ação as regras dos arts. 824 e ss. (aí incluídos os arts. 921, III, e 924, V) do código, como procedimento a ser seguido para a implementação dessa expropriação. Nessa hipótese, ademais, justifica-se que o início da fase do cumprimento da sentença *só se dê por iniciativa da parte exequente*, tal como prevê o art. 513, § 1º, do CPC.

Com efeito, há harmonia entre a exigência de iniciativa da parte para que comece o cumprimento de sentença por expropriação patrimonial e os comandos presentes nos arts. 921, III, e 924, V, do código. A exigência de iniciativa para encetar o cumprimento por expropriação se põe *exatamente* porque, ausentes bens do executado, há risco concreto de paralisação do curso da execução e, eventualmente, de sua extinção, com a perda da pretensão à execução. O exequente, por isso, tem que ter o exato domínio da situação patrimonial do executado, de modo a saber o

melhor momento em que deve ter início o cumprimento de sentença (por expropriação patrimonial), sob pena de ter frustrada a satisfação de seu crédito. Na verdade, é o regime de suspensão e extinção do cumprimento diante da falta de bens penhoráveis que explica a exigência de iniciativa da parte exequente para inaugurar a fase do cumprimento *quando empregada a técnica de expropriação patrimonial*, nos termos exigidos pelo art. 513, § 1º, do código.

Quando, porém, a efetivação da prestação pecuniária se dê pelo emprego de alguma outra técnica – medida sub-rogatória ou de indução –, então não se justifica a exigência de iniciativa da parte para o começo da fase de cumprimento. Ninguém imagina que, se a sentença impôs o pagamento de soma em dinheiro sob pena de sequestro de numerário, sob pena de multa coercitiva ou sob pena de restrição a direito, a efetividade dessa ordem fique condicionada a um prévio requerimento do exequente. Tampouco se há de imaginar que, nesses casos, a falta de bens penhoráveis do executado tenha algum reflexo para o prosseguimento da fase de cumprimento.

Em síntese, caso o magistrado indique, na sentença ou na decisão que imponha o pagamento de soma, o emprego da expropriação patrimonial como técnica idônea à obtenção do resultado, então a efetivação do cumprimento depende da iniciativa da parte interessada, até mesmo porque essa fase só deve iniciar-se caso haja certeza da existência de patrimônio responsabilizável, sob pena de ocorrer a suspensão do cumprimento, com eventual prescrição intercorrente da pretensão executória. Caso, porém, entenda o juiz por empregar outra técnica de indução ou de sub-rogação para impor a prestação, então todo esse regime (dos arts. 824 em diante, aí incluídos os arts. 921, III, e 924, IV) é inaplicável, sendo viável a imposição da técnica *ex officio*,³⁸ até a obtenção do resultado esperado.

Sendo assim, parece claro que os preceitos indicados pela doutrina não são hábeis a apoiar a conclusão de que a efetivação de provimentos de pagar por meio de técnicas de sub-rogação ou de indução tenha caráter subsidiário no direito brasileiro. Ao contrário, aqueles artigos aplicam-se exclusivamente ao regramento de uma das técnicas empregáveis (a expropriação patrimonial), havendo outros preceitos que incidem quando outras forem as técnicas aplicadas. A existência daqueles comandos, portanto, não permite de forma alguma concluir pela subsidiariedade da aplicação do art. 139, IV, do CPC, no sistema atual.

Em verdade, a discussão a respeito da necessidade de prevalência de técnicas regradas ou não para a tutela dos direitos não é nova, mesmo em outros países. Discussão semelhante, por exemplo, já foi travada no direito norte-americano, embora sob outro enfoque. Debatendo a questão do cabimento da tutela específica naquele ordenamento, chegou-se a esboçar alguns critérios para seu emprego, em detrimento do ressarcimento por equivalente. Sugeriu-se basicamente quatro critérios para a

³⁸ Em todo caso, porém, parece razoável a aplicação da fungibilidade de técnicas, de sorte que o magistrado pode, notando a inidoneidade do meio originalmente imposto, modificá-lo, sempre no intuito de obter de forma mais rápida, efetiva e eficiente (e, na medida do possível, com a menor restrição possível ao executado) a satisfação do crédito.

predominância da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente: a) deve-se exigir do autor a demonstração de que sofreu uma lesão irreparável; b) deve-se apurar se os instrumentos previstos regularmente (*at law*), como a reparação de danos, são inadequados para compensar aquele gravame; c) deve-se ponderar os gravames causados ao autor e ao réu com a concessão (ou não) da tutela específica; e d) deve-se considerar se o interesse público não será prejudicado com a concessão da medida.³⁹ Tais critérios, embora sejam considerados relevantes naquele ordenamento, não têm, jamais caráter absoluto na outorga de provimentos de tutela específica. Em verdade, como alerta a doutrina mais abalizada, tem-se confiado mais na discricionariedade judicial para a determinação do melhor instrumento para a proteção da situação posta *sub judice*.⁴⁰ Aliás, naquele ordenamento, tem sido alvo de acirrado debate a questão da necessidade de se verificar a *inadequação* dos instrumentos tradicionais, como requisito para a concessão da ordem judicial. Muitos autores têm sustentado que essa exigência não pode mais se sustentar, porque ela remonta a origem do direito processual inglês da *Court of Chancery*, não tendo, porém, mais cabimento perante o ordenamento atual. Esse tribunal de equidade, em sua origem, só poderia ser acionado se as tutelas previstas no regime “geral” (*at law*) se mostrassem inadequadas. Aí reside a gênese do requisito da inadequação dos instrumentos tradicionais, como pressuposto para que se pudesse recorrer às *injunctions*. Todavia, essa dualidade no sistema processual anglo-americano está superada, de modo que não se justifica impor a inadequação das tutelas tradicionais para que o regime das *injunctions* seja aplicado.

A discussão havida naquele sistema, *mutatis mutandis*, pode ser transposta para o direito nacional. Parece que apenas o apego à tradição justifica a imaginada subsidiariedade do sistema atípico oferecido pelo art. 139, IV, do CPC. Nada, além disso, explica (e muito menos justifica) que ainda na atualidade seja necessário discutir sobre a prioridade do meio mais idôneo ou menos idôneo, na efetivação dos direitos.

5. Esboçando alguma conclusão

Concluído, então, que o regime de atipicidade não pode ser subsidiário – pouco importando a espécie de prestação a que deve proteger –, a questão a ser respondida é: como deve o juiz orientar-se na escolha da ferramenta a ser empregada para a satisfação dos direitos?

Partindo da premissa de que *todos os meios de indução ou de sub-rogação* (e também a expropriação patrimonial) estão disponíveis, sem que se possa falar em subsidiariedade deste ou daquele meio, parece que o primeiro critério hábil a determinar a escolha do meio seja o da efetividade da medida a ser usada.

Se a “execução”, como já dito, se faz no exclusivo interesse do exequente, então a técnica a ser empregada deve considerar o caminho mais efetivo para a satisfação do

³⁹ Assim, U.S. Supreme Court, *Weinberger v. Romero-Barcelo*, 456 U.S. 305 (1982); *Amoco Production Co. v. Gambell*, 480 U.S. 531, 542 (1987).

⁴⁰ V., RENDLEMAN, Doug. *Ob. cit.*, p. 81 e ss.

crédito. Porém, também como visto, essa efetividade não pode ser vista apenas diante do processo, singularmente considerado. Deve-se também considerar, entre outros aspectos, o esforço que aquele meio exigirá do Poder Judiciário especialmente no cotejo com os outros processos que também demandam a atenção do órgão jurisdicional.

Não há, então, como se falar de forma abstrata em medida adequada. Também, não se pode pretender estabelecer regras genéricas de adequação. De forma apriorística, pois, os poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos. O juiz não está preso a formas pré-ordenadas de efetivação (princípio da atipicidade das formas de execução), sendo livre para determinar o mecanismo mais adequado para o caso concreto. A escolha dos instrumentos a serem empregados para a efetivação de certa decisão somente poderá ser examinada diante do caso concreto.⁴¹

Há, nesse sentido, certo âmbito de discricionariedade atribuído ao juiz para a determinação da técnica a ser empregada. Essa discricionariedade judicial⁴² na eleição dos meios de imposição da decisão judicial será orientada, especialmente, por quatro critérios básicos: *a)* o dever de máxima efetividade; *b)* o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; *c)* o critério de proporcionalidade panprocessual e suas vertentes; *d)* em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado.⁴³

Substancialmente, os dois primeiros critérios são decorrência da aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao caso concreto. O primeiro deles (a máxima efetividade) decorre da característica, essencial a todos os direitos fundamentais, que impõe que a interpretação dada a essas garantias seja sempre otimizada. Os direitos fundamentais (entre os quais se insere, por óbvio, a garantia de acesso à

⁴¹ Recorde-se, a esse propósito, a controvérsia surgida na praxe brasileira, em relação à efetivação das sentenças que impunham o pagamento de expurgos inflacionários de cadernetas de poupança. Alguns juízes, entendendo que se tratava de obrigação de pagar, entendiam que a forma correta de execução deveria ser a “execução por quantia certa”; outros, por concluir que se tratava de obrigação de entrega de coisa (já que o dinheiro em questão era de propriedade do poupador, mas não havia sido repassado a este) entendiam por aplicar o regime da execução para a entrega de coisa; finalmente, havia juízes que entendiam que a prestação devida envolvia o “dever de creditar” (que seria operação meramente contábil e não abarcaria de fato a entrega de dinheiro) e por isso aplicavam o regime da execução de fazer. Qual a solução mais adequada? Aplicado o raciocínio do texto, a lógica das decisões mencionadas parte de premissa equivocada. Não se deve buscar a forma de execução segundo um “tipo abstrato” de prestação. Ao contrário, devem-se buscar as informações do caso concreto (as peculiaridades da prestação que se queira impor, ou seja, *in casu*, as particularidades envolvidas nessa restituição dos valores de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança) para, a partir daí, determinar os instrumentos mais adequados à proteção do interesse.

⁴² Vale relembrar que a noção de discricionariedade judicial não tem nenhuma relação com a ideia de discricionariedade administrativa. Deveras, não há espaço, em juízo, para considerações a respeito de conveniência e oportunidade. A noção de discricionariedade judicial envolve apenas a consideração de que há uma margem de liberdade para o juiz empregar a solução ótima diante do caso concreto. Como acentua Giovanni Verde, é necessário “*una qualche discrezionalità nella maniera di correre gli ordini con misure coercitive; una discrezionalità che si collega alla necessità che il giudice in qualche modo colleghi queste sanzioni alla specificità del caso*” (VERDE, Giovanni. Replica. In: *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 141/142).

⁴³ V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*, ob. cit., p. 323 e ss.

Justiça, que, como visto, é a base do direito à efetivação dos provimentos judiciais) devem sempre ser lidados de modo a extrair-se deles a maior efetividade possível. O Estado tem, portanto, o dever de oferecer o mais amplo espectro de instrumentos de efetivação das decisões judiciais imaginável.

Por outro lado, a garantia de acesso à Justiça pode contrastar com outras garantias, dadas ao “executado”. Logicamente, diante dessa colisão, não se pode sempre supor que o direito fundamental à inafastabilidade (e, conseqüentemente, os poderes de efetivação das decisões judiciais) deva prevalecer. Deve haver uma acomodação desses valores, de forma que ambos possam conviver de maneira harmônica, na maior amplitude possível de suas extensões. É nesse sentido que se põe, então, o segundo critério, acima indicado: *respeitar* as garantias dos que sofrerão a efetivação da decisão judicial, especificamente daquelas que possam entrar em colisão com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.⁴⁴

Respeitar não significa, necessariamente, fazer sempre prevalecer essas garantias. Isso porque, quando houver colisão de garantias fundamentais (a garantia de inafastabilidade e alguma outra garantia), a noção de “respeito” indica a necessidade de perceber a existência desse outro valor constitucional, dando aos valores envolvidos a devida ponderação. As técnicas de solução da colisão de direitos fundamentais, e em particular o *critério da proporcionalidade*, terão papel decisivo aqui, na tarefa de determinação da amplitude a ser dada, no caso concreto, a cada um desses interesses.⁴⁵

A avaliação da proporcionalidade, ademais, deve pautar-se não apenas pela consideração da proporcionalidade endoprocessual – com a consideração dos valores constitucionais postos em jogo *dentro* de cada processo – mas também panprocessual, com a avaliação das conseqüências que a adoção de certo mecanismo terá para a gestão do serviço “justiça” como um todo. Assim, por exemplo, um instrumento pode parecer *a priori* muito eficiente ou muito balanceado na ponderação exclusiva do caso concreto, mas mostrar-se totalmente desarrazoado se considerado o universo de processos que estão sob a administração do magistrado. Tome-se o caso da penhora por meio eletrônico: muitos magistrados ainda se mostram adversos ao seu emprego, sob o argumento de que a medida toma muito tempo para ser realizada; pensado, porém, sob a perspectiva do conjunto dos processos, e mesmo da demora da específica execução, vê-se que o instrumento poupa um tempo imenso da atividade

⁴⁴ Seriam impensáveis no Brasil, por exemplo, a imposição de penas ou sanções que denigrem a imagem do infrator (ditas *shaming punishments*). São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Michael A. Cicconetti, da *Municipal Court of Painesville* (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilar pela cidade, vestida de galinha, com uma placa com a frase “não há Galinheiro em Painesville” – referência a bordel famoso no Estado de Nevada – EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional.

⁴⁵ Nesse sentido, v. ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner. In: http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner. Acesso em: 09 mar. 2018.

jurisdicional. O tempo “global” poupado – do Judiciário como um todo, aí incluídos os serviços auxiliares, como o trabalho cartorário e o do oficial de justiça – e a economia gerada com a penhora por meio eletrônico – para o Judiciário e para as partes – evidentemente superam a pontual complexidade maior do procedimento, de modo a indicar o seu emprego.

Finalmente, deve entrar em cogitação, também, a máxima estabelecida pelo art. 805, do CPC, que afirma que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Este critério, parece desnecessário dizer, aplica-se apenas diante da *multiplicidade de meios idênticamente idôneos*. Não se trata, portanto, de optar por meio *menos idôneo*, apenas porque ele implica menor onerosidade para o executado. Como claramente determina o art. 805, parágrafo único, do CPC, a alteração do meio (em razão do princípio da menor onerosidade) depende da demonstração pelo executado da existência de algum meio “mais eficaz” e “menos oneroso”. Logo, se os outros meios disponíveis são *menos eficazes*, então o princípio da menor onerosidade não se aplica.

De toda sorte, não deve haver solução tida como correta para todos os casos. Somente a avaliação da situação concreta demonstrará qual o caminho melhor para a tutela de cada interesse, especificamente informado pela situação do requerido e pela observância de suas garantias fundamentais.

O juiz, assim, não tem uma liberdade para eleger o mecanismo de atuação que mais lhe aprover. Está ele vinculado à observância das garantias mencionadas, devendo sempre escolher o instrumento que gere a maior efetividade para a sua decisão, sempre que possível com o menor sacrifício possível para eventuais garantias do requerido. Logicamente, essa ponderação há de passar por uma adequada justificação da decisão judicial, de modo a se ter expressa ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o que permitirá o controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Sem dúvida, não é fácil determinar o ponto de equilíbrio entre a preservação das liberdades e os poderes a serem dados ao juiz. Não parece, porém, que a desconfiança na autoridade judicial – que se traduz na resistência ao emprego do art. 139, IV, do CPC, ou na compreensão de que essa técnica só pode ser aplicada subsidiariamente, diante da absoluta falha do meio tradicional – apresente a resposta adequada para que o processo de fato possa cumprir com sua promessa constitucional: oferecer ao jurisdicionado a proteção adequada, tempestiva e efetiva de seus direitos.

As contribuições do pensamento de Cesare Beccaria em *Dos Delitos e das Penas* para o Direito Penal brasileiro: uma análise doutrinária

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*

Sumário

Introdução. Desenvolvimento. Iluminismo. Beccaria e a obra *Dos Delitos e das Penas*. Princípios postulados por Beccaria no Direito Penal brasileiro: análise. Conclusão. Referências.

Resumo

O Direito Penal passou por transformações. A vingança privada deu lugar ao *jus puniendi*, cabendo ao Estado, dentro dos princípios da humanidade e do devido processo legal, respeitando as garantias fundamentais, aplicar o direito, fazendo, assim, a justiça nos ditames legais. Nesse contexto, destacamos os pressupostos adotados por Cesare Beccaria na obra *Dos Delitos e das Penas*. Tais pressupostos transformaram-se em princípios norteadores do Direito Penal humanitário. Este artigo consiste em uma análise das contribuições dos princípios do Direito Penal humanitário definidos por Beccaria, presentes no Código Penal Brasileiro e na Constituição Federal de 1988, fundamentados nos pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica à luz de Beccaria (2009), Bitencourt (2012), Castro (2009), Mirabete (2005), Nascimento (1991), Albuquerque (1991), Greco (2010), Zaffaroni, (1999), Queirós (2009). Desenvolvemos os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa bibliográfica e análise documental. Concluímos que os princípios definidos por Beccaria serviram de fundamentos para um Direito Penal consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana em sintonia com a legalidade e outros princípios advindos deste.

Abstract

Criminal law has undergone transformations. Private revenge gave way to the jus puniendi, leaving it to the State, within the principles of humanity and due legal process, respecting fundamental guarantees, to apply the law, thus doing justice in the legal dictates. In this context, we highlight the assumptions adopted by Cesare Beccaria in the work Dos Delitos e das Penas. Such assumptions have become guiding principles of

* Doutorando em Linguística (UNB), com ênfase em Ecolinguística aplicada aos contextos forenses. Mestre em Linguística (UFPB). Especialista em Português Jurídico e Direito do Consumidor. Professor da rede pública do estado da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia – Campus IV, atuando no Colegiado de Direito.

humanitarian criminal law. This article consists of an analysis of the contributions of the humanitarian Criminal Law principles defined by Beccaria, present in the Brazilian Penal Code and in the 1988 Federal Constitution, based on the theoretical and methodological assumptions of bibliographic research in the light of Beccaria (2009), Bitencourt (2012), Castro (2009), Mirabete (2005), Nascimento (1991), Albuquerque (1991), Greco (2010), Zaffaroni, (1999), Queirós (2009). We develop the theoretical and methodological assumptions of bibliographic research and document analysis. We conclude that the principles defined by Beccaria served as foundations for a Criminal Law embodied in the principle of the dignity of the human person in line with the legality and other principles arising from it.

Palavras-chave: Direito. Dignidade. Humanidade. Reserva legal. Princípios. Iluminismo.

Keywords: Law. Dignity. Humanity. Legal reserve. Principles. Enlightenment.

Introdução

Para falar em Direito, é necessário, sobretudo, contextualizá-lo no tempo e espaço a fim de uma melhor compreensão dos fenômenos jurídicos e sociais. A análise diacrônica é a base para um conhecimento amplo do objeto de estudo de qualquer ciência. Como o Direito é um conjunto de normas pautadas pelo homem para assegurar as relações sociais de forma equânime que visam à aplicação da justiça, não se pode falar em Direito desvinculado do Homem e da História, porque é o homem quem faz o Direito e é para o homem que o Direito é feito, conforme Lages (2010, p. 02). Por isso, reconhece-se que o Direito é fruto da convivência social e das transformações histórico-culturais por que passa a sociedade. Daí, a relação entre a história e o Direito.

Diante dessas afirmações, este trabalho tem como objeto de estudo as contribuições da obra Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, no Direito Penal brasileiro. Para fundamentar a análise e desenvolver a situação problema da pesquisa, recorreu-se à obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, por ser um marco teórico na história do Direito Penal Humanitário. Essa obra foi publicada no século XVIII, mas os pressupostos nela apresentados serviram de postulados do Direito Penal moderno, adotados pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), documento que define os direitos individuais e coletivos dos homens e culminante da Revolução Francesa. A obra de Beccaria foi o símbolo da reação liberal ao tratamento penal desumano da época. Alguns dos postulados definidos por Beccaria para uma nova visão do Direito Penal:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos

casos da pena de morte e das sanções cruéis; 2. Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente; 3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza, para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos; 4. A prisão preventiva somente se justifica diante da prova da existência do crime e de sua autoria; 5. Devem ser admitidas em Juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis); 6. Não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso; 7. Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus que não levam à descoberta da verdade; 8. A pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também recuperar o delinquente. (MIRABETE, 2005, 38)

Considerando esses postulados, o objetivo geral da pesquisa consiste em: analisar as contribuições da obra *Dos Delitos e das Penas* para o estudo do Direito Penal brasileiro na atualidade, haja vista a adoção de um Direito Penal não apenas punitivo, mas um Direito Penal cuja aplicação da pena seja fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, esculpido no Art. 1º, III da Constituição Federal, citada neste artigo pela sigla CF/88, e a necessidade de uma reforma na legislação penal brasileira.

Para alcançar esse objetivo amplo, perquirimos objetivos mais específicos:

- a) Contextualizar a obra *Dos Delitos e das Penas* no espaço temporal em que fora publicada, tendo em vista a situação sócio-política da época;
- b) Compreender a legislação penal da época;
- c) Correlacionar os princípios elencados em *Dos Delitos e das Penas* e a legislação penal brasileira, especialmente no Código Penal Brasileiro (CPB) e na CF/88 – Artigo 5º, tendo em vista esse artigo assegurar os direitos fundamentais a todos os brasileiros;
- d) Descrever como esses princípios são vistos na doutrina e na jurisprudência pátrias.

O objeto de estudo que configura a questão-problema deste trabalho é extenso. Por isso, a análise consta de cinco princípios defendidos em *Dos Delitos e das Penas* presentes na legislação penal brasileira.

A temática desta pesquisa se justifica pela contribuição de um estudo do Direito Penal não apenas como a aplicação da lei e o estudo dos delitos, mas, sobretudo, pela

análise do fundamento básico para um Direito Penal mais humano no que se refere à pena. O tratamento cruel dispensado ao infrator nos primórdios da humanidade e reconhecido ao longo da história dos direitos humanos exige uma mudança no ordenamento jurídico atual.

A abordagem da pesquisa se insere no método qualitativo, observando o vínculo entre o objeto de estudo e a realidade atual, constituindo, assim, uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista o levantamento da bibliografia publicada, relacionando o que foi escrito sobre o tema e a doutrina, jurisprudência, convenções, entre outros documentos jurídicos, fundamentando-se em Cesare Beccaria (2009), Cesar Roberto Bitencourt (2012), Flávia Lages de Castro (2009), Júlio Fabbrini Mirabete (2005), Milton Vieira Nascimento (1991), Albuquerque (1991), Rogério Greco (2010), Raul Eugenio Zaffaroni, (1999), Paulo Queirós (2009) e outros.

Para a realização do trabalho, adotaram-se os pressupostos teóricos da metodologia da pesquisa bibliográfica, procedendo à coleta, análise e interpretação dos dados à luz do método histórico, investigando os reflexos do Direito penal humanitário do período Iluminista no ordenamento jurídico atual. Na delimitação do objeto de estudo, aventaram-se hipóteses que nortearão a análise e interpretação dos dados:

- a) O Direito Penal, no ordenamento jurídico atual, é visto como o ramo da ciência jurídica que estuda somente o crime e a cominação da pena correspondente?
- b) A pena tem um caráter retributivo desde os primórdios da história da humanidade, pois o réu deve ser punido pelo delito?
- c) Apesar de criticar o sistema penitenciário do século XVIII, os princípios *Dos Delitos e das Penas* retratam a estrutura penal hodierna?
- d) Há uma relação entre os princípios definidos por Beccaria e o princípio da dignidade da pessoa humana?

Essas hipóteses serão confirmadas ou refutadas no decorrer do artigo.

Desenvolvimento

O Direito se relaciona diretamente com a História, compreende o comportamento das pessoas à luz das legislações, por intermédio dos costumes sociais, ou ordenamentos jurídicos complexos. O conhecimento jurídico necessita ser contextualizado, porque o significado que Direito expressa em determinado momento somente será compreendido se tiver como fundamento seus antecedentes históricos. Por isso, é necessária uma sinopse da obra de Beccaria no contexto histórico-filosófico do período iluminista.

Iluminismo

Foi um movimento de ideias originado no século XVII, porém difundido no século XVIII, “século das luzes”. O objetivo do Iluminismo era estabelecer a soberania da razão sobre a autoridade e os preconceitos. Apesar de possuir caráter heterogêneo e de influência eclética, visava à destruição da tirania nas suas mais variadas formas. (NASCIMENTO, 1991, p. 194-198).

Os pensadores iluministas defenderam uma sociedade mais racional e humana, não concebiam crenças e instituições não embasadas na força da razão e que servissem para a degradação do homem, apresentaram críticas à Igreja Católica por essa instituição difundir nos fiéis a superstição, o fanatismo e intolerância de credos, resultando na perseguição. A Igreja tinha praticado inúmeros atos de violência, a exemplo das Cruzadas e a Santa Inquisição. Os Iluministas foram notavelmente influenciados por Thomas Hobbes e John Locke. Na análise do campo do Direito, entre os filósofos iluministas, destacam-se Montesquieu e Rousseau, devido à grande influência deles na obra de Beccaria.

Segundo Albuquerque (1991, p. 113-120), Montesquieu, em *O Espírito das Leis* (1748), mostra uma nova definição de lei que não poderia ser entendida como expressão da vontade divina, rompendo, assim, com a confusão entre a política e a teologia. Sua obra destaca-se pela teoria ou o princípio da separação dos poderes. De acordo com essa teoria, o poder deve ser separado em três funções dotadas de igualdade: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Rousseau, um dos autores mais importantes do século das luzes, destaca-se nesse período com duas obras fundamentais: *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1755) e o *Contrato social* (1762). Na primeira obra, contextualiza a transformação do homem, compreendendo o estado de liberdade até a servidão humana, tematizando a opressão do mais fraco pelo mais forte. Na segunda, apresenta uma forma de ação política, determina um pacto social. Após o homem ter perdido sua liberdade natural, a liberdade civil seria estabelecida. O povo é soberano, porque pode impor ao governante a chamada vontade geral. Com esses postulados, Rousseau, posteriormente, transformara-se no filósofo da Revolução Francesa.

Voltaire não foi um pensador sistemático, mas propagou as ideias iluministas, chamou a atenção de toda a Europa para o grave erro judiciário que condenou Jean Calas à morte, pelo suplício da roda. Nesse período, chegou à França, o livro de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*. Voltaire publicou um comentário acerca desse livro. Conforme Zaffaroni (1999, 84), a campanha de Voltaire durante o episódio Calas e as ideias difundidas na obra de Beccaria desestruturaram o sistema penal vigente.

No mundo jurídico, o Iluminismo mostrou a existência de um direito natural, o qual estabelecia que o homem tem direitos relativos à dignidade comuns a todos os homens (*status natural*), não importando os motivos que propiciaram ao homem a vida em sociedade. Dessa forma, ficou estabelecido que os direitos individuais são

inatingíveis. Para os iluministas, o homem deixa de ser meio, passando a ser o fim da sociedade.

As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII justificam a reação de um grupo de pensadores, cuja temática era um movimento de ideias que, tendo como base a razão e a humanidade, combateram as leis vigentes, inspiradas em procedimentos de excessiva crueldade, castigos corporais e a pena capital. Na segunda metade do século XVIII, os criminalistas filósofos, moralistas e juristas criticaram a legislação penal, defendendo a liberdade do indivíduo, sobretudo, os princípios da dignidade do homem. Destaca, nesse contexto, Beccaria com sua obra-prima *Dos Delitos e das Penas*.

Beccaria e a obra *Dos Delitos e das Penas*

Beccaria nasceu em Milão em 15 de março de 1738. Tornou-se amigo dos irmãos Verri: Pietro (filósofo italiano, economista, historiador) e de Alessandro (escritor). Ainda jovens, Beccaria, Pietro e Alessandro reuniam-se para discutir e conhecer as obras dos filósofos franceses, fundaram a *Accademia dei Pugni* – Academia dos Punhos, cujo objetivo era combater as ideias conservadoras da época. Nos encontros intelectuais da Academia, Beccaria conheceu a crueldade do sistema penal vigente da época, graças aos relatos de Alessandro, que exercia o cargo de protetor dos encarcerados. Apesar de a obra de Beccaria ter sido influenciada pelos irmãos Verri, houve o rompimento entre eles. Além dos irmãos Verri, destacadamente Pietro, Beccaria foi influenciado pelas ideias de Montesquieu e Rosseau. Em 1764, aos 25 anos de idade, publicou *Dei Delitti e Delle Pene*, obra que marcou o pensamento jurídico penal. *Dos Delitos e das Penas* não é uma obra de dogmática penal ou um comentário acerca do Direito Penal. É uma análise crítico-valorativa, do ordenamento penal vigente. Essa obra trouxe a lume uma obra política que mostrou a dura realidade do sistema penitenciário, cujos ensinamentos Beccaria (2009, 101) proclamou que “é melhor prevenir os crimes do que os punir”. Por isso, uma sociedade perfeita não é aquela que pune todos os crimes, porém aquelas que não tem crime para punir.

Em síntese, essa obra é um conjunto de princípios fundamentais para aplicação de um Direito Penal humano, tornando-se o símbolo de reação liberal ao panorama penal, seja do passado ou do presente, delineando, dessa forma, o início do Direito Penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia e o da Escola Clássica de Direito Penal. A seguir, a análise de cinco princípios do Direito Penal brasileiro correlacionando-os com os postulados formulados por Beccaria na obra em análise.

Princípios postulados por Beccaria no Direito Penal brasileiro: análise

A palavra princípio vem do latim *principiu*, significa o momento em que uma coisa tem origem; ponto de partida. No mundo jurídico, princípio é o mandamento nuclear do sistema, é o alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, serve de critério para sua exata compreensão.

A legalidade é o instrumento imprescindível à proteção individual no Estado Democrático de Direito. Os princípios norteadores do sistema processual penal almejado devem estar vinculados ao princípio da legalidade, pois, conforme escreveu Beccaria (2009, p. 20): “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um contrato social”.

Ab initio, concluímos que os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de possuírem suas especificidades, estão interligados, falando em um, pode-se retomar características de outros.

Princípio da Legalidade: surgiu no fim do século XVIII, é o instrumento normativo que fundamenta o Direito Penal. Somente a lei pode definir o que é crime e cominar a pena, conforme prescreve a CF/88 no Artigo 5º, inciso XXXIX: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal* (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*). Segundo Capez (2014, p. 39), esse princípio foi redescoberto por Paul Johann Anselm Von Feuerbach na Magna e o artigo inicial do Código Penal brasileiro: *Art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*.

Consoante esse princípio, nenhum fato pode ser definido como crime e nenhuma pena pode ser a ele aplicada sem, antes desse mesmo fato, o tipo delitivo e a pena respectiva terem sido instituídos por lei. Esse princípio é o fundamento para a limitação do poder estatal de interferir nas liberdades individuais. Tal princípio advém do Artigo 8º da Declaração dos Direitos e do Cidadão, inspiração da Revolução Francesa, fundamento do Art. 1º do CPB: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*. Esse artigo é o fundamento dos princípios da Anterioridade da Lei e da Reserva Legal ou Legalidade. Por isso, a doutrina defende:

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); proibir incriminações vagas ou indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). (GRECO, 2010, 96)

Esse princípio consiste em restringir direitos do poder do Estado em limitar sua atuação e impede abusos. Esse princípio determina que tal atividade seja realizada por lei escrita, certa e prévia, cuja descrição seja clara. Ainda desse princípio, decorrem os princípios da tipicidade, da taxatividade e o da Anterioridade da Lei Penal que são correlatos.

Princípio da Tipicidade: O tipo penal representa uma garantia, pois uma conduta só pode ser incriminada se houver a positivação de sua proibição. Um tipo penal só existirá se for definido em Lei, ou seja, uma conduta considerada crime. Por isso, a legalidade representa a necessidade da anterioridade da lei penal para que o agente seja punido. Daí, o brocardo: *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, ou seja, é proibida a fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário, pois de nada adianta a norma definir os tipos penais se ela não for escrita.

Princípio da Taxatividade: impede o uso de conceitos vagos, imprecisos e de normas incriminadoras sem núcleo do tipo, elimina, portanto, o risco de uma lei servir para incriminar qualquer conduta. O uso da analogia, visando a prejudicar ou agravar a situação do réu, é proibido. Sendo decorrente do Princípio da Legalidade, o princípio da Taxatividade é determinante para que a Lei Penal seja clara e precisa, de modo que seu destinatário possa compreendê-la. Ao Poder Legislativo, compete a elaboração das leis, cuja redação apresente a máxima precisão de seus elementos, por exemplo, a conduta ilícita, seus elementos, circunstâncias, fatores, bem como a consequência jurídica da prática do ilícito penal.

O legislador deve delinear com clareza os elementos do tipo para impedir abusos pelos julgadores. A lei deve ser conhecida e acessível ao cidadão comum. A redação do texto legal não deve dar margens a dúvidas, nem abusar do emprego de normas gerais ou tipos incriminadores genéricos de vagueza semântica. O texto da lei deve ser um livro acessível ao cidadão comum. Parafraseando Beccaria (2009, 24), defendemos que, enquanto as leis forem escritas numa língua morta e ignorada do povo e conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão comum não poderá julgar por si mesmo as consequências da lei sobre os seus próprios atos, a sua liberdade e sobre os seus bens. É preciso adequar a técnica legislativa e a linguagem jurídica ao texto. A lei, para que possa desempenhar função pedagógica, motivando a conduta dos homens, necessita ser acessível a todos, não apenas aos juristas.

Princípio da Anterioridade da Lei Penal: segundo esse princípio, o homem é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Não há crime, nem pena sem prévia lei. A criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está vinculada à lei formal anterior. O Estado não pode exercer o *jus puniendi*, constringendo ninguém a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, conforme está previsto na CF/1988 – Artigo 5º, inciso II: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Ainda acerca da anterioridade da lei penal, destacamos o Inciso XL do Artigo 5º: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*.

Princípio da Proporcionalidade: ou princípio da proibição de excesso, entendido como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, segundo Alexy (*apud* QUEIRÓS, 2002, 25). O Artigo 15 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 prescreveu a observação da proporcionalidade entre a gravidade da pena e o crime e a sanção aplicada: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Tal princípio defende que “basta”, pois que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas

proporcionais aos crimes e que, principalmente, não aplique os menores castigos aos máximos delitos.” (BECCARIA, 2009, 20).

A CF recepcionou esse princípio em diversos incisos do Artigo 5º, como: individualização da pena (XLVI), vedação de determinadas sanções penais (XLVII); admissão de maior rigor na aplicação da pena para crimes mais graves (XLII, XLIII, XLIV). Na legislação penal material ou processual, adotou-se esse princípio na aplicação da pena (art. 59, CPB) e nos ritos processuais previstos no Código de Processo Penal e Leis penais extravagantes.

Um dos princípios postulados por Beccaria que, entre os outros, embasa o ordenamento jurídico pátrio é o princípio da humanidade. Não se pode falar em Direito Penal influenciado pelo Iluminismo sem se ater ao princípio da humanidade. Esse princípio foi recepcionado implicitamente pela CF/88 – Artigo 1º, III, ao declarar a dignidade da pessoa humana. Ainda no Artigo 5º, XLVII, a CF proíbe expressamente a pena de morte (exceto em caso de guerra declarada), prisões perpétuas, trabalhos forçados, banimento. São incompatíveis com o caráter humanitário do Estado Brasileiro, pois atentam a condição de ser humano, conforme se verifica no fragmento do *Recurso de Habeas Corpus n. 5.239 – BAHIA*, transcrito *ipsis litteris*:

Mas J. V. teve prisão preventiva decretada, foi denunciado por homicídio (CP, art. 121, § 2º, III (meio cruel) c/c o art. 14, II) e está preso até hoje, desde 30 de julho de 1994, na Cadeia Pública, em condições, segundo a impetração, *desumanas*: (grifos nossos)

“É sabido por todos de Várzea do Poço que a Prefeitura não fornece alimentação aos presos com regularidade e, assim, o Paciente tem literalmente passado fome”.

E de fome só não morreu porque a caridade e a solidariedade daquela população não lhe nega um *diário prato de comida*. O local de *custódia é fétido, escuro e sem arejamento*. Lembra bem as celas medievais contra as quais o Marquês de Beccaria se insurgira. E o homem está lá como um rato, esquecido pela cruzeza dos sentimentos da sociedade.

O presidiário, embora seja retirado da vida em sociedade externa e tenha violado uma norma, deve ter sua pena cumprida em condições mínimas de humanidade e lhe assegurados os direitos que reconhecem a sua condição humana.

Conclusão

Analisar os princípios do Direito Penal à luz da obra de Beccaria *Dos Delitos e das Penas* é fazer incursões no contexto histórico do Direito, haja vista a evolução do

estudo dos crimes e das penas para um Direito que assegure as garantias penais e processuais consagrados tanto na Constituição Federal como também no Código Penal e Processual Penal. Está-se diante de um Direito Penal que proclama a construção de uma sociedade justa, não apenas punindo o agente do delito, mas também evitando a prática de crimes, pois uma sociedade justa e fraterna não é aquela que pune os criminosos, mas, sobretudo, aquela que evita que os crimes sejam praticados.

A pesquisa em tela oportunizou o estudo do pensamento iluminista acerca do delito e uma visão crítica do Direito Penal do século XVIII que ainda repercute no ordenamento jurídico atual. Apesar de esta temática ser ampla, considerando o desenvolvimento deste trabalho e confirmando as hipóteses aventadas durante a pesquisa, respondeu-se às perguntas iniciais:

- a) Há uma preocupação do estudante de Direito com o conceito material do Direito Penal, tendo como base o binômio delito/pena, desconhecendo o papel do Direito Penal na história da humanidade;
- b) A pena ainda conserva o caráter retributivo;
- c) Os fundamentos de *Dos Delitos e das Penas* encontram-se explicitamente no nosso sistema penitenciário;
- d) Os pressupostos definidos por Beccaria influenciaram os aspectos filosófico-humanitários do Direito Penal no CPB e na CF/88.

Esperamos que o objeto de estudo desenvolvido e as conclusões a que chegou a pesquisa oportunizem ao estudioso do Direito Penal uma formação crítico-humanística, despertando novos estudos acerca dos princípios que regem o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Referências

ALBUQUERQUE, Guilhon, J. A. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 1991.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n.º 181.636-1, da 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. SALVADOR, v. 1 p. 1-10, dez. 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: Impetus, 2013.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NASCIMENTO, Milton Vieira. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2012.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Juspodivm, 2014.
- VOLTAIRE, M. A. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: RT, 2003.

As regras do jogo democrático e a flexibilização da posse e do porte de arma no Brasil: a segurança pública como responsabilidade do Estado

The rules of the democratic game and the flexibilization of the weapon possession and carrying in Brazil: public security as state's responsibility

Tiago Martinez*

Robson Carlos dos Santos Braga**

Adriana da Silva Clericuzi***

Sumário

1. Introdução. 2. Uma visão panorâmica dos movimentos de flexibilização da posse e do porte de armas. 3. A violência como retrato da insuficiência do Estado Democrático de Direito. 4. As regras do jogo democrático e a segurança pública como responsabilidade do Estado. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

Os Decretos que visam a flexibilização das regras referentes à posse e ao porte de arma no Brasil, assinados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro em 2019, vieram acompanhados de uma série de discussões. Dentre essas discussões, a pesquisa delimita-se no campo das regras do jogo democrático e da responsabilidade confiada ao Estado e aos seus agentes políticos no que diz respeito à segurança pública. Os problemas a serem enfrentados são se os Decretos respeitam os valores e as regras da democracia brasileira, isto é, se são constitucionais, e, ainda, esclarecer quais são

* Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Cursando Especialização em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Especialista em Direito do Consumidor pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Professor Universitário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Procurador Federal da PRF da 2ª região – AGU. Atualmente é Subprocurador chefe de contencioso judicial do órgão de execução da Procuradoria Federal junto a SUSEP e Conselheiro Suplente do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados.

*** Cursando Especialização em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IEP/MPRJ). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

as questões éticas envolvendo a responsabilidade do Estado e de seus representantes no tocante à segurança pública e com relação aos movimentos de desburocratização da posse e do porte de arma. Objetiva-se com essa investigação apontar que o Estado e seus agentes políticos devem assumir as responsabilidades que lhe foram confiadas e que estão previstas em lei, promovendo soluções que estejam de acordo com as regras do jogo democrático e que de fato tenham um impacto positivo na segurança pública. Para tanto, a pesquisa se vale de uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, bem como do levantamento de dados estatísticos e de notícias em sites da Internet.

Abstract

The decrees that aim at easing the rules regarding the weapon possession and carrying in Brazil, signed by President Jair Bolsonaro in 2019 were accompanied by a series of discussions. Among these discussions, the research is delimited in the field of the rules of the democratic game and the responsibility entrusted to the State and its political agents with respect to public security. The problems to be faced are whether the Decrees respect the values and rules of Brazilian democracy, that is, if they are constitutional, and also clarify what are the ethical issues involving the responsibility of the State and its representatives in relation to public security and in relation to the movements of debureaucratization of weapon possession and carrying. The objective of this research is to point out that the State and its political agents must assume the responsibilities entrusted to them and that are provided by law, promoting solutions that are in accordance with the rules of the democratic game and that in fact have a positive impact on the public security. To do so, the research uses a methodology based on bibliographical and legislative research, as well as the collection of statistical data and news on Internet sites.

Palavras-chave: Democracia. Ética. Posse e porte de arma. Responsabilidade. Segurança pública.

Keywords: Democracy. Ethics. Possession and weapon carrying. Responsibility. Public Security.

1. Introdução

Os Decretos que visam a flexibilização das regras atinentes à posse e ao porte de arma no Brasil, assinados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro em 2019, vieram acompanhados de uma série de discussões e debates acalorados. Entre essas discussões, a pesquisa delimita-se no âmbito das regras do jogo democrático e da responsabilidade confiada ao Estado e aos seus agentes políticos no que diz respeito à segurança pública.

Os problemas a serem enfrentados são se os Decretos respeitam os valores e as regras da democracia brasileira, isto é, se são constitucionais, e, ainda, quais são as questões éticas envolvendo a responsabilidade do Estado e de seus representantes acerca da segurança pública e da flexibilização das normas referentes à posse e ao porte de arma. Sob essa perspectiva, as perguntas que ficam são: Qual é a raiz da discussão sobre a flexibilização do Estatuto do Desarmamento e o que de fato ela demonstra? O conteúdo e o modo como os Decretos foram utilizados violam os princípios e regras do jogo democrático? O que a análise da responsabilidade confiada ao Estado e aos seus representantes em garantir a segurança pública revela?

Para responder a essas perguntas, apresenta-se, em um primeiro momento, uma visão panorâmica dos movimentos do governo visando a flexibilização das normas relativas à posse e ao porte de arma. Posteriormente, é realizada uma análise sociológica, adotando como marco teórico Eduardo Bittar, onde é apontado que o crescimento da violência possui uma íntima relação com os Decretos e que também retrata a insuficiência do Estado Democrático de Direito brasileiro em lidar com a questão da segurança pública. No último capítulo, a partir da leitura das obras de Norberto Bobbio e Vicente Barretto, e também das Notas Técnicas elaboradas pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – órgão que integra o Ministério Público Federal –, discute-se sobre as regras do jogo democrático, a constitucionalidade dos Decretos, assim como se faz um exame da noção de responsabilidade moral e jurídica, relacionando esses elementos com atuação do Estado e de seus representantes, através de uma reflexão jusfilosófica.

Objetiva-se esclarecer com essa investigação que o Estado e seus agentes políticos devem assumir as responsabilidades que lhes foram confiadas e que estão previstas em lei, promovendo soluções que estejam de acordo com as regras do jogo democrático e que de fato tenham um impacto positivo na segurança pública. Para tanto, a pesquisa se vale de uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, bem como do levantamento de dados estatísticos e de notícias em sites da Internet.

2. Uma visão panorâmica dos movimentos de flexibilização da posse e do porte de armas

A regulamentação dada à Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)¹, a partir da edição de uma série de Decretos, vem proporcionando várias discussões sobre a flexibilização da posse e do porte de arma no Brasil. Isso porque em apenas seis meses de governo, o Presidente da República Jair Bolsonaro editou sete Decretos sobre o tema.

¹ BRASIL. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

Em janeiro de 2019, logo no início de governo, o Presidente da República Jair Bolsonaro buscou, através da assinatura do Decreto nº 9.685/19², flexibilizar a posse de arma de fogo no Brasil, isto é, a autorização para que o cidadão possa manter uma arma de fogo em casa ou no local de trabalho (desde que o dono da arma seja também o responsável pelo estabelecimento). O texto do Decreto estabelecia que o cidadão deveria comprovar a “efetiva necessidade” de ter a posse de arma e que, para tanto, bastaria que fosse cumprido alguns requisitos e critérios, cabendo à Polícia Federal decidir se autorizaria ou não a concessão da posse.

Posteriormente, em maio de 2019, o presidente Jair Bolsonaro assinou mais dois decretos. O Decreto nº 9.785/19³, de 7 de maio de 2019, revogou o Decreto nº 9.685/19 e trouxe novas alterações a respeito das regras sobre o uso de armas e munições. O referido Decreto enfatizava, principalmente, a questão da facilitação da compra de armas, munições e a flexibilização do porte de arma pelo cidadão, ou seja, a autorização para que o indivíduo pudesse portar uma arma fora de sua casa ou local de trabalho.

Entre os pontos mais relevantes trazidos pelo Decreto, destacavam-se: a autorização genérica para que qualquer cidadão maior de 25 anos de idade, sem antecedentes criminais, com residência fixa e ocupação lícita, pudesse adquirir e possuir armas de fogo; a facilitação do porte de arma para um conjunto de profissões, como advogados, caminhoneiros e políticos eleitos – desde o presidente da República até os vereadores; a permissão expressa para a venda de armas, munições e acessórios em estabelecimentos credenciados pelo Comando do Exército; a regulamentação da importação e exportação de armas e munições; a possibilidade do proprietário de arma de fogo adquirir até mil munições anuais para cada arma de fogo de uso restrito e cinco mil munições para as de uso permitido; a permissão para o proprietário rural com posse de arma de fogo utilizar a arma em todo o perímetro da propriedade; a permissão para colecionadores, atiradores desportivos e caçadores poderem ir de casa ao local de tiro com a arma muniçada; o direito ao porte de arma para os Praças das Forças Armadas com dez anos ou mais de experiência; e, por fim, a possibilidade de qualquer cidadão, desde que preenchidos alguns requisitos, comprar armas com maior poder de destruição, como, por exemplo, fuzis semiautomáticos e espingardas calibre doze semiautomáticas.

Entretanto, o Decreto não foi bem recebido, sendo questionado no Supremo Tribunal Federal por especialistas e também contestado no Congresso Nacional.⁴ Em razão do exposto, o presidente Jair Bolsonaro recuou e assinou o Decreto nº

² BRASIL. *Decreto nº 9.685/19*. Altera o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9685.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

³ BRASIL. *Decreto nº 9.785/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9785.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴ PORTAL DE NOTÍCIAS G1. *Entenda o que muda no novo decreto sobre posse e porte de armas no país*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/22/veja-o-que-muda-no-novo-decreto-para-a-posse-e-porte-de-armas-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

9.797/19⁵, em 21 de maio de 2019, alterando alguns pontos do Decreto anterior, como, por exemplo, a possibilidade de qualquer cidadão, desde que preenchidos alguns requisitos, comprar armas com maior poder de destruição, assim como o estabelecimento da regra de que menores de idade só poderiam praticar tiro esportivo a partir dos 14 anos de idade e com a autorização dos dois responsáveis. O Decreto anterior não estipulava idade mínima e exigia autorização de apenas um dos responsáveis.

O novo Decreto em nada mudou as críticas. Conforme a Nota Técnica encaminhada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – órgão que integra o Ministério Público Federal – ao Congresso Nacional, embora o Decreto tenha sido elaborado para supostamente retificar problemas na normativa anterior, não só manteve a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Decreto nº 9.785/2019, como, em diversos aspectos, agravou as ilegalidades que marcam as medidas.⁶

Para a Procuradoria, em razão do potencial de graves danos à segurança e à paz social, o Decreto nº 9.785/19 – independentemente das modificações suscitadas pelo Decreto nº 9.797/19 – e, na sequência, o Decreto nº 9.685/19, deveriam ser “extirpados do sistema jurídico, mediante revogação, sustação de seus efeitos pelo Congresso Nacional ou, ainda, por decisão do Poder Judiciário”.

Já no dia 12 de junho de 2019, por quinze votos a nove, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ) rejeitou o parecer do Senador Marcos do Val a favor do Decreto que facilitava a posse e o porte de armas, assinado pelo Presidente da República Jair Bolsonaro. A CCJ adotou como parecer o voto do Senador Veneziano Vital do Rego. Para o parlamentar, o Presidente da República “extrapolou o poder regulamentar”, visto que o Decreto, ao não observar o princípio da razoabilidade, alterou profundamente o significado do Estatuto do Desarmamento, promovendo superlativamente a aquisição de armas de fogo pela população. O objetivo da lei era desarmar a população, e o Decreto extrapolou o poder regulamentar ao estabelecer a aquisição de armas pelo cidadão.⁸

Após a derrota do governo na CCJ, os capítulos posteriores desse debate foram marcados para 18 de junho de 2019, onde o tema foi discutido no Plenário do Senado. No Plenário do Senado, por 47 votos a 28, foi aprovado o parecer adotado na CCJ que pedia a suspensão dos Decretos do Presidente da República Jair Bolsonaro.

Com a decisão, o texto seguiria para análise na Câmara dos Deputados. Entretanto, após negociação entre Planalto e Congresso, a Câmara decidiu não votar

⁵ BRASIL. *Decreto nº 9.797/19*. Altera o Decreto nº 9.785, de 7 de maio de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9797.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica nº 9/2019/PFDC/MPF*, 2019. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2019>>. Acesso em: 15 jun. 2019, p. 01-02.

⁷ *Ibidem*, p.08.

⁸ SENADO FEDERAL. *CCJ derruba decreto que flexibiliza porte de arma; matéria segue para o Plenário*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/12/ccj-derruba-decreto-que-flexibiliza-porte-de-arma-materia-segue-para-o-plenario>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

no dia 25 de junho de 2019 os projetos aprovados pelo Senado que derrubariam os Decretos editados por Jair Bolsonaro. Conforme definido no acordo realizado, o Presidente da República enviaria um Projeto de Lei ao Congresso, revogaria os Decretos que foram alvo de questionamento e reeditaria outros tratando sobre o tema.

Nesse sentido, no dia 25 de junho de 2019, o Presidente da República revogou os Decretos editados em maio, bem como editou mais quatro Decretos, sendo eles: os Decretos 9.844/19⁹; 9.845/19¹⁰; 9.846/19¹¹; e 9.847/19¹². Registra-se, ainda, que este último Decreto revogou o Decreto nº 9.844/19, que também fora editado no mesmo dia. Além disso, também enviou ao Congresso um Projeto de Lei, este que tramita em regime de urgência, tratando da aquisição, posse e porte de armas de fogo.

Apresentado o panorama, a pesquisa pretende, a partir desse momento, responder a seguinte pergunta: qual é a raiz da discussão sobre a flexibilização do Estatuto do Desarmamento e o que de fato ela demonstra? Em seguida, os Decretos supracitados e os movimentos do governo serão analisados de forma mais detalhada.

3. A violência como retrato da insuficiência do Estado Democrático de Direito

As discussões acaloradas sobre a flexibilização das regras atinentes à posse e ao porte de arma possuem íntima ligação com o aumento da violência e com a insuficiência do Estado Democrático brasileiro. De acordo Eduardo Bittar, livre-docente, doutor e professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a situação do Brasil contemporâneo deve ser analisada com cautela, visto que as questões ligadas à violência possuem diversas causas, entre elas, as de natureza política, histórica, econômica e cultural. Todas essas causas impactam de forma relevante na questão da justiça social.¹³

O aumento da criminalidade, o desrespeito aos direitos humanos, especialmente o desprezo aos direitos sociais, coloca o Estado Democrático de Direito em face de novos desafios no tocante à violência. Tal fato enfatiza ainda mais a necessidade de pensar na importância de se reforçar o papel fundamental e estruturante do Estado,

⁹ BRASIL. *Decreto nº 9.844/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9844.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Decreto nº 9.845/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9845.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

¹¹ BRASIL. *Decreto nº 9.846/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre o registro, o cadastro e a aquisição de armas e de munições por caçadores, colecionadores e atiradores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9846.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

¹² BRASIL. *Decreto nº 9.847/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

¹³ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

certamente não afastado do respeito aos direitos e garantias fundamentais colocados à disposição da cidadania.¹⁴

Bittar enfatiza que a violência é emblemática em períodos históricos e cíclicos de crise. O professor da Universidade de São Paulo entende a crise como um “momento peculiar da culminância dos sintomas internos da doença, amplamente favorável à melhor observação do real estado do paciente (que pode ser um país, um estado, a justiça social, as relações econômicas), inclusive para que a ele se possa aplicar o melhor diagnóstico”.¹⁵ Afinal, com as constantes manifestações públicas, atos de rebeldia, insubordinação, insatisfação da população, admoestação social e desarticulação das forças públicas, a violência aparece como uma espécie de sintoma que demonstra aquilo que deve ser mudado, reorientado, revisto, reconduzido e reequilibrado. A violência faz refletir e reinstaura a seguinte pergunta: qual é o papel do Estado Democrático de Direito?

A violência representa um dos principais elementos de demonstração das insuficiências do Estado Democrático de Direito brasileiro. A violência que percorre todo o Brasil é a mesma que afasta investidores, provoca a morte de milhares de vítimas, fomenta injustiças sociais, estabelece políticas de segurança pública truculentas e insensatas, como é o caso da movimentação do atual governo no sentido de flexibilizar a posse e o porte de armas, bem como constrói o medo social, legitima frentes de ação popular conservadoras e degenera os laços da vida social.

Bittar afirma que:

É dessa complexa trama de implicações que decorre a violência, se instalando sob a pele do tecido social, inoculando em suas artérias e veias o veneno letal capaz de lhe corromper a essência até a sua plena exaustão. É exatamente essa questão que tem afligido não somente a reflexão acerca do assunto hodiernamente, mas também a própria vida de homens e mulheres (...). Seu acirramento nas últimas décadas está sendo capaz de gerar ondas de alarmismo no governo e na sociedade no sentido da criação de uma consciência da amplitude dos problemas que devem ser solucionados, não sendo raro que os diagnósticos e políticas públicas deságuem em caminhos e alternativas quase sempre incapazes de atingir as raízes dos problemas e mazelas sociais. Questões ligadas a déficits de cidadania e igualdade – e cidadania aqui entendida como acesso a bens fundamentais da vida comum – são normalmente tratadas como questões de segurança pública.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*, p. 202.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 203.

De fato, o crescimento exponencial da violência deve ser encarado como uma decretação de um estado alarmante de instabilidade e descontentamento geral da sociedade, sobretudo na maneira como gerencia os seus próprios problemas e cujo saldo histórico é resultado de uma persistente negligência no tocante às questões sociais.

Percebe-se que, na medida em que a violência produz reações sociais, se desenvolvem sentimentos e raciocínios sociais que, do ponto de vista da população aterrorizada e assustada, acabam por formar as bases para a incrementação de reações truculentas e ações autoritárias contra o próprio corpo social.¹⁷ Paulo Cesar Endo, professor livre-docente do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, inclusive declara que: “Advogar em nome da matança é a consequência ‘natural’ de quem se sente violado. A justiça será exigida, seja ela feita pelas instituições, seja feita com as próprias mãos ou, ainda, com as mãos dos outros”.¹⁸

Nesse quadro, a busca social por segurança, como aponta Bittar, “se torna esquizofrênica”.¹⁹ Nota-se um movimento de busca do culpado social, de reinvenção dos mitos higienistas sociais e ditatoriais, de retomada dos fundamentalismos sociais, assim como de fortalecimento das discussões sobre a necessidade da adoção da pena de morte ou da possibilidade de se flexibilizar a posse e o porte de arma pelo cidadão. Enfatiza-se, ainda, que o crescimento da violência vem acompanhado da concessão mais poderes à polícia, de violação de direitos humanos, bem como de formas políticas de exceção e de autoritarismo social.

Portanto, é possível afirmar que com a população acuada em face das constantes violações que permanecem impunes e com o Estado Democrático de Direito incapacitado de atuar de maneira eficaz na condução de políticas consistentes para atacar as causas das crescentes estatísticas de violência, a vida social passa a se configurar como um verdadeiro jogo de troca de culpas, onde tanto a sociedade civil como o Estado saem perdendo. A responsabilidade, assunto que será tratado logo mais, se torna tema fundamental em um contexto como esse.

Qualquer solução que possa indicar novas perspectivas depende, necessariamente, de incentivos à cidadania, à participação e à inclusão do cidadão na vida política e econômica, assim como da ampliação da democracia e do reforço do papel prestacional do Estado através do fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e focada nos direitos humanos.²⁰

Isso porque se compreende que onde a violência conquistou o espaço do discurso e onde a irracionalidade se mostra como única racionalidade possível, então, de fato, o que se tem é uma sociedade avessa ao entendimento e à reciprocidade. O cenário de violência corrói a comunicação, bem como degrada a dignidade e desprivilegia a aceitação do outro como um igual numa interação comunicativa. Conforme Bittar, o

¹⁷ Ibidem, p. 204.

¹⁸ ENDO, Paulo Cesar. *A Violência no Coração da Cidade: um estudo psicanalítico sobre as violências na cidade de São Paulo*. São Paulo: Escuta; Fapesp, 2005, p. 33.

¹⁹ BITTAR, op. cit., p. 205.

²⁰ Ibidem, p. 213.

compromisso moral em sociedade deve ser o compromisso da manutenção de uma interação fundada em instrumentos que possam evitar a degradação das interações ou de promoção de formas de encaminhamento de conflitos que sejam capazes de transmitir a sensação primordial de que o pacto do convívio social não se rompe, mesmo sob a permanente ameaça de atos de injustiça e violência.²¹

Assim, é possível afirmar que o crescimento da violência retrata, sobretudo, a insuficiência do Estado Democrático de Direito brasileiro em lidar com a questão da segurança pública. A crítica que se pretende fazer ao Estado no próximo capítulo, diz respeito ao modo de atuação do governo em face dos desafios apresentados pela violência.

Conforme estabelece o artigo 144 da Constituição Federal de 1988, a segurança pública é dever do Estado, bem como direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A garantia da segurança pública deve ser feita pelos órgãos da polícia federal; polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares; e corpos de bombeiros militares.²²

Nesse sentido, não se vislumbra na pesquisa a noção de que a flexibilização das normas atinentes à posse e ao porte de arma digam respeito a argumentos reducionistas de que as armas são o único meio para defesa dos inocentes expostos à violência de criminosos ou que todo cidadão tem direito à autodefesa. A questão é mais complexa do que isso.

O que se percebe e se pretende analisar é o movimento do Estado com a finalidade de transferir a sua função de zelar pela segurança pública ao cidadão. A raiz dos Decretos está na violência e no medo social, e o governo brasileiro não pode, em razão da insuficiência e da estrutura precária do Estado, abandonar a responsabilidade que lhe foi confiada e que está prevista em lei. É fundamental que seja apresentada uma resposta alinhada aos valores e regras da democracia e que não signifique apenas manobras políticas e a representação de interesses particulares, mas sim todo o interesse nacional.

4. As regras do jogo democrático e a segurança pública como responsabilidade do Estado

Segundo o filósofo italiano Norberto Bobbio, a democracia é caracterizada por ser um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que determinam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo

²¹ Ibidem, p. 214.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

social está obrigado a tomar decisões que vinculem o conjunto de seus membros com a finalidade de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente.²³

Entretanto, até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Em razão do exposto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos ou todos) possa ser aceita como uma decisão coletiva, é indispensável que ela seja tomada com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.²⁴

Sendo mais específico, a expressão “democracia representativa” significa que as deliberações coletivas, ou seja, as deliberações que dizem respeito à coletividade, são tomadas não de forma direta por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade.²⁵

Além disso, o que caracteriza uma democracia representativa é, com respeito ao “quem”, que o representante seja um fiduciário, isto é, o poder de agir com certa liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando da confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses. Ressalta-se que esse representante também deve atuar em prol dos interesses gerais e não de interesses particulares ou dos eleitores que o elegeram.²⁶

Norberto Bobbio enfatiza que quando se coloca a questão do “novo modo de fazer política” – como é o caso do governo do Presidente da República Jair Bolsonaro – não se deve voltar a atenção apenas para os eventuais novos agentes e para os eventuais novos instrumentos de intervenção, mas também, e especialmente, para as regras do jogo com as quais se desenrola a luta política em uma determinada conjuntura histórica.²⁷

O discurso sobre as regras do jogo é fundamental. Inicialmente, porque o que diferencia um sistema democrático dos sistemas não democráticos é o conjunto das regras do jogo. De modo mais preciso, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir suas próprias regras do jogo (afinal, todo sistema as tem), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são mais bem elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se atualmente, quase por toda parte, constitucionalizadas.²⁸

Uma das razões pela qual se faz necessário o debate sobre as regras do jogo num discurso sobre os agentes e sobre os instrumentos do “fazer política” reside no fato de que é impossível desconsiderar a existência de um estreito nexo entre as regras dadas e aceitas do jogo político, de um lado, e os sujeitos que são os atores

²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018, p. 35.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 73.

²⁶ *Ibidem*, p. 78.

²⁷ *Ibidem*, p. 105.

²⁸ *Ibidem*.

deste jogo e os mecanismos que podem ser utilizados para levá-los a bom termo, de outro. Mais precisamente, um jogo consiste no conjunto de regras que estabelecem quem são os jogadores e como devem jogar e, portanto, uma vez colocado um sistema de regras do jogo, também estão dados os jogadores e os movimentos que podem ser realizados.²⁹

Conforme Bobbio:

(...) no jogo político democrático – e por sistema democrático entenda-se justamente um sistema cuja legitimidade depende do consenso verificado periodicamente através de eleições livres por sufrágio universal – os atores principais estão dados (...); também está dado o modo principal de fazer política para a maioria dos componentes da comunidade nacional: as eleições. Disto não se pode fugir. Regras do jogo, atores e movimentos fazem um todo único. Não se pode separar uns dos outros. Na teoria das regras distinguem-se as regras constitutivas das regras reguladoras: enquanto estas segundas limitam-se a regular comportamentos que os homens desenvolvem mesmo se inexistem regras a eles precedentes, as primeiras constituem elas próprias os comportamentos previstos. As regras dos jogos são tipicamente regras constitutivas – a obrigação de mover o cavalo daquele determinado modo não existe fora do jogo de xadrez (...). Neste sentido, regras do jogo, atores e movimentos são solidários entre si, pois atores e movimentos devem sua existência às regras. Em consequência, não se pode aceitar as regras, recusar os atores e propor outros movimentos.³⁰

O que se pretende apontar ao tratar das regras do jogo democrático é que o governo do Presidente da República Jair Bolsonaro realizou movimentos que violam as regras do jogo.

A já mencionada Nota Técnica nº 9/2019, elaborada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PDFC) – órgão que integra o Ministério Público Federal – aponta que além da falsa impressão difundida inicialmente de que o Decreto nº 9.785/19 teria solucionado a questão relativa à facilitação da compra e posse de fuzis, também não modificou a conclusão de que o mesmo permanecia investindo contra a estrutura da Lei nº 10.826/03, com tamanha profundidade e amplitude, que representava uma violação ao princípio da separação dos poderes.³¹

²⁹ *Ibidem*, p. 109-110.

³⁰ *Ibidem*, p. 110-111.

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *op. cit.*, p. 03.

Já o Decreto nº 9.797/19, a exemplo do que ocorreu com os dois anteriores (Decreto nº 9.685/19 e Decreto nº 9.785/19), foi editado sem qualquer diálogo com entidades e organizações da área da segurança pública e, pior, à margem do Sistema Único de Segurança Pública – SUSP, aprovado pela Lei nº 13.675/2018.³²

A pesquisa *Atlas da violência 2019*, por exemplo, demonstra que o Estatuto do Desarmamento, implantado em 2003, freou a velocidade com que vinham crescendo as mortes causadas por arma de fogo no Brasil. Embora a taxa de homicídios tenha continuado a subir nas últimas décadas, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública pontuam que teria crescido ainda mais sem a mudança na legislação. Isso porque a taxa média anual de crescimento dos homicídios por arma de fogo antes do Estatuto do Desarmamento era de 5,44%. Nos 14 anos após a medida, entre 2003 e 2017, o crescimento médio anual caiu para 0,85%, número seis vezes menor. Por outro lado, essa mudança poderia se dar por outras razões alheias à sanção do Estatuto do Desarmamento (de cunho macroeconômico ou demográfico, por exemplo). No entanto, se esse fosse o caso, tal fenômeno deveria ter afetado a violência em geral e não apenas as mortes por armas de fogo, mas também os homicídios por outros meios.³³

Já o Ministério da Saúde realizou um estudo demonstrando que, de 2003 a 2006, após a sanção do Estatuto do Desarmamento, a cada semestre foi observada uma redução significativa no número de mortos por arma de fogo. Em 2003, morreram 39.325 pessoas; em 2004, foram 37.113 óbitos; em 2005, foram 36.060; e, em 2006, 34.648. Houve uma queda de 4.677 óbitos entre 2003 e 2006, isto é, 12%, considerando números absolutos. O risco de mortalidade por arma de fogo era de 22 por 100 mil habitantes em 2003, e caiu para 18% em 2006, passando para uma proporção de 18 por 100 mil habitantes. Se considerados os óbitos esperados caso a tendência observada de crescimento permanecesse, entre 2003 e 2006, é possível afirmar que mais de vinte e três mil vidas foram poupadas em relação à vitimização por arma de fogo.³⁴

A Nota Técnica nº 9/2019 destaca, ainda, que o conteúdo do Decreto nº 9.797/19 manteve inalterado o panorama de violação à Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) e à Lei nº 8.069/19 (Estatuto da Criança e do Adolescente), anteriormente tratados na Nota Técnica nº 8/2019. O conjunto de regras editadas segue confrontando a política pública aprovada pelo Poder Legislativo, com a introdução de uma política de elegibilidade generalizada à posse e porte de armas de fogo por qualquer cidadão, em contrariedade às normas de restrição aprovadas em lei.³⁵

Convém mencionar que o Decreto nº 9.797/19 agravou o cenário de flexibilização generalizada dos critérios restritivos estabelecidos em lei para a posse, compra, registro

³² Ibidem.

³³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Orgs.). *Atlas da Violência 2019*. Disponível em: < http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 81.

³⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Redução de homicídios no Brasil*, p. 12. Disponível em: < <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/brazil/documents/rh.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

³⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, op. cit., p. 03.

e porte de armas em relação ao próprio Decreto nº 9.785/19, aumentando assim, a contrariedade à Lei nº 10.826/03.³⁶ Verificou-se, por exemplo, a ampliação do extenso rol de cidadãos que poderiam ter porte de arma, em razão do exercício profissional, para incluir os advogados em geral (na versão anterior eram apenas os advogados públicos), o que representa um universo de mais de 1 milhão de pessoas, além dos proprietários de empresas de segurança privada e de transporte de valores, ainda que não participem da gerência do negócio.³⁷

Um outro ponto importante a ser assinalado é que o Decreto nº 9.797/19 deixou de tratar, novamente, da marcação obrigatória das munições, o que fortaleceria o controle e a apuração dos crimes cometidos. Em verdade, criou-se as condições para a venda em larga escala e sem controle de munições e armas, o que facilitaria o acesso a elas por organizações criminosas e milícias e, por conseguinte, o aumento da violência no Brasil.

Portanto, a partir dessa perspectiva, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão reforçou os fundamentos de sua Nota Técnica nº 8/2019, enviada aos membros do Congresso Nacional, sobre a original versão do Decreto nº 9.785/19, quando apontou que esse regulamento atentava contra os princípios fundamentais da legalidade (art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988) e da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988), avançando sobre as atribuições do Poder Legislativo.³⁸

Da mesma forma, reafirmou o teor da Representação nº 07/2019, enviada à Procuradora-Geral da República, onde apontou que o decreto regulamentador descumpria, além dos princípios da legalidade e da separação de poderes, os princípios da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988), bem como afrontava o direito fundamental à segurança, consagrado nas dimensões individual e coletiva, conforme o *caput* dos artigos 5º, 6º e 144, todos da Constituição Federal de 1988.³⁹

O Decreto nº 9.797, além de não rever essas inconstitucionalidades, acentuou os vícios da regulamentação pelo Decreto nº 9.785/19. Desse modo, o cenário é de inconstitucionalidade integral do Decreto, tendo em vista a sua natureza de afronta estrutural à Lei nº 10.826/03 e à política de desarmamento por ela inaugurada. É possível afirmar que as ilegalidades se acumulam em praticamente todos os espaços regulados pelo Decreto (posse, compra, registro, porte, tiro esportivo e munições), o que resulta na impossibilidade, sob o ponto de vista da sistematicidade jurídica, afastar apenas dispositivos específicos do ato regulamentar.⁴⁰

Já no dia 25 de junho de 2018, em mais uma suposta tentativa de amenizar as críticas sofridas, o Presidente da República enviou ao Congresso um Projeto de Lei

³⁶ *Ibidem*, p. 05.

³⁷ *Ibidem*, p. 06.

³⁸ *Ibidem*, p. 07.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 08.

que, se aprovado, dará ao Executivo a permissão de por Decreto ampliar o porte de armas para outras categorias, além daquelas especificadas em lei.

Além disso, também assinou mais quatro Decretos. O Decreto nº 9.844/19, este que revogou os Decretos nº 9.785/19 e nº 9.797/19, mas manteve boa parte do texto que facilitava a concessão de porte de arma no país, incluindo o direito de compra de fuzil; o Decreto nº 9.845/19, onde são tratadas as questões sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição; o Decreto nº 9.846/19, este que trata da compra e registro de armas para caçadores, atiradores profissionais e frequentadores de clubes de tiros; e por fim, o Decreto nº 9.847/19, cujo texto revoga o Decreto nº 9.844/19 que havia sido editado no mesmo dia.

Entre os principais pontos, o Decreto nº 9.847/19 manteve a brecha para compra de fuzil ao repetir a definição técnica sobre o que é uma arma de uso permitido; desregulamentou os limites de munição que podem ser adquiridos pelos possuidores em geral de armas de fogo de uso permitido; excluiu a permissão para porte de arma que era concedida a mais de 20 categorias, ou seja, não há mais direito assegurado para porte a políticos eleitos; advogados; guardas de trânsito; caminhoneiros; jornalistas, entre outras categorias que tinham esse benefício no Decreto anterior; concedeu mais 60 dias de prazo para o Exército definir quais calibres poderão ser de fato comprados como armas de uso permitido (se o fuzil seria mantido ou não nessa categoria)⁴¹; estabeleceu que os agentes do Ibama voltassem a ter direito ao porte de arma; determinou a perda do direito automático dos militares de manter o porte de arma quando transferidos para a reserva; e a importação de armamento passou a ser possível mesmo quando há similar fabricado no país.

Em síntese, os novos Decretos que estão em vigor são os de nº 9.845/19⁴², 9.846/19, e 9.847/19. Entretanto, apesar das mudanças, as críticas permaneceram. Isso porque, conforme a Nota Técnica Conjunta nº 1/2019 elaborada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, trata-se apenas de mais uma tentativa do Poder Executivo de subverter o sentido da Lei nº 10.826/2003 mediante subseqüentes atos infralegais, fazendo com que o contexto seja de elevada insegurança jurídica e de caos normativo.⁴³

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão ressalta que a técnica de revogar integralmente o Decreto nº 9.785/19 e substituí-lo por três novos atos impediu que o

⁴¹ Conforme a portaria publicada em 15 de agosto de 2019 no Diário Oficial da União, o Exército Brasileiro vetou a compra de fuzis por cidadãos comuns, mas liberou o acesso a pistolas que antes eram de uso restrito das forças de segurança, como a 9mm e a .45. BRASIL. *Portaria nº 1.222, de 12 de agosto de 2019*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.222-de-12-de-agosto-de-2019-210735786>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁴² Destaca-se que foi publicado em edição extra do Diário Oficial da União, no dia 30 de setembro de 2019, o Decreto nº 10.030/19, este que revoga os Decretos nºs 3.665/2000, 9.493/2018 e trechos do Decreto nº 9.845/2019, como, por exemplo, a necessidade, por parte de policiais e militares, da comprovação de uma série de requisitos para adquirir ou para renovar arma de fogo de uso permitido ou restrito, bem como para obter a renovação do respectivo Certificado de Registro.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2019-PFDC e 7ª CCR/MPF*, 2019. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2019>>. Acesso em: 29 jun. 2019, p. 01.

Poder Judiciário e o Poder Legislativo finalizassem os procedimentos em andamento que tinham por objeto suprimir ou suspender os Decretos nºs 9.785/19 e 9.685/19 do ordenamento jurídico. De fato, tudo ocorreu na véspera de julgamento agendado pelo Supremo Tribunal Federal para analisar pedido cautelar de suspensão das normas anteriores, e também no mesmo dia em que a Câmara de Deputados previa finalizar o processo, iniciado no Senado Federal, para eventual aprovação de decreto legislativo que suspenderia a execução dos decretos antecedentes.⁴⁴

Os primeiros três Decretos, anunciados publicamente ainda em 25 de junho de 2019, apresentavam ínfimas alterações em relação ao Decreto nº 9.785/19. Apenas o Decreto nº 9.847/19, anunciado em 26 de junho de 2019, embora datado do dia anterior, é que anunciou algumas poucas modificações na regulamentação. Em suma, o positivo nesse Decreto é a revogação das normas que liberavam o porte de armas de fogo e ampliavam o quantitativo de munições que qualquer cidadão poderia adquirir.⁴⁵ No entanto, nenhum dos Decretos solucionou as diversas outras ilegalidades presentes nas regulamentações promovidas a partir do Decreto nº 9.685, de janeiro de 2019.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão salienta também as deficiências e dificuldades de técnica legislativa que os novos Decretos trouxeram, com a repetição de normas nos vários atos, tal como o artigo 2º, que é comum a todos, e aquela relativa à aquisição de armas, inserida nos Decretos nos 9.845/19 e 9.847/19, inclusive com redação contraditória.

Consta, ainda, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2019, críticas aos diversos aspectos que ainda denotam inconstitucionalidade na regulamentação da Lei nº 10.826/2003 pelos atuais Decretos nºs 9.845/19, 9.846/19 e 9.847/19. As críticas são direcionadas à aquisição e posse de armas de fogo; à ampliação do conceito de residência ou domicílio; ao tratamento irrazoável conferido aos caçadores, colecionadores e atiradores; à desregulamentação dos limites de munição para civis; à prática de tiro por adolescentes; e à violação dos princípios da legalidade, da separação de poderes, da solidariedade, do devido processo legal substantivo, bem como do direito fundamental à segurança.⁴⁶

Em todos esses casos, é possível perceber a manutenção das ilegalidades contidas nos Decretos anteriores e a adoção de parâmetros que investem de forma contrária ao que foi estabelecido pelo Estatuto do Desarmamento e determinado na Constituição Federal de 1988.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 02.

⁴⁵ O porte de armas de fogo de uso permitido passou a ser tratado no artigo 15 do Decreto nº 9.847/19, o qual tem a seguinte redação: Art. 15. O porte de arma de fogo de uso permitido, vinculado ao registro prévio da arma e ao cadastro no Sinarm, será expedido pela Polícia Federal, no território nacional, em caráter excepcional, desde que atendidos os requisitos previstos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.826, de 2003. *Com essa redação, retoma-se a observância do disposto na lei de regência.* BRASIL. *Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019.* Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁴⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *op. cit.*, p. 04-19.

Dessa maneira, os desacordos são tão profundos que se revela a total inconstitucionalidade dos Decretos emitidos em 25 de junho de 2019, os quais não escondem a finalidade de alterar a política pública de desarmamento aprovada na Lei nº 10.826/2003. Ao agir assim, o Poder Executivo atenta contra os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Os Decretos possuem a função de disciplinar a execução da lei, isto é, facilitar a execução da lei, torná-la praticável e, sobretudo, facilitar ao aparelho administrativo a sua fiel observância. Estão, assim, vinculados a um determinado diploma legal. Um Decreto pode, ainda, aclarar conceitos jurídicos ou preencher um preceito normativo de conteúdo abstrato, cuja densificação foi intencionalmente delegada pelo legislador ao Poder Executivo. Entretanto, um Decreto não pode alterar o objetivo da norma legal, assim como ampliar ou reduzir sua abrangência.

Os Decretos nos 9.845/19, 9.846/19 e 9.847/19 mantêm o objetivo de reverter a política pública de redução de armas de fogo adotada com a edição da Lei nº 10.826/2003, tal como ocorreu com a edição dos Decretos anteriores. O Estatuto do Desarmamento definiu um sistema de permissividade restrita de posse e porte de armas, enquanto que os Decretos pretendem modificar significativamente essa orientação para um modelo de elegibilidade geral à posse de armas de fogo.

A alteração através de um Decreto regulamentador do sentido central de uma lei é um ato do Poder Executivo que descumpra o princípio da separação dos poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição Federal 1988.

O regime democrático de direito e o princípio da separação dos poderes exigem que o governo encaminhe ao Congresso Nacional, a partir das regras do devido processo legislativo, suas propostas de política pública, especialmente quando sua modificação dependa de alteração de política anteriormente adotada mediante lei. Um Decreto que invade espaço reservado à lei é, por essa razão, inconstitucional.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão também assinala que a adoção de uma política em matéria de direitos fundamentais não pode ocorrer no campo da arbitrariedade. A atividade legislativa e a implantação de política pública requerem um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade, isto é, a observação do devido processo legal substantivo. No caso em tela, o Poder Executivo não organizou uma discussão transparente e plural sobre sua convicção de que armar os cidadãos possa gerar efeitos benéficos à segurança pública, assim como sequer apresentou qualquer fundamento convincente que justificasse a sua escolha.⁴⁷

Para ser mais exato, as evidências disponíveis são em sentido contrário à escolha feita através dos Decretos nos 9.845/19, 9.846/19 e 9.847/19. É predominante o entendimento na academia e nas organizações da sociedade civil sobre a incompatibilidade de uma política de flexibilização da posse de armas de fogo com a diminuição dos índices de criminalidade. Além disso, diferentemente do defendido

⁴⁷ Ibidem, p. 20.

pelo Poder Executivo, diversos estudos, como os já citados na pesquisa, indicam que a redução do número de armas de fogo é fator substancial para garantir a contenção da expansão da violência letal.

Com base no exposto, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão sustenta que:

A iniciativa de ampliar a posse e o porte de armas de fogo reforça práticas que jamais produziram bons resultados no Brasil ou em outros países. Sua adoção sem discussão pública, de resto, atropela o processo em andamento de implantação do Sistema Único de Segurança Pública – SUSP, fruto de longa discussão democrática e caminho para uma redefinição construtiva do modo de produzir segurança pública no País. Os Decretos, portanto, ao não justificarem razoavelmente a opção eleita, de armar a população brasileira, viola o devido processo legal substantivo. E o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1158-8/AM, (19/12/94, Pleno, unânime), afirmou que uma norma legal destituída de causa “ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado”.⁴⁸

Assim, nota-se que os Decretos assinados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, violam princípios e regras fundamentais que estão presentes na Constituição Federal de 1988, assim como ignoram as bases científicas que reiteradamente demonstram que a expansão do porte de armas não é capaz de reduzir a violência, sendo, inclusive, prejudicial à segurança pública.

Os movimentos em prol da flexibilização da posse e do porte de arma infringem as regras do jogo democrático e também evidenciam uma questão fundamental. Ao querer cumprir uma promessa eleitoral e atender ao seu eleitorado, a responsabilidade confiada ao representante da nação, para que o mesmo cumpra com o que está previsto na Constituição Federal de 1988, foi colocada de lado, gerando assim, insegurança jurídica e caos normativo.

Vicente Barretto, professor dos programas de pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, e pós-doutor pela *Maison des Sciendes de L'Homme*, esclarece que, quando se discorre sobre responsabilidade, estar-se-á fazendo referência a dois tipos de conceitos: um moral e outro jurídico. Em ambos os casos, porém, encontra-se a noção de que os seres humanos consideram uns aos outros como agentes morais, isto é, capazes de aceitarem regras, cumprirem acordos e de agirem obedecendo a essas deliberações. A partir desses compromissos,

⁴⁸ *Ibidem*, p. 22.

constitui-se o tecido de direitos e obrigações que regulam a vida humana e que tem na pessoa o seu ponto central.⁴⁹

A vida social é objetivada através de atos individuais que manifestam a vontade do indivíduo, agente moral dotado de racionalidade e autonomia. Em razão desse fato, os atos humanos se caracterizam por uma imprescindível dimensão da responsabilidade, esta que se instala na estrutura das relações sociais e as torna possíveis e previsíveis. Assim, a responsabilidade trata de uma categoria central do sistema social e jurídico, assim como serve de parâmetro de imputação dos atos individuais.⁵⁰

Desse modo, pretende-se apontar na pesquisa que o tema da responsabilidade, por percorrer a multiplicidade dos atos humanos, está atrelado ao debate sobre a flexibilização das normas que dizem respeito à posse e ao porte de arma, podendo essa matéria ser analisada segundo as perspectivas da responsabilidade moral e jurídica.

De acordo com Vicente Barretto, a vida humana é possível na medida em que cada sujeito possa ser identificado como moralmente responsável por atos praticados que tenham implicações em suas relações sociais. Essas ações são consideradas morais porque expressam a manifestação da vontade autônoma do indivíduo e possibilitam a atribuição de responsabilidade moral a cada um. Nesse sentido, a responsabilidade é resultado da aplicação de parâmetros racionais sobre o que é o “certo” ou o “errado” em face de atos praticados pelos indivíduos. A avaliação moral acontece no âmbito da reflexão ético-filosófica, somente sendo a sua discussão válida em virtude da pessoa humana ser classificada como agente moral, dotado de autonomia de vontade e liberdade de escolha.⁵¹

Já a responsabilidade jurídica possui outras características. A responsabilidade jurídica se objetiva na conjuntura das instituições sociais e sistemas de normas jurídicas, reivindicando para a sua realização o estabelecimento de critérios específicos por meio de normas que estabelecem os contornos peculiares desse tipo de responsabilidade.⁵²

Barretto destaca, ainda, a existência de uma íntima ligação entre a responsabilidade moral e a responsabilidade jurídica, pois, tanto a moral como o direito se complementam. A responsabilidade não consegue se separar em dois campos de atuação distintos, pois mantém uma dupla função: submete o indivíduo livre ao julgamento de sua consciência ou faz com que o sujeito de direito responda pelas consequências de suas ações nas relações sociais. Tanto a responsabilidade moral como a jurídica acabam por encontrar a sua justificativa comum na possibilidade de comunicação entre as pessoas.⁵³

O professor Vicente Barretto, a partir da interpretação que faz do filósofo Immanuel Kant, reforça que a imputação moral faz a pessoa responsável por um ato

⁴⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 79.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 83.

bom ou mau, desde que ela seja causa livre e suscetível de ser determinada por si mesma. Já a imputação jurídica, faz a pessoa responsável por ato injusto na medida em que ela desprezeta a norma jurídica, isto é, a noção de responsabilidade jurídica resulta na qualificação de um ato interpretado como um fato de acordo ou não com o que foi determinado na lei positiva.

Portanto, com base nos conceitos apresentados, é possível apresentar as críticas com relação aos movimentos em prol da flexibilização das regras referentes à posse e ao porte de armas, sob a ótica da responsabilidade moral e jurídica.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito fundamental à segurança, consagrado nas dimensões individual e coletiva, conforme o *caput* dos artigos 5º, 6º e, mais especificamente, a segurança pública como dever do Estado no artigo 144 do mesmo diploma legal.⁵⁴ Nesse caso, o Estado tem a responsabilidade jurídica de garantir o direito à segurança, visto que o mesmo está previsto em lei positiva como dever do Estado. Ao não cumprir com o previsto em lei, o Estado passa a ser responsabilizado juridicamente por ato injusto.

Entretanto, deve-se constatar, conforme já mencionado por Bobbio nesta pesquisa, que o Estado só atua mediante decisões tomadas por indivíduos – agentes morais – e, para que uma decisão tomada por indivíduos possa ser aceita como uma decisão coletiva, é indispensável que ela seja realizada com base em regras e procedimentos determinados em comum acordo.

Os indivíduos, que nessa situação são os representantes do Estado, possuem, além das responsabilidades jurídicas, responsabilidades no âmbito da moral. Juridicamente, os Decretos assinados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, como já esclarecido pela Nota Técnica nº 9/2019 e pela Nota Técnica Conjunta nº 1/2019, ambas elaboradas pelo Ministério Público Federal, violam as regras do jogo democrático e estão repletos de inconstitucionalidades. Revela-se, com esse movimento, uma tentativa do Estado, através de seus representantes, no sentido de realizar uma transferência da responsabilidade jurídica em garantir a segurança pública para o cidadão. Um evidente sinal de desconsideração pelos agentes políticos da responsabilidade jurídica que o Estado possui.

No campo da responsabilidade moral, espaço onde a responsabilidade é resultado da aplicação de parâmetros racionais sobre o que é o “certo” ou o “errado” em face de atos praticados pelos indivíduos de forma livre e consciente, é possível afirmar que a flexibilização das regras de posse e porte de armas, por si só, não pode ser considerada irresponsável sob o ponto de vista da moral.

Entretanto, tendo em vista a forma como foi tentada, isto é, a partir de Decretos que violam princípios e regras constitucionais, contrários à vontade popular⁵⁵, assim

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

⁵⁵ IBOPE. *61% dos brasileiros são contra flexibilização da posse de armas*. Disponível em: < <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/61-dos-brasileiros-sao-contra-flexibilizacao-da-posse-de-armas/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

como ignorando pesquisas que demonstram que o Estatuto do Desarmamento freou a velocidade com que vinham crescendo as mortes causadas por arma de fogo no Brasil, pode-se dizer que não foram aplicados critérios racionais sobre o que seria melhor para a sociedade. O que se verificou com a tentativa de imposição dos Decretos foi uma atuação em prol de ideologias políticas e direcionadas a um eleitorado e mercado específicos. A escolha moral pelos Decretos e pela flexibilização da posse e do porte de armas repercutiu negativamente na vida social, gerando insegurança jurídica, bem como prejuízos à segurança pública, o que a faz moralmente injusta.

Não se trata de levantar a questão da legítima defesa ou do direito individual de ter uma arma de fogo, tal como tem feito o governo. A expressão “responsabilidade de todos”, prevista no *caput* do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, decorrente exatamente do princípio da solidariedade, presente no artigo 3º do mesmo diploma legal, tem por objetivo estabelecer que todos se reconheçam entre si como sujeitos de igual direito e consideração, afastando o recurso à violência como possibilidade relacional. Não há como organizar solidariamente uma sociedade guiada pelo medo, pela desconfiança e pelo uso da força letal generalizada.⁵⁶

Daí por que a política de segurança pública, na direção da “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, somente possa ser exercida por meio de determinados órgãos. Houve um investimento constitucional na capacitação das polícias para garantir o compromisso da convivência pacífica: organização em carreira e remuneração mediante subsídios (artigo 144, § 9º, da Constituição Federal de 1988), tal como os membros de Poder, os detentores de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Essa polícia deve ser treinada para, em sua atuação, causar o menor dano possível. Esse é um imperativo que rege todas as ordens democráticas.

Ressalta-se que ignorar o elemento da responsabilidade nada mais é do que uma tentativa de desviar a atenção dos graves problemas de segurança pública e possibilitar uma escalada de crimes letais no país.

A responsabilidade do Estado em garantir a segurança pública não pode ser delegada em razão de sua insuficiência ou por causa de ações irresponsáveis em prol de ideologias políticas. Milhares de vidas estão em jogo e é preciso que os desafios sejam enfrentados de maneira racional. O primeiro passo que deve ser dado pelo Estado e seus agentes políticos é assumir as responsabilidades que lhes foram confiadas e que estão previstas em lei, propondo soluções que estejam conforme as regras do jogo democrático e que de fato tenham um impacto positivo na segurança pública, o que não foi comprovado em nenhum momento pelos Decretos.

Como já dizia Norberto Bobbio, “a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil; a autocracia, ao contrário, está em condições de tornar a demanda mais difícil e dispõe de maior facilidade para dar as respostas”.⁵⁷ Nesse sentido, a reflexão jusfilosófica

⁵⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, op. cit., p. 18.

⁵⁷ BOBBIO, op. cit., p. 63.

sobre a dimensão da responsabilidade se mostra essencial e pode proporcionar respostas para os constantes desafios de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, como é a contemporânea.

5. Considerações finais

A tentativa de flexibilização da posse e do porte de arma, sem nenhuma comprovação de impacto positivo na segurança pública, representa uma atitude irresponsável por parte do governo. Irresponsabilidade tanto jurídica como moral. Primeiro, porque os Decretos assinados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, conforme foi demonstrado, desrespeitam princípios e normas fundamentais que estão presentes na Constituição Federal de 1988, ou seja, violam as regras do jogo democrático, além de gerarem insegurança jurídica e caos normativo. Segundo, porque ignoram as bases científicas que reiteradamente demonstram que a expansão da posse e do porte de armas não é capaz de reduzir a violência, sendo, inclusive, prejudicial à segurança pública.

O terceiro ponto que merece ser destacado é que o Estado tem a responsabilidade jurídica de garantir o direito à segurança, visto que o mesmo está previsto em lei positiva como dever do Estado. A tentativa de transferir essa função ao cidadão através de Decretos nada mais representa do que uma atuação dos agentes políticos baseada em medidas para agradar um público específico e em prol de ideologias políticas, bem como atestam a incapacidade do Estado Democrático de Direito brasileiro em solucionar os graves problemas da segurança pública.

Diante do exposto, destaca-se que o Estado e seus representantes devem assumir as responsabilidades que lhes foram confiadas e que estão previstas em lei, apresentando soluções que estejam de acordo com as regras do jogo democrático e que tenham repercussões positivas na segurança pública. Os agentes políticos – agentes morais –, ao tomarem suas decisões, não podem priorizar suas ideologias políticas e abandonar as responsabilidades jurídicas que o Estado possui, especialmente quando se tem evidências científicas do prejuízo que elas podem acarretar. Os representantes do Estado devem atuar de maneira responsável, sempre respeitando as normas e os valores da democracia representativa quando quiserem propor alterações nas regras do jogo.

Referências bibliográficas

- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.685/19*. Altera o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9685.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.785/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9785.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.797/19*. Altera o Decreto nº 9.785, de 7 de maio de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9797.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.844/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9844.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.845/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9845.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.846/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre o registro, o cadastro e a aquisição de armas e de munições por caçadores, colecionadores e atiradores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9846.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 9.847/19*. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 10.030/19*. Aprova o regulamento de produtos controlados, de 30 de setembro de 2019. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.030-de-30-de-setembro-de-2019-219207086>>. Acesso em: 2 out. 2019.

_____. *Portaria nº 1.222, de 12 de agosto de 2019*. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.222-de-12-de-agosto-de-2019-210735786>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ENDO, Paulo Cesar. *A Violência no Coração da Cidade: um estudo psicanalítico sobre as violências na cidade de São Paulo*. São Paulo: Escuta; Fapesp, 2005.

IBOPE. *61% dos brasileiros são contra flexibilização da posse de armas*. Disponível em: < <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/61-dos-brasileiros-sao-contra-flexibilizacao-da-posse-de-armas/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Orgs.). *Atlas da Violência 2019*. Disponível em: < http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Redução de homicídios no Brasil*. p. 12. Disponível em: < <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/brazil/documents/rh.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica nº 9/2019/PFDC/MPF*, 2019. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2019>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2019-PFDC e 7ª CCR/MPF*, 2019. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-9-2019>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1. *Entenda o que muda no novo decreto sobre posse e porte de armas no país*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/22/veja-o-que-muda-no-novo-decreto-para-a-posse-e-porte-de-armas-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SENADO FEDERAL. *CCJ derruba decreto que flexibiliza porte de arma; matéria segue para o Plenário*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/12/ccj-derruba-decreto-que-flexibiliza-porte-de-arma-materia-segue-para-o-plenario>>. Acesso em: 15 jun. 2019.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Vedação de reeleição para presidências do Congresso Nacional sem emenda à Constituição¹

Ives Gandra*

O parágrafo 4º, do Artigo 57, da Constituição da República, tem a seguinte dicção:

§ 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006).

Quando meu saudoso amigo e um dos mais brilhantes constitucionalistas brasileiros, Celso Ribeiro Bastos, pela fantástica clareza do discurso da lei suprema, interpretou-o, visto que a redação atual não oferece distinção da anterior, assim escreveu:

Outrossim, cuidou o preceito em estudo de estabelecer o período de duração do mandato dos membros que compõem as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal *que será de dois anos*. Por outro lado, proíbe a reeleição no período imediatamente posterior para o mesmo cargo (recondução). (*Comentários à Constituição do Brasil*, volume 4, tomo I, página 274, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Editora Saraiva, 3ª Edição atualizada, 2002).

Os grifos no texto de Celso são meus, para este artigo, pois quando, em 10 anos, 15 volumes, 12 mil páginas, comentamos a Lei Suprema, tínhamos dividido entre nós a análise dos comandos maiores, o próprio volume 4, tomo I, tendo os artigos 44 a 58 comentados por Celso e os 59 a 69 por mim.

¹ Texto publicado na "Revista do Consultor Jurídico", em 3 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020>

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

Apesar de Celso ser sempre hermeneuta que não deixava aspecto algum da lei sem detido exame, em face da cinematográfica luminosidade do § 4º, dedicou poucas palavras a sua interpretação. É que dois anos não são quatro, vedação não é permissão, e mesmo cargo não é outro cargo.

Presidi, no mês de outubro, reunião do Conselho Superior de Direito da Fecomércio de São Paulo, com a presença do Senador Eduardo Girão do Ceará e mais de 30 conselheiros e, por unanimidade, interpretou aquele colegiado, constituído em grande parte de professores titulares da USP, Mackenzie, PUC-SP e outras Escolas de Direito de expressão, que os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado só podem exercer o mandato por dois anos, vedada – o vocábulo é constitucional – sua recondução para o período subsequente.

À evidência, a matéria não é de âmbito regimental de qualquer das Casas Legislativas. É exclusivamente constitucional, de proibição absoluta de recondução para o mesmo cargo de qualquer componente nas mesas legislativas.

Por ser, apesar de meus 85 anos, um incorrigível, embora modesto, professor em contato permanente com ex-alunos ou alunos de outros lentes, nas *lives* que se multiplicaram neste período pandêmico, a cada um que perguntei se poderia ver no § 4º a possibilidade de se ler quatro anos em vez de dois e permissão em vez de vedação no dispositivo, à unanimidade, sem nenhuma interpretação divergente, nenhum deles conseguiu ler o que os jornais apregoam que ocorrerá nas duas Casas.

O verdadeiro direito não pode ser contaminado por interpretações coniventes, convenientes, quando não exclusivamente ideológicas.

Nitidamente, nada impede que os atuais mandatários das duas presidências sejam candidatos à recondução, desde que aprovem antes Emenda Constitucional, com 60% dos votos em duas votações nas duas Casas, autorizando a reeleição.

Como velho mestre universitário, há quase 60 anos, espero que tanto o Legislativo quanto o Judiciário respeitem a democrática Constituição da República.

L'indépendance du parquet: une question omniprésente¹

Frederico Rangel de Albarnaz*

L'indépendance du parquet est de nouveau sur le devant de la scène. L'ambiguïté entre l'unité du corps de la magistrature et la soumission hiérarchique au pouvoir exécutif révèle plus que jamais la nécessité irréfutable d'un nouveau statut pour le ministère public. Mais est-ce vraiment la volonté de l'exécutif ?

Depuis plusieurs décennies, on entend fréquemment dire que l'indépendance du parquet est une nécessité pour l'institution du ministère public et même, plus largement, pour la justice dans son ensemble.

Le parquet à la française, souvent condamné par la jurisprudence européenne, se trouve de nouveau sur le devant de la scène avec la nomination de l'actuel garde des Sceaux et son intention de modifier la loi organique de la magistrature de 1958.

Dans un tel scénario, il est évident que "la maîtrise par l'exécutif du processus de nomination des magistrats du ministère public continue d'interroger"².

Tant qu'il n'y aura pas de statut spécifique pour les parquetiers, en dehors du statut hybride de la magistrature (lequel suscite des soupçons parfois corroborés par des affaires politiques sensibles), l'indépendance du parquet restera un vœu pieu. Or, comme le dit justement l'ancien adage britannique : "Not only justice shall be done, but it may also be shown to be done". L'indépendance de ce ministère public passe par la mise en place de certaines garanties statutaires pour ceux qui sont chargés de veiller au respect de la loi et de défendre la société.

En outre, cette discussion revient au moment où le débat sur la valeur et l'importance du parquet national financier (PNF) est au centre des critiques, à la suite des déclarations de l'ancienne cheffe du PNF faisant état de pressions qu'elle aurait subies dans une affaire politique. Les attaques à l'encontre de cette institution judiciaire, "mal accueillie en doctrine et parmi ses pairs"³, sont également revenues sur le devant de la scène.

¹ Artigo publicado no periódico francês "Gazette du Palais", edição de 20 de outubro de 2020, nº 36, páginas 12/13.

* Mestre em Ciências Criminais pela Université Paul Cézanne. Doutorando pela Aix-Marseille Université. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² BOCCON-GIBOD, Didier. "Le statut du parquet, toujours et encore", in *Actualité Juridique Pénal* 2020, page 321.

³ CATELAN, Nicolas. "Il faut défendre la justice pénale financière", *Lexbase Pénal*, 2020, nº 29.

Par ailleurs, on peut témoigner du fait que l'indépendance du parquet est généralement un sujet d'actualité au début d'une nouvelle période de politique gouvernementale.

Le discours du gouvernement actuel illustre parfaitement cela. Après avoir réalisé un petit pas vers l' "émancipation" du ministère public, dans un discours qui faisait référence à l'indépendance du parquet et comportait la promesse d'une "rigueur absolue sur les critères de nomination et de promotion"⁴ des magistrats du parquet, le chef de l'exécutif a adouci son discours, dans une allocution qui visait l'indépendance de l'"autorité judiciaire" ou de "la magistrature", en affirmant qu'"il est clair que l'exécutif garde toute légitimité pour proposer le candidat qui lui semble le plus pertinent"⁵ et en justifiant le lien du parquet avec le pouvoir exécutif, ce lien qui "ne saurait être totalement rompu"⁶.

Mais en même temps, le pouvoir exécutif renouvelle sa promesse et entend confirmer, selon le nouveau garde des Sceaux, son engagement dans une révision constitutionnelle pour concrétiser la réforme du statut du parquet.

Dans une époque où pouvaient encore exister des instructions individuelles dans les affaires particulières, Robert Badinter nous rappelait que "si vous avez les garanties statutaires en ce qui concerne les promotions et les nominations, la question des responsabilités des instructions individuelles et celle de l'indépendance du magistrat, ne s'opposent pas en réalité"⁷.

Les discussions sur le statut du parquet sont donc, encore et toujours, au cœur des polémiques sur la réforme de la justice pénale française. La réglementation actuelle du parquet, intégrée dans un texte juridique qui dispose sur l'ensemble des règles destinées à la magistrature, n'est pas satisfaisante pour les perspectives d'avenir de l'institution.

Comme l'avait bien souligné Jean-Pierre Dintilhac il y a longtemps, "le statut des procureurs fait l'objet, depuis une dizaine d'années, de débats passionnés quant aux relations entre ces magistrats du ministère public et le ministre de la Justice, membre du pouvoir exécutif, ainsi que, plus récemment, à propos de la nécessité de mieux distinguer les fonctions du siège et celles du parquet"⁸.

Mais comment réussir cette tâche lorsque la jurisprudence constitutionnelle du pays admet la concomitance entre l'unité du corps de la magistrature et la soumission hiérarchique des parquetiers au garde des Sceaux ? On peut donc manifestement

⁴ Discours du président de la République Emmanuel Macron le 15 janvier 2018 devant la Cour de cassation, lors de l'ouverture solennelle de l'année judiciaire.

⁵ Discours du président de la République Emmanuel Macron le 4 octobre 2018 devant le Conseil Constitutionnel, à l'occasion du 60^e anniversaire de la Constitution de 1958.

⁶ Discours du président de la République Emmanuel Macron le 4 octobre 2018 devant le Conseil Constitutionnel, à l'occasion du 60^e anniversaire de la Constitution de 1958.

⁷ BADINTER, Robert. "Conclusions et perspectives d'avenir", in *Quel avenir pour le ministère public ?*, 2008, Paris, Dalloz, page 180.

⁸ DINTILHAC, Jean-Pierre. "Le procureur de la République", in *La justice au quotidien*, 2003, L'Harmattan, page 11.

constater que ces deux principes opposés rendent la réglementation actuelle de la carrière ambiguë.

Il est évident que le parquet à la française a besoin d'un statut spécifique et adapté aux caractéristiques de l'institution, pour bien ébaucher son profil car, selon Robert Badinter, "pour que le système fonctionne, encore faut-il qu'à cet instant, pour le magistrat du ministère public lui-même, il y ait un statut et des définitions des garanties permettant que ne règnent pas les soupçons si communs et si préjudiciables envers les décisions prises"⁹. Or, le parquet ne doit pas pouvoir être soupçonné, et doit être, à l'inverse, irréprochable, ce qui ne peut se concevoir d'un parquet soupçonné de temps à autre en raison de son mode de nomination.

À cet égard, la rupture entre la réglementation actuelle des magistrats du siège et celle à venir des magistrats du parquet, dans un seul acte législatif, avec une autonomie statutaire du ministère public, en passant nécessairement par une réforme du Conseil supérieur de la magistrature, constituerait un progrès très substantiel par rapport au système actuel.

Il faut, cependant, au moment des discussions sur l'établissement d'un nouveau statut du parquet, ou *a fortiori* sur une éventuelle scission du corps de la magistrature avec celle du siège, prendre soin d'éviter d'engager une procédure de fonctionnarisation pour les membres du ministère public. Cela peut apporter une plus forte dépendance du pouvoir exécutif, ce qui constituerait une véritable régression non seulement pour l'institution mais aussi pour la société.

On peut donc manifestement constater que le besoin impérieux de l'établissement d'un nouveau statut du parquet est la réponse nécessaire pour les perspectives d'une indépendance attendue du ministère public, avec l'établissement d'une procédure de nomination pour les parquetiers assurant davantage de transparence et de garantie pour l'institution, ainsi qu'une prévision d'inamovibilité pour ses membres.

Afin de sortir de la tourmente et réduire ces tensions, il faut balayer toute méfiance contre ce système qui permet au pouvoir exécutif de contrôler la procédure de nominations et promotions d'un parquet, qui ne possède pas d'une garantie d'inamovibilité pour lui assurer la tranquillité de bien jouer son important rôle dans la société. Cela pourrait être une vraie évolution vers l'indépendance du parquet, à la suite du premier pas qui s'est opéré lorsque les instructions individuelles ont été interdites dans les affaires particulières après la loi de 2013.

Le sens de la justice, qui appartient à la volonté générale du corps social, doit faire partie de la société comme un de ses éléments indissociables. Il faut donc rassurer le justiciable dans le prétoire pénal, lorsqu'il est devant le parquetier, en lui rappelant que c'est la science et sa conscience qui le conduisent, sans aucune trace

⁹ BADINTER, Robert. "Conclusions et perspectives d'avenir", in *Quel avenir pour le ministère public ?*, 2008, Paris, Dalloz, pages 176 et 177.

de subordination politique, dans la mesure où la plus essentielle des qualités, pour un magistrat est, selon Martial Dazat, l'amour de la liberté.

Jusqu'à ce que cela arrive, on persistera à voir cette sorte de "chimère" que peut représenter le ministère public, composé d'un buste d'avocat de la société, d'une tête d'autorité judiciaire et d'un bras occasionnellement armé de l'exécutif. Reste à savoir si le pouvoir exécutif aura la volonté politique de couper ce lien anatomique d'une institution encore polymorphique.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Vestígios filosóficos na *Culpa* de Raskólnikov em “Crime e Castigo” de Dostoiévski: a sombra do *super-homem* nietzschiano

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Breve introdução. A *culpa* de Raskólnikov em *Crime e Castigo*: o *Leitmotif* da obra dostoiévskiana. 2. A culpa jurídica. 3. A culpa psicológica. 4. A defesa pessoal de Raskólnikov: a “teoria do crime permitido”. 5. Uma hipótese filosófica: o *super-homem* nietzschiano que Raskólnikov não conseguiu encarnar para a superação da culpa. 6. Considerações finais. Bibliografia.

Resumo

O propósito principal deste artigo é investigar a presença de vestígios do *super-homem* de Nietzsche na culpa de Raskólnikov, no livro “Crime e Castigo”, de Dostoiévski.

Abstract

The main purpose of this article is to investigate the presence of Nietzsche superman’s vestiges within Raskolnikov’s culpability in the book “Crime and Punishment”, by Dostoevsky.

Palavras-chave: Dostoiévski, Nietzsche, “Crime e Castigo”, Culpa, Super-homem.

Keywords: Dostoevsky, Nietzsche, “Crime and Punishment”, Culpability, Superman.

1. Breve introdução. A culpa de Raskólnikov em *Crime e Castigo*: o *Leitmotif* da obra dostoiévskiana.

Para quem já leu o magistral livro de Dostoiévski, intitulado “Crime e Castigo”, parece evidente que a intenção do autor russo foi a de focar e, concomitantemente, perquirir, nas inúmeras páginas que seguem ao duplo assassinato cometido pelo protagonista Raskólnikov, a *culpa* que pesará na sua consciência até a confissão

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RJ

espontânea dos delitos ensejadores da sua condenação pela Justiça. Daí falarmos em culpa como *Leitmotif*. Pretendemos, assim, nesse singelo artigo, mostrar que Direito, Literatura e Filosofia se imbricam no conteúdo dessa *culpa*, tão bem explorada e exposta por Dostoiévski.

Façamos, preliminarmente, uma ementa sucinta da obra em análise: Raskólnikov (Rodion Románovitch Raskólnikov – Ródia), ex-estudante de Direito, contando 23 anos de idade, mora num quarto em São Petersburgo e se encontra em situação financeira bastante precária, na época da Rússia czarista. Por estar desempregado e vivendo em situação deplorável, recorre ao penhor de objetos, como meio de subsistência. Para isso, contava com a “velha usurária” Aliena Ivánovna, que morava com sua meia-irmã mais nova, Lisavieta. Num determinado momento de sua miserável existência, surgiu-lhe, na mente, a ideia obsessiva de assassinar a usurária. E à medida que o tempo passava, essa ideia foi-se tornando mais forte até que, sob o pretexto de realizar mais um penhor, se dirige à casa de Aliena e, armado com um machado, que encontrou aleatoriamente nas suas andanças, arrebenta-lhe a cabeça. Para sua surpresa, surge em cena a meia-irmã de Aliena, Lisavieta, que também é cruelmente abatida, evitando-se, assim, o rápido desvendamento do delito. Após o duplo homicídio, ele consegue se apoderar de objetos penhorados que se achavam em um dos aposentos da casa das vítimas; entretanto, acabou escondendo esses objetos, deixando de utilizá-los como meio de obtenção de qualquer vantagem pecuniária. O objetivo era o de dar fim à vida da agiota.

2. A culpa jurídica

Como se pode constatar pela leitura do epílogo, “o julgamento terminou com o criminoso condenado a trabalhos forçados de segunda categoria, recebendo uma pena de apenas oito anos por terem sido consideradas a confissão de culpa e algumas circunstâncias atenuantes”. (Dostoiévski, 2016: 547)

E, como asseverado pelo próprio autor:

A sentença, não obstante, foi mais benevolente do que seria de esperar tendo em vista o crime cometido e, talvez, justamente porque o criminoso não só se negou a justificar-se como também pareceu manifestar o desejo de acusar-se ainda mais. Todas as circunstâncias estranhas e peculiares do caso foram levadas em consideração. (ibidem: 546)

3. A culpa psicológica

O que mais impressiona, na fantástica obra do escritor russo, é a profunda investigação que ele deflagra e detalha, no decorrer das páginas, tendo como foco o *inconsciente* do criminoso. A culpa se desnuda e abre um leque de opções para uma

análise quase psicanalítica. O “quase” fica por conta da antecipação que Dostoiévsky leva a efeito antes de Freud aparecer com o arsenal de conceitos acerca do tema. Consoante bem assinalado pelo Professor Carlos Frederico Barcellos Guazzelli, Defensor Público do RS, no seu artigo “Dostoiévski e a Culpa”, publicado na coletânea “Encontros entre Direito e Literatura – pensar a arte”, pela editora da PUC-RS:

(...) décadas antes de Freud anunciá-lo ao mundo, o autor russo revela o inconsciente – e esta poderosa manifestação, a culpa. Tem-se aqui notável exemplo de que como o artista, por sua genuína criação – no caso a ficção literária – faz descobertas que, somente bem depois o cientista – através do método – vai confirmar.

A *defesa técnica* de Raskólnikov não se deteve na exploração do rico e tumultuado conteúdo elaborado pela mente do criminoso para justificação dos delitos cometidos. Na esfera jurídica, a confissão espontânea do réu, somada à desgraçada história de sua vida até o cometimento dos delitos, justificaram a condenação e o abrandamento da pena:

O estado mórbido e desastroso do criminoso antes do crime não foi objeto da mínima dúvida. O fato de ele não ter se aproveitado do produto do roubo foi considerado em parte como efeito do arrependimento já manifesto, em parte como estado não plenamente são das faculdades mentais no momento da execução do crime. (ibidem: 546)

A magistralidade de Dostoiévski reside, a nosso juízo, na maneira como separou o *discurso jurídico*, levado a efeito no tribunal, do verdadeiro *discurso psicológico* que percorria a alma do ex-estudante de Direito. E é justamente desse *verdadeiro discurso* que ousaremos tratar, em apertada síntese, nas linhas que seguem.

4. A defesa pessoal de Raskólnikov. A “teoria do crime permitido”

No artigo publicado por Luiz Ferri de Barros, intitulado “Raskólnikov e a teoria do crime permitido”, está posto o seguinte:

No nível da peculiar subjetividade de Raskólnikov, encontraremos a teoria do crime permitido, segundo a qual, dividindo os homens entre os “ordinários” e os “extraordinários”, o jovem estudante afirma que os primeiros devem viver na obediência às leis; enquanto os extraordinários têm o direito de cometer toda sorte de crimes e infringir a lei precisamente porque são extraordinários e, nessa

condição, suas ações poderão vir a representar uma contribuição ao bem comum no futuro.

Sua teoria do crime permitido é ilustrada pela citação de figuras históricas, com especial atenção a Napoleão, frequentemente mencionado por Raskólnikov em seus raciocínios e conversações como exemplo acabado de um homem extraordinário, que, não obstante ser o responsável direto por fabulosos e sanguinolentos morticínios, não é tido como criminoso e sim como herói.

Observe-se, como exemplo da “teoria” supramencionada, o trecho em que Raskólnikov dialoga, asperamente, com sua irmã Dunia:

Crime? Que crime? – bradou ele subitamente, caindo em repentina fúria. – O fato de eu ter matado um piolho nojento, nocivo, uma velhota usurária, que não faz falta a ninguém? Tem cem anos de perdão o matador de um ladrão que sugava a seiva dos pobres; isso lá é crime? Não penso nele nem em lavá-lo. E que história é essa de ficarem me apontando de todos os lados: ‘Crime, crime!’. Só agora vejo com clareza todo o absurdo da minha pusilanimidade, agora que me resolvi a assumir essa vergonha desnecessária! É simplesmente por minha baixaza e mediocridade que me resolvo, sim, e ainda pela vantagem, como me propôs esse...Porfiril!...

- Meu irmão, meu irmão, que coisa estás dizendo? Ora, tu derramaste sangue! – exclamou Dúnia em desespero. (ibidem, 2016:526/528)

Pode-se deduzir que Raskólnikov ostenta a personalidade de um criminoso consciente da iníqua realidade social da Rússia czarista. Não se trata de um criminoso dito comum. O que o aproxima do criminoso comum é, tão somente, a prática dos delitos, na sua objetividade. Ele tinha consciência de que deveria cometer o crime que chamaríamos de “principal”: o assassinato da “velha usurária”, Aliena Ivánovna, como se estivesse praticando um feito heroico em prol da humanidade. A “velha usurária” encarna, na mente de Raskólnikov, o sistema capitalista extremamente desumano, cruel, existente na Rússia de seu tempo. No seu conturbado imaginário, ele não teria cometido crime algum; mas teria feito um benefício à sociedade.

A propósito da injusta e absurda desigualdade social que vigia na Rússia, vale a pena trazermos à colação um pequeno trecho da obra de outro grande escritor contemporâneo de Dostoiévsky, Liev Tolstói:

No precioso livro de Liev Tolstói, “O Reino de Deus está em vós”, obra que ficou “desaparecida” durante cem anos, o grande escritor russo afirma:

De fato, pergunte a cada indivíduo, separadamente, se ele considera louvável e digno de um homem de nosso tempo ter uma ocupação que rende um ordenado desproporcional ao seu trabalho; exigir do povo – muitas vezes miserável – taxas destinadas a pagar canhões, navios de guerra, instrumentos de morte para combater homens com os quais queremos viver em paz e que têm o mesmo desejo; ou dedicar toda a vida, por um ordenado, a organizar a guerra ou a preparar a si e aos outros para o massacre. (Tolstói, 2014: 197)

5. Uma hipótese filosófica: o super-homem nietzschiano que Raskólnikov não conseguiu encarnar para a superação da culpa

Ao longo da história do *homo sapiens*, abundam barbáries cometidas por déspotas que, movidos por uma patologia genocida, não hesitam em utilizar fantoches, doutrinados com base no fundamentalismo, político e/ou religioso; seres programados para a destruição de semelhantes, como se aniquilassem insetos.

Segundo o Professor Abbagnano:

O super-homem é a expressão e a encarnação da vontade do poder. Não subsiste – afirma Zaratustra contra Schopenhauer – uma vontade de vida. O que não vive não pode querer, mas aquilo que vive deseja algo mais que a vida, e na base de todas as suas manifestações está a vontade de poder. A vontade de poder determina as novas valorações, que são o fundamento da existência sobre-humana. O homem deve ser superado: isto quer dizer que todos os valores da moral corrente, que é uma moral de rebanho e tende ao nivelamento e à igualdade, devem ser transmutados. A primeira característica do super-homem é a sua liberdade. Ele deve libertar-se dos limites habituais da vida e renunciar a tudo o que os outros prezam: deve por todo o seu empenho em voar livremente, sem temor, por cima dos homens, dos costumes, das leis e das apreciações tradicionais. (Menschliches, All Zumenschliches, § 34) O seu espírito deve abandonar toda a fé, todo o desejo de certeza e habituar-se a firmar-se na corda bamba de todas as possibilidades. (Die Foreliche Wiss., §37) (Abbagnano, 2000: 168/169)

Voltando-se à obra em comento, entendemos que a prática de um "crime permitido" exige do seu autor uma personalidade especial que beira a insanidade ou a sociopatia. Entretanto, não nos parece ser o caso de Raskólnikov; ainda que se tenha reconhecido, no seu julgamento, um transtorno mental transitório. Infere-se do texto que o personagem principal é vítima de uma sociedade desumana e injusta que lhe

causa intenso sofrimento físico e mental e que o faz sobrepujar seus limites éticos lançando-o num estado obsessivo esmagador que o impulsiona à vingança. E após o cometimento dos delitos, graças a uma inteligência emaranhada num imaginário aparentemente salvador, tenta, a todo custo, buscar uma saída para a justificativa de uma culpa psicológica que, para ele, não foi possível desconstruir. A ficção do “crime permitido” não teve o condão de auxiliá-lo nessa empreitada. Raskólnikov não se encaixa, a nosso juízo, na fala de Zaratrusta:

O homem deve ser superado – diz Zaratrusta. – O super-homem é o sentido da terra (...). O homem é uma corda tensa entre o animal e o homem, uma corda sobre o abismo. O que existe de grande no homem é que ele é uma ponte e não um termo. O que o torna digno de ser amado é ele ser uma ponte e um pôr do sol. (ibidem, 2000: 168)

6. Considerações finais

Crime e Castigo, no que tange ao “castigo”, não é apenas um livro “quase” autobiográfico (porque Dostoiévski também passou pelas agruras de uma prisão siberiana); mas revela, sobretudo, o viés social macabro e altamente injusto de uma sociedade, onde a riqueza exagerada de poucos privilegiados consegue reduzir a massa trabalhadora, produtora dessa riqueza, à “condição análoga a de escravo”, obrigada a se contentar com as sobras do que foi produzido. Pior, ainda, tendo o fantasma do desemprego sempre à espreita. Raskólnikov vivencia essa realidade e, transtornado por um sentimento íntimo de revolta, apela para o assassinato de alguém que, para ele, encarnava essa elite endinheirada.

Devido a sua formação moral, não conseguiu – como já salientado no item anterior – justificar, intelectual e filosoficamente, a imensa culpa que devastava o seu espírito. Até mesmo a religiosidade de Sônia, sua namorada e futura esposa, o contagiou:

De repente lembrou-se das palavras de Sônia: “Vai a um cruzamento, faz uma reverência ao povo, beija a terra, porque pecaste também perante ela, e diz ao mundo inteiro em voz alta: ‘Eu sou um assassino!’. Tremeu todo ao se lembrar disso. E já estava tão oprimido pela desesperadora melancolia e pela inquietação de todo esse tempo, mas especialmente das últimas horas, que acabou se precipitando para a possibilidade dessa sensação inteira, nova, completa. Ela lhe chegou de súbito como uma espécie de acesso: começou a lhe arder na alma como uma fagulha e de repente se apossou de tudo como fogo. Tudo nele amoleceu, e as lágrimas jorraram. Do jeito que estava no chão (...)

Ajoelhou-se no meio da praça, inclinou-se até o chão e beijou essa terra suja, com arroubo e felicidade. Levantou-se e tornou a inclinar-se." (ibidem, 2016: 534/535)

E, no final da obra, deparamo-nos com um Raskólnikov aparentemente regenerado pelo "castigo" e abençoado pelo amor de Sônia. Dostoiévsky remata a longa narrativa profetizando:

Mas aqui já começa outra história, a história da renovação gradual de um homem, a história do seu gradual renascimento, da passagem gradual de um mundo a outro, do conhecimento de uma realidade nova, até então totalmente desconhecida. Isto poderia ser o tema de um novo relato – mas este está concluído. (ibidem, 2016: 563)

Bibliografia

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. Traduzido do russo para o português: Paulo Bezerra; 7ª edição. São Paulo: Editora 34, 2016.

TOLSTÓI, Liev. *O Reino de Deus está em vós*. Traduzido do italiano para o português: Celina Portocarrero; 2ª edição. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Volume 9. Tradução do italiano para o português: Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa; 4ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

Breve comparação entre os dois tipos de homem virtuoso traçados nos livros III e VI da Ética a Nicômaco

Gustavo Lunz*

Resumo

O artigo busca estabelecer sintética comparação entre dois tipos reconhecidos de homens virtuosos tratados na Ética a Nicômaco, sem a pretensão de ser exauriente. O primeiro homem virtuoso, tal como caracterizado no Livro III, é pessoa dotada de dom natural que lhe orienta o fim a ser alcançado e com isso bem delibera e bem age, sem fraquejar a vontade. Seus julgamentos e ações se voltam para as particularidades da vida, sem maior recurso a valores universais, no que age intuitivamente. O segundo tipo bem delibera e age informado por virtude do intelecto que o aparelha para a boa conduta, a prudência. Detentor de sabedoria prática, orienta-se nas encruzilhadas morais lançando mão dos universais que apreendeu em sua vivência. A caracterização dessas duas espécies de virtude acompanha um esquema de hierarquização dos tipos de conhecimento. Não se tem uma efetiva oposição ou divergência entre eles, mas uma gradação, um sentido evolutivo da conduta ética.

Abstract

The article seeks to establish a synthetic comparison between two recognized kinds of virtuous men depicted in the Nicomachean Ethics, in a non-exhausting way. The first virtuous man, as characterized in Book III, is a person endowed with a natural gift that guides him to the end to be achieved and with that he deliberates and acts well, without weakening his will. His judgments and actions are directed to the particularities of life, without greater recourse to universal values, in what he acts intuitively. The second type deliberates and acts informed by virtue of the intellect that equips him for good conduct, prudence. Holder of practical wisdom, he guides himself at the moral crossroads using the universals he has learned in his experience. The characterization of these two types of virtue follows a hierarchy of types of knowledge. There is no effective opposition or divergence between them, but a gradation, an evolutionary sense of ethical conduct.

Palavras-chave: Ética a Nicômaco. Aristóteles.

* Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Lógica e Metafísica, IFCS-UFRJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Bacharel em Filosofia pela UFRJ.

Keywords: *Nicomachean Ethics. Aristotle.*

Objetivo do trabalho

Neste breve texto, busca-se estabelecer uma sintética comparação entre dois tipos reconhecidos de homens virtuosos tratados na *Ética a Nicômaco*. Sem a pretensão de ser exauriente, o exercício procura também apontar para outros aspectos importantes de discussão e desdobramentos a serem explorados na obra de Aristóteles em que se baseia.

Livro III. Plano Geral. Primeira ocorrência.

Cabe ao Livro III da *Ética a Nicômaco* a caracterização do que seja o ato voluntário e a escolha deliberada, além da abordagem das virtudes morais da coragem e temperança. A aparente disparidade de temas (seria natural reservar a outro livro o tratamento da coragem e temperança) certamente se deve à extemporânea e altamente controversa organização do texto, o que por si só rende extensas discussões. Parte dos textos da *Ética Nicomaquéia* talvez pertencessem originalmente à *Eudêmia* (embora a maioria dos comentadores sustente o contrário – Zingano, 2018); a divisão do texto em livros e capítulos não foi efetuada por Aristóteles. Eles foram reunidos após sua morte e organizados segundo edição que se tornou padrão (Bekker).

No Livro III em questão, propondo-se investigar o que seja a virtude, Aristóteles indica no logo primeiro capítulo que ela se refere e pode ser identificada apenas nos atos produzidos pela vontade do agente. Apenas atos voluntários são dignos de elogio ou censura; neles que se deve perscrutá-la. Ela está dentre as disposições da alma. A partir daí passa a demonstrar porque se devem excluir da base de busca os atos resultados de ignorância e coação, o que é empreendido nos capítulos seguintes do mesmo Livro III.

Parte então Aristóteles a tratar da escolha deliberada, seu escopo mais restrito em relação ao âmbito normal dos atos voluntários. Considerado o fim a ser buscado, dá-se a escolha sobre os meios que a ele conduzem; por fim, assenta-se que a escolha deliberada é resultado de pensamento e reflexão, ato próprio de um animal dotado do *logos*. No capítulo 5, ainda Livro III, Aristóteles tem em mira o que seja objeto da escolha deliberada, procurando assim extremar das considerações da *Ética* as coisas que, não sendo passíveis de serem deliberadas, não poderão por isso mostrar a virtude do agente.

Os capítulos seguintes tratam de mostrar como é desejo do homem virtuoso o bem e não prazer buscado como aparência de bem pela maioria dos outros e, em demonstração sutil, indica que mesmo esse correto desejar é atribuível ao caráter do homem virtuoso, é ato digno de elogio, decorrente de um caráter bem formado e

orientado. Essas considerações são justamente o que será destacado como primeira ocorrência e termo de comparação para os fins do presente trabalho¹:

A tendência do fim não é auto-escolhida, mas o homem deve nascer como que possuindo um olho pelo qual julgará bem e pelo qual escolherá o bem segundo a verdade, e é bem nascido aquele a quem isto é naturalmente bom, pois é o que há de maior e de mais belo, e que não é possível receber ou aprender de um outro, mas, tal como nasceu, assim o terá, e a boa estirpe verdadeira e perfeita é ter isto bem e belamente por natureza. *Se, então, estas coisas forem verdadeiras, em que a virtude será mais voluntária que o vício? A ambos, pois, de mesmo modo, ao homem bom e ao mau, o fim aparece e se estabelece naturalmente ou de qualquer modo, mas o que quer que façam, referem o resto a este fim.* Então, ou bem um fim qualquer aparece a cada um não por natureza, mas depende em algum sentido dele, ou bem o fim é natural; mas, pelo fato de o homem virtuoso fazer o que resta voluntariamente, a virtude é voluntária, e não menos voluntário será o vício. (*Ethica Nicomachea*, III, 7, 1114b5-20) – grifei

A passagem extraída da EN indica claramente que o homem virtuoso desfruta de um dom natural que o orienta ao correto bem. É justamente seu dom perceber aquilo a que se deve almejar. Isso ele não aprende de ninguém. O que também emerge claro é que essa boa percepção não encerra o fenômeno ético, não basta para que o constitua virtuoso, mas lhe fornece um primeiro passo para o correto agir.

Por isso o destaque dado ao trecho em que se indica que um tal homem “faz o que resta voluntariamente”. Identificado o fim último², delibera e escolhe os melhores meios para sua realização, obviamente lançando mão da razão. Bem percebendo, bem deliberando e corretamente agindo, torna-se virtuoso. Parte de uma boa constituição natural que o credencia ao primeiro passo, é verdade: mas aí não se encerra sua boa conduta. Afinal, não será a consciência do bem que será digna do elogio, mas a correta escolha e sua concretização pelo agente. Maior censura mereceria aquele que consciente do bem e do modo de atingi-lo, enveredasse pelo mal e praticasse o ato vicioso.

O tratamento específico das demais virtudes morais, como já dito, ocupará os capítulos e livros posteriores. A segunda ocorrência e ponto de reflexão, comparação aparece no Livro VI como referido no título. É para lá que se dirigirá a análise.

¹ Os capítulos seguintes do Livro III tratam da coragem e temperança, não se inscrevendo nos objetivos eleitos para o presente exercício comparativo.

² O fim último, o maior dos bens, a *eudaimonia*, que poderíamos grosseiramente traduzir como felicidade, bem-aventurança. Adverte-se que os termos não capturam as possíveis nuances com que o termo aparece no texto. Ela ainda é tida como atividade conforme a virtude (*areté*).

Livro VI. Plano Geral. Segunda ocorrência.

O Livro VI se inicia com a retomada da noção de virtude como meio-termo, o que Aristóteles deixara assentado nos primeiros livros da EN e veio sendo repisado na abordagem de cada virtude moral tratada até esta altura da obra. Já na primeira seção do Livro VI Aristóteles indica que tratará das virtudes do intelecto.

A ligação entre virtude e a parte da alma em que prepondera a atividade racional é paulatinamente construída ao longo dos próximos capítulos, o que está longe de se dar de modo linear. Ao contrário, a complexidade das ilações de Aristóteles se mostra um desafio ao leitor. Em poucas linhas, tem-se no segundo capítulo a conexão da ação com a escolha deliberada (que foi tratada no Livro III), indicando-se ainda o raciocínio que ela envolve para se dar.

O capítulo 3 trata do que seja o conhecimento científico e como se dá o acesso aos universais. No capítulo 4, Aristóteles se volta à aplicação desses universais, extremando *poesis* de *práxis*. É no capítulo 5 que a segunda ocorrência do homem virtuoso que será objeto de nossa comparação aparece. Após reiterar que a sabedoria prática se caracteriza pela *práxis* (o que já se assentara no Livro I), o autor passa a caracterizar o homem virtuoso, indicando a virtude intelectual que lhe é própria, a prudência (*sophrosine*).

Passemos ao trecho de interesse para fins deste artigo:

Ora, julga-se que é *cunho característico de um homem dotado de sabedoria prática o poder deliberar bem sobre o que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular, como por exemplo sobre as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor, mas sobre aquelas que contribuem para a vida boa em geral*. Bem o mostra o fato de atribuímos sabedoria prática a um homem, sob um aspecto particular, quando ele calculou bem com vistas em alguma finalidade boa que não se inclui entre aquelas que são objeto de alguma arte.

(...)

A sabedoria prática deve, pois, ser uma capacidade verdadeira e raciocinada de agir com respeito aos bens humanos. Mas, por um lado, embora na arte possa haver uma excelência, na sabedoria prática ela não existe; e em arte é preferível quem erra voluntariamente, enquanto na sabedoria prática, assim como nas outras virtudes, é exatamente o contrário que acontece." (*Ethica Nicomachea*, VI, 5, 1140a25-30; *Ethica Nicomachea*, VI, 5, 1114b20-25) – grifos nossos

Nos capítulos seguintes volta-se a tratar do que seja o conhecimento científico, extremando-o da sabedoria prática, da virtude. A sabedoria política é

alvo de considerações de Aristóteles, que ressalta seus pontos em comum com a sabedoria prática. Extrema-se ainda investigação e deliberação. A inteligência e o discernimento são considerados cada um ao seu modo, indicando-se os campos próprios de sua atuação, sendo o último voltado para o que seja o correto agir. Nos dois últimos capítulos do Livro VI é abordada a sabedoria filosófica e como ela se volta aos primeiros princípios.

Comparação entre as duas figuras. Conclusão.

Os dois trechos extraídos da EN são claros em indicar como se orientam os julgamentos de duas espécies de homens virtuosos, que operam bem as decisões atinentes à vida prática. Coincidem as figuras nesse acerto acerca do bom fim e do bom meio, na correção de seu agir.

O primeiro, caracterizado no Livro III, é pessoa dotada de dom natural que lhe orienta o fim a ser alcançado e com isso bem delibera e bem age, sem fraquejar a vontade. Seus julgamentos e ações se voltam para as particularidades da vida, sem maior recurso a valores universais. A impressão que se tem a partir da leitura é a de que possui certa “intuição” (o sentido que se dá ao termo é a coloquial) acerca do correto agir, sua disposição natural faz com que assim se comporte e o torna virtuoso. Animal racional que é, delibera racionalmente, é claro. Mas os juízos que forma não importam em considerações axiológicas de alta complexidade³. Age de acordo com seu sentido interno de correção, e age bem.

O segundo tipo de homem virtuoso, ao contrário, além de se orientar corretamente em direção ao bem (não necessariamente porque dotado de fortíssima disposição natural que o capacita a identificá-lo), bem delibera e age informado por virtude do intelecto que o aparelha para a boa conduta, a prudência. Armado dessa superior capacidade intelectual, tem uma noção geral do que seja a ação virtuosa demandada em cada situação, conhecendo não apenas os casos particulares. Extrai das situações que vive os valores que estão em jogo. Detentor de sabedoria prática, orienta-se nas encruzilhadas morais lançando mão dos universais que apreendeu em sua vivência.

A caracterização dessas duas espécies de virtude certamente acompanha um esquema de hierarquização dos tipos de conhecimento ou postura epistêmica diante dos negócios humanos. Tem-se no Livro III uma postura imediatista e necessariamente particularizada, que não deixa de ser racional. No Livro VI emerge uma operação *dianoica* especificamente voltada para a vida prática, o que colocaria seu operador num patamar superior em relação ao primeiro. Não se tem uma efetiva oposição ou divergência entre eles, mas uma gradação, um sentido evolutivo da conduta ética.

³ Chamou-nos a atenção no último mês artigo de Bill Hathaway (2014) veiculado pela Universidade de Yale que indicava serem a maior parte das ações heroicas não informadas por grandes silogismos. Heróis agiriam por impulso, segundo conclusões de pesquisa levada a termo por psicólogos que entrevistaram diversas pessoas agraciadas com comenda pela sua bravura. Seriam essas pessoas casos típicos retratados no Livro III da EN?

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim (1979) a partir da versão inglesa de W. D. Ross. (Os Pensadores). São Paulo, Abril Cultural;

HATHAWAY, Bill (2014). *Heroes don't deliberate before they act*. Artigo disponível em: <http://news.yale.edu/2014/10/15/heroes-don-t-deliberate-they-act>. Acessado em 15/nov./2014;

WOLF, Ursula (2010). *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo, Edições Loyola.

ZINGANO, Marco (2008). *Aristóteles: tratado da virtude moral; Ethica Nicomachea I 13 – III 8*. São Paulo, Odysseus Editora;



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

SEI 20.22.0001.0014628.2021-50

Origem: Conselho Nacional do Ministério Público

Ref.: Análise acerca da Proposição nº 1.00415/2021-60, que trata da proposta de resolução que busca instituir a política nacional de proteção de dados pessoais do Ministério Público brasileiro

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício Circular nº 03/2021/CNMP/GAB/SVC, subscrito pelo Presidente da Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público, no qual encaminha a este Ministério Público, para manifestação, a proposta de resolução apresentada pelo Grupo de Trabalho presidido pelo Conselheiro Marcelo Weitzel Rabello de Souza, que “Institui a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e o Sistema Nacional de Proteção de Dados pessoais do Ministério Público Brasileiro e dá Outras Providências”.

O oficiante reconhece sua prevenção à presente proposição, tendo em vista a conexão com a Proposição nº 1.00740/2020-42, relativa à proposta de recomendação que busca orientar o Ministério Público brasileiro a adotar medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados.

O feito foi à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, que determinou a vinculação destes autos ao SEI nº 20.22.0001.0014631.2021-66, relativo à proposição acima indicada, determinando o encaminhamento dos autos à Chefia de Gabinete para ciência e sugestões.

No âmbito da Chefia Institucional, considerando a relevância da temática apresentada na proposição, foi determinada vista conjunta dos autos aos seguintes órgãos: (i) Corregedoria-Geral do Ministério Público; (ii) Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração; (iii) Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais; (iv) Consultoria Jurídica; (v) Coordenadoria de Segurança e Inteligência; (vi) Ouvidoria do Ministério Público; (vii) Coordenadoria de Comunicação Social (art. 171); (viii) Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (art. 173); (ix)

Secretaria-Geral do Ministério Público; (x) Coordenadoria-Geral de Segurança Pública; (xi) Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação; (xii) Diretoria de Recursos Humanos (arts. 62, 111, 112 e 113); (xiii) Diretoria de Licitações e Contratos (arts. 68, 100, 115, 176 e 177); (xiv) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude (arts. 8º, 12, V, e 85 a 91); (xv) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania; (xvi) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte (art. 57); (xvii) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais (arts. 77, 92, 93 e 94); (xviii) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Execução Penal (arts. 77, 92, 93 e 94); e (xix) Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Investigação Penal (arts. 77, 92, 93 e 94).

Manifestação da douta Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais, no qual encaminha os autos à Assessoria de Planejamento Estratégico e Modernização Organizacional, indicando a existência de procedimento já instaurado no âmbito da Secretaria de Tecnologia da Informação e da Comunicação sobre o mesmo tema.

Nos anexos, foram juntados os seguintes documentos: (i) justificativa, exposição de motivos e minuta de resolução a ser apreciada; (ii) certidão de autuação do processo junto ao Conselho Nacional do Ministério Público; (iii) certidão de existência de processo conexo; (iv) certidão de distribuição; (v) informação de autuação da proposição, certidão de distribuição por prevenção e de redistribuição.

II

Inicialmente, considerando a abrangência do diploma normativo a ser editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, bem como sua especificidade operacional, ao estabelecer diretrizes de planejamento institucional e de gestão administrativa, sua análise pormenorizada está mais próxima da esfera de atribuições da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional e da Secretaria-Geral do Ministério Público. Sem prejuízo dessa constatação, esta Consultoria Jurídica, no intuito de colaborar com a análise jurídica da proposta, realizará um breve cotejo da proposição com as normas e diretrizes emanadas da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Esta lei, como se sabe, buscou estabelecer cautelas e diretrizes de salvaguarda da segurança da informação e dos dados pessoais utilizados pelas estruturas estatais de poder, sendo oponível a todo o Poder Público, em todos os seus níveis de organização, aí incluído o Ministério Público brasileiro.

Acerca da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, também denominada de Lei Geral de Proteção de Dados, já tivemos oportunidade de afirmar que esse diploma normativo inspirou-se no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR – *General Regulation for Data Protection*), norma europeia que está em vigor desde 25 de maio de 2018. Especificamente em relação à GDPR, o seu objetivo principal é o de compelir à

proteção de dados dos cidadãos europeus, obrigando todas as sociedades empresárias, de pequeno, médio e grande porte, a investirem em cibersegurança.

Nesse contexto, a promulgação da Lei nº 13.709/2018 representou inegável avanço, mas, além do seu longo período de *vacatio legis*, foram muitas as alterações legislativas que já sofreu. Inicialmente, foi editada a Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que reformulou densamente o seu texto original. Posteriormente, após a realização de diversas audiências públicas, acompanhadas de intensos debates a respeito das alterações, foi promulgada a Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que manteve alguns dos ajustes realizados, efetivou outros e recompôs o texto original em certos pontos.

O diploma normativo em comento não deixa margem a dúvidas quanto à incidência dos seus comandos no âmbito das estruturas estatais de poder, determinado a obrigatoriedade de sua observância em todos os níveis.

A aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira já vem sendo objeto de preocupação da Coordenação de Segurança e Inteligência desde a sua edição, quando encaminhou consulta à Chefia Institucional a respeito dos reflexos operados no âmbito institucional, especificamente em sede de tutela coletiva (vide Processo MPRJ nº 2018.00785367, com um longo histórico de tramitação, vide anexo).

O tratamento de dados pessoais, de modo geral, só é possível, nos termos do art. 7º: (a) com o consentimento livre e inequívoco da pessoa a que se referem os dados; (b) para o cumprimento de obrigação legal pelo responsável; (c) pela Administração Pública, no exercício de direitos ou deveres; (d) para estudos por órgãos de pesquisa; (e) para a proteção da vida e a tutela da saúde, nesse caso específico em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária, sinalizando a obrigação do sigilo de dados dessa natureza; (f) quando necessário para a execução de um contrato; (g) no exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo; e (h) se necessário, para atender aos interesses legítimos do responsável.

O diploma normativo de regência confere especial destaque aos direitos dos usuários, que podem ter acesso aos seus dados, podendo ainda solicitar aos controladores que lhes forneçam todas as informações que mantêm, incluindo o direito de retificação das informações, bem como sua atualização. Trata-se, aliás, de direitos de estatura constitucional.

A portabilidade de dados foi tratada no art. 18, inciso V, da Lei e reiterada no inciso I do § 4º do art. 11. O inciso II do § 4º corrobora a autodeterminação informativa, realçando direitos do titular para a proteção dos seus dados sensíveis. A portabilidade de dados, nos termos do inciso V e do § 6º do art. 18, está vinculada à posterior regulamentação, a cargo da autoridade nacional, o que demonstra que o poder regulamentar infralegal exige atento acompanhamento.

Como inovação específica, introduziu na ordem jurídica nacional regras básicas para a transferência internacional de dados, reconhecendo a possibilidade de

transferência lícita (a) para “país ou organização internacionais com grau de proteção adequado”, a ser declarado por autoridade competente; (b) mediante consentimento específico, livre e informado do titular dos dados; e (c) quando o responsável oferecer garantias ao titular do cumprimento dos direitos, princípios e regime de proteção da lei brasileira na jurisdição de destino. Cabe destacar que essas hipóteses são direcionadas às sociedades empresárias que transferem dados ao exterior (arts. 33-36).

No tocante à aplicação da lei por entidades públicas, especificamente quanto ao uso de banco de dados pelo Ministério Público em investigações de cunho não penal, o Capítulo IV detalha as normas e responsabilidades dos órgãos e setores públicos frente à proteção dos dados pessoais que utilizam, dispondo que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público (arts. 23-32).

Note-se que o art. 4º da Lei nº 13.709 exclui do seu alcance o tratamento de dados pessoais para as finalidades ali referidas, entre as quais estão aquelas direcionadas à segurança pública, à defesa nacional, à segurança do Estado e às atividades de investigação e repressão de infrações penais, o que será regido por legislação específica. *A contrario sensu*, é possível afirmar que esse diploma normativo incidirá sobre as demais instâncias de responsabilização de caráter não penal, naquilo que diga respeito ao tratamento da informação. Entende-se por tratamento, nos termos do art. 5º, X, “*toda operação realizada com dados pessoais, como os 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*”. Esse tratamento recebeu uma sistemática específica, como se disse, em se tratando do Poder Público (Capítulo IV), devendo ser realizado para o atendimento de uma finalidade pública, o que deve ser feito de forma transparente, observadas as regras de segurança e de sigilo de dados (Capítulo VII, Seção I).

Ao contrário de uma restrição pontual no âmbito das investigações não penais a cargo do Ministério Público, o marco legal inaugurado com a promulgação da Lei nº 13.709/2018 confere à tutela coletiva a atribuição de “*promover a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos titulares de dados pessoais*”. Vide, por exemplo a atuação desta Instituição, em sede de tutela coletiva, em face do sítio “decolar.com”, pela prática de *geo-blocking*, quando há o bloqueio da oferta com base na origem geográfica do consumidor e de *geo-pricing*, a precificação diferenciada da oferta também com base na localização. A demanda foi ajuizada pela 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital (Inquérito Civil nº 347/5ª PJDC/2016, ACP nº 0008914-24.2018.8.19.0000).

Quanto à proposta de resolução apresentada, seus pressupostos conduzem a dois instrumentos institucionais de fomento à cultura de proteção de dados pessoais

no âmbito do Ministério Público brasileiro, um de ordem finalístico-educacional, por instituir a “*Política Nacional de Promoção da Proteção de Dados Pessoais*”, outro de ordem instrumental, pois cria instrumentos para operacionalizar o “*Sistema Nacional de Proteção de Dados Pessoais*”, de modo a dar concretude aos ditames da Lei n. 13.709/2018.

Enquanto a Política Nacional de Promoção da Proteção de Dados Pessoais tem por objetivo introduzir a cultura da proteção de dados pessoais sob bases principiológicas, como os da proporcionalidade e da razoabilidade, da vedação da proteção insuficiente, da boa-fé, da adequação, da necessidade e finalidade, da segurança e prevenção, da responsabilização e prestação de contas, do livre acesso e não discriminação (Cap. II, arts. 2º - 19), o Sistema Nacional de Proteção inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a proteção integral dos dados pessoais, por meio de estruturas orgânicas voltadas a dar suporte ao agir institucional, em prol da proteção de dados pessoais (Cap. III, arts. 20-62).

A proposta de resolução disciplina a temática em 178 artigos, distribuídos em cinco capítulos. O art. 1º, do Capítulo I, traz as disposições gerais, traçando os objetivos do ato normativo em sentido *lato*.

O Capítulo II, dividido em cinco seções, disciplina a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais (arts. 2º a 19), estabelecendo: fundamentos (seção I); princípios (seção II); conceitos (seção III); direitos dos titulares de dados pessoais (seção IV); e prerrogativas do Ministério Público (seção V).

Especificamente quanto aos direitos do titular de dados, a regra é que a pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e o seu uso deve receber tratamento transparente. A exceção somente se aplica se a operação de tratamento dos dados pessoais ocasionar prejuízo às atividades do Ministério Público em prol da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, difusos e coletivos, bem como às atividades preventivas, persecutórias e de produção de conhecimento e à salvaguarda dos objetivos da Instituição (§ 3º, art. 9º e art. 16).

O Capítulo III estabelece o Sistema de Proteção de Dados Pessoais, em nível nacional e local (CNMP e demais ramos do Ministério Público), de modo a instrumentalizar a Instituição para o tratamento, o uso, a colheita, o compartilhamento e o armazenamento dos dados pessoais nas atividades administrativas e, principalmente, das atividades-fim.

A estrutura do Sistema Nacional (SINPRODAP) deverá ser composta pelos seguintes órgãos: (i) a Unidade Especial de Proteção de Dados Pessoais (UEPDAP), vinculada à Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público, órgão colegiado que exercerá a função de Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (arts. 25-29); (ii) a Secretaria Executiva de Proteção de Dados Pessoais (SEPRODAP), órgão executivo e regulador do Sistema Nacional (arts. 30-32); (iii) o Comitê Nacional de Encarregados de Proteção de Dados Pessoais do Ministério Público (CONEDAP), órgão

consultivo, deliberativo e propositivo, que tem a função de promover a padronização das ações dos ramos e das unidades do Ministério Público quanto à Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais, sendo integrado pelos encarregados do Conselho Nacional do Ministério Público de cada ramo ou unidade do Ministério Público brasileiro (art. 33).

A estrutura local do Sistema de Proteção deverá ser formada pelo: (i) *controlador e cocontrolador* (o CNMP e cada ramo e unidade do Ministério Público) (arts. 36-39); (ii) *operador* (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que, sem pertencer aos quadros do Ministério Público, com independência jurídica e econômica, realiza, por sua conta e responsabilidade, o tratamento de dados pessoais a mando do controlador) e *cooperador* (nas hipóteses que a lei autoriza, é contratado para realizar o tratamento concomitante de dados pessoais) (arts. 40-43); (iii) *encarregado* (pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação e interação entre o controlador, os titulares dos dados pessoais e a Autoridade Nacional (arts. 44-48); (iv) *Comitê Estratégico de Proteção de Dados Pessoais-CEPDAP* (órgão colegiado de natureza permanente, subordinado à Chefia da Instituição), que deverá ser instituído, no prazo de até 90 (noventa) dias a contar da entrada em vigor da resolução (arts. 49-55).

Para garantir a estrutura orgânica do sistema de proteção, o art. 34 fixa o *prazo de 90 dias*, a partir da publicação da resolução, para que os ramos do Ministério Público constituam uma estrutura administrativa interna para o atendimento das diretrizes determinadas na resolução, para o uso e o tratamento de dados pessoais, que será compreendida, no mínimo, pelo encarregado (pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação) e pelo Comitê Estratégico de Proteção de Dados Pessoais-CEPDAP.

O art. 35 prevê a elaboração de um Plano Diretor que deverá conter regras de boas práticas e de governança, que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme previsto na presente Resolução. O processo de elaboração e revisão do Plano Diretor de Proteção de Dados Pessoais será coordenado pelo Comitê Estratégico (art. 50).

Os arts. 56 a 62 estabelecem os deveres e atribuições dos órgãos do Ministério Público para a defesa da ordem jurídica, na dimensão coletiva do direito à proteção aos dados pessoais, o que inclui a criação de promotorias ou procuradorias especializadas, grupos especiais de atuação, admitida a incorporação às estruturas orgânicas já existentes das atribuições que assegurem a efetiva tutela da privacidade e a proteção dos dados pessoais. Também foi objeto de previsão o desenvolvimento de ações de capacitação de membros e servidores, para qualificar a atuação finalística na tutela do direito fundamental à privacidade, no tocante à proteção dos dados pessoais, inclusive nos cursos de ingresso e vitaliciamente de membros e servidores.

O capítulo IV veicula as diretrizes para a proteção dos dados pessoais pelo Ministério Público, que deverão ser protegidos e tratados, quer na atuação administrativa, quer na finalística, vinculando o tratamento de dados diretamente à Lei Geral de Proteção de Dados (art. 64).

São diretrizes a serem observadas: a divulgação no sítio eletrônico do encarregado e as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais será realizado; a Lei Geral de Proteção de Dados se aplica somente para o tratamento de dados pessoais que digam respeito à atividade administrativa do Ministério Público (art. 66); a proteção das pessoas naturais, no que diz respeito ao tratamento dos seus dados pessoais, é um direito fundamental (art. 67); todos os contratos, convênios e atos formais equivalentes, a serem celebrados, deverão trazer definidas as responsabilidades, de forma transparente e detalhada, dos controladores, dos operadores e, quando possível, de eventuais terceiros envolvidos (art. 68).

Os princípios do tratamento de dados pessoais são explicitados nos arts. 69 a 71, com especial deferência à regra que estabelece que princípios da proteção de dados pessoais não se aplicam às informações anônimas (art. 70).

As exceções que autorizam o tratamento de dados pessoais pelo Ministério Público, na sua atividade fim, estão elencadas nos arts. 72 a 75, o que inclui dados relativos a DNA, voz, imagem facial, reconhecimento automatizado, inclusive facial, expressão corporal, inclusive trejeitos e modo de andar, impressões digitais e outros dados biométricos ou de comportamento, quando imprescindíveis à segurança da sociedade ou institucional do Ministério Público, principalmente visando ao não comprometimento das atividades de produção de conhecimento, bem como de investigação ou fiscalização, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

O art. 76 disciplina a forma como o titular pode requerer o acesso ao tratamento de seus dados pessoais, trabalhado pelo Ministério Público, que deverá ser protocolizado e recepcionado pelo controlador ou operador, o qual, de imediato, o encaminhará ao encarregado para análise e providências cabíveis. As exceções ao fornecimento das informações ao titular dos dados estão elencadas nos arts. 77-79, que estabelecem as hipóteses em que o Ministério Público pode adiar, limitar ou recusar o seu acesso aos dados.

Os arts. 80 a 82 definem a metodologia de mapeamento e inventário dos bancos de dados pessoais, que estejam sob o controle do Ministério Público, incluindo aqueles que tenham sido compartilhados, independentemente do modo como se realizou a sua coleta.

Os arts. 83 a 91 avançam na especificidade dos dados pessoais, distinguindo do dado pessoal sensível (art. 83-84) aqueles relativos aos dados pessoais de crianças e adolescentes (art. 85-91). O tratamento dos dados sensíveis, para instruir investigação de natureza cível ou criminal, deve observar o reforço de proteção e os cuidados específicos. Nas atividades administrativas, esse tratamento somente

poderá ser realizado mediante consentimento expresso e específico do titular ou de seu representante legal, salvo as exceções previstas (§ 1º, art. 84).

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é submetido à proteção especial. No âmbito administrativo, somente podem ser tratados com o consentimento específico e com permissão dada por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, salvo as exceções previstas (§§ 1º e 2º, art. 86).

O tratamento dos dados pessoais na esfera da tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, das infrações penais, da segurança e da inteligência está previsto na seção X, do Capítulo III, nos arts. 92 a 96. Na esfera penal, a proposição estabelece que o tratamento dos dados pessoais precisa passar pela categorização dos seus titulares (art. 92). Na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, bem como de proteção dos ativos institucionais e de produção do conhecimento, é exigido que os agentes de tratamento e os titulares de dados pessoais cumpram o que lhes é solicitado e requisitado, não sendo o caso de se invocar o consentimento. Salvo nas hipóteses de expressa previsão constitucional de reserva de jurisdição, o tratamento de dados pessoais pelo Ministério Público não dependerá de prévia autorização judicial (art. 95).

A proposição possibilita o tratamento automatizado de dados pessoais, quando decisões possam produzir efeitos adversos na esfera jurídica do titular, de modo a evitar práticas abusivas, erros, tratamentos discriminatórios, manipulação etc. (art. 97).

O limite territorial, aplicado na proposição para tratamentos de dados pessoais, abrange todo território nacional, principalmente no compartilhamento e na transferência, exportação e importação, com outras instituições internacionais e, ainda, na hipótese de incidentes de tratamento de dados pessoais que extrapolem o território nacional (art. 98).

Os arts. 99 a 108, além de distinguirem, definem as medidas de compartilhamento e transferência dos dados pessoais. Segundo a resolução: (i) compartilhamento é a troca de informações e dados, inclusive pessoais, entre os órgãos do CNMP e os órgãos dos ramos e das unidades do Ministério Público brasileiro; e (ii) transferência significa a troca realizada com órgãos e entidades distintas. Para tal fim, normatiza a transferência entre instituições públicas parceiras e de controle (art. 104), os casos de atuação conjunta (art. 105), a transferência público-privada (art. 106) e a transferência internacional (arts. 107-108).

A proposição, em seu art. 109, hierarquiza a base legal do tratamento de dados pelo Ministério Público, principiando pelas leis, em um segundo momento, o consentimento, finalizando no legítimo interesse.

Os dados pessoais sensíveis dos membros, servidores, estagiários e prestadores de serviços, no âmbito do Ministério Público brasileiro, deverão ser tratados de acordo com as exceções previstas no art. 11, II, da LGPD (art. 110).

Os comunicados (art. 111), o armazenamento dos registros pessoais (art. 112) o monitoramento e a prevenção da perda de dados (art. 113), o modelo de reclamação

(art. 114), os contratos administrativos e a terceirização dos serviços (art. 115), as técnicas de boas práticas e governança de dados pessoais (arts. 116-117), ciclo de vida do tratamento de dados pessoais (art. 118-119) e o término do tratamento dos dados (arts. 120-124) estão disciplinados de modo objetivo e sistêmico na proposição.

Também são abordadas na proposição as “técnicas de sistema de informação”, com a utilização de instrumentos como: segurança da informação (arts. 125-130); proteção por concepção de padrão (*design e default*) (arts. 131-136); sítios eletrônicos e sistemas informatizados (arts. 137-139); aferição dos riscos (arts. 140-141); relatório de impacto à proteção de dados pessoais-RIPD (arts. 142-149); comunicações e respostas a incidentes de segurança (arts. 150-157). Todos esses instrumentos estão disciplinados de forma pormenorizada e com especificidades direcionadas a cada agente que controla e trata dos dados pessoais no âmbito interno do Ministério Público.

Acerca das técnicas de sistema de informação, observamos, unicamente, um erro material no § 3º do art. 142. Em tal dispositivo, é referida a “*Seção VI do Capítulo VII*”. Nota-se que o referido capítulo VII não integra o corpo da proposição. Nesse sentido, a remissão que melhor se coaduna ao referido dispositivo é a seguinte:

“§ 3º A aferição dos riscos de qualquer tratamento decorre do resultado da realização do inventário de dados pessoais, conforme previsto na Seção VII do Capítulo IV da presente Resolução.”

Por fim, o Capítulo V apresenta as disposições transitórias e finais da proposição, com ênfase nos seguintes aspectos: (i) a indicação de que diretrizes complementares para a adequação progressiva de bancos de dados pessoais a serem constituídos deverão ser editadas (art.158); as Ouvidorias de cada ramo do Ministério Público poderão funcionar como órgãos de apoio e canal auxiliar para a adequação da resolução ao cotidiano institucional (art. 160); o estabelecimento do prazo de 1 ano, a contar da publicação da resolução, para que cada ramo do Ministério Público crie a estrutura administrativa e se ajuste a todos os dispositivos da resolução (parágrafo único do art. 160 e art. 161); a exclusividade das atribuições ao encarregado (§ 1º do art. 45) não se aplica no primeiro ano de vigência da resolução (art. 162); a elaboração de cronograma para adaptar o plano diretor e as rotinas na estrutura administrativa da Instituição (art. 163); a obrigação de que a tutela coletiva do direito à proteção de dados pessoais seja implementada imediatamente, devendo ser comunicado à Unidade Especial de Proteção de Dados da Autoridade Nacional, no prazo de 30 dias, quais órgãos de execução possuem atribuição para a tutela coletiva do direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 164); a elaboração de relatório em conformidade com a resolução, por cada unidade do Ministério Público, no prazo de 120 dias, a contar da publicação da proposição (art. 166); a resolução se aplica às Escolas de Governo, aos Centros de Estudos, Aperfeiçoamento e Capacitação, ou equivalentes, dos ramos e das unidades do Ministério Público (art. 173); no prazo

de 1 ano, a contar da entrada em vigor da resolução, o armazenamento em nuvem dos bancos de dados pessoais deverá ser contratado e realizado em servidores que estejam localizados em território nacional (art. 176).

III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica esclarece que maiores subsídios a respeito da abrangência e da adequação deste Ministério Público às disposições constantes no ato normativo a ser editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, podem ser colhidos a partir da manifestação dos demais órgãos já relacionados pela douta Chefia de Gabinete.

Quanto ao teor da minuta de resolução, constante no index. 0600406, esta Consultoria Jurídica não opõe qualquer óbice aos seus termos, pois visa apenas a observância das cautelas necessárias à salvaguarda da segurança da informação e ao fluxo de dados utilizados, tal qual disciplinados pela Lei nº 13.709/2018. A única ressalva que se opõe é aquela já referida no corpo da presente análise, em que se verificou um erro material constante do § 3º do art. 142. Nesse caso específico, sugere-se a correção para que conste do dispositivo o seguinte: *“art. 142 (...) 3º A aferição dos riscos de qualquer tratamento decorre do resultado da realização do inventário de dados pessoais, conforme previsto na Seção VII do Capítulo IV da presente Resolução.”*

Rio de Janeiro, 21 de abril de 2021.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS

ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: nº 2017.00921903

Assunto: Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

Suscitado: 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu

PARECER DA ASSESSORIA

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital em face da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu, a respeito da atribuição para atuar em Inquérito Civil afeto à suposta veiculação de publicidade enganosa consistente na divulgação de jogo de futebol entre Brasil e Argentina, realizado em novembro de 2014, em Natal - RN, anunciando a participação de vários jogadores famosos que não compareceram ao evento. Objeto tratado nos autos que revolve questão consumerista. O local do dano funciona como regra para fixar a competência. Inteligência dos artigos 93 da Lei 8.078/1990 e artigo 2º da Lei 7347/85. Atribuição que, em tese, seria de órgão de execução que integra outra unidade da Federação. Autonomia funcional e administrativa entre os Ministérios Públicos dos Estados. Impossibilidade da chefia do *Parquet* Fluminense ter qualquer ascendência funcional sobre membro dos quadros do Ministério Público Potiguar. Atribuição do suscitado. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, embora por fundamento diverso, seja declarada a atribuição da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu para prosseguir oficiando no feito.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de conflito negativo de atribuição, onde figura como órgão suscitante a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital e como órgão suscitado a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu, a respeito da atribuição para atuar em Inquérito Civil afeto à suposta veiculação de publicidade enganosa consistente na divulgação de jogo de

futebol entre Brasil e Argentina pela empresa Fênix Sports and Entertainment Ltda., realizado no dia 23 de novembro de 2014, em Natal - RN, anunciando a participação de vários jogadores famosos que não compareceram ao evento.

A 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal – Rio Grande do Norte, entendeu por bem declinar de sua atribuição em favor de uma das Promotorias de Justiça de Nilópolis, ante a informação de que a empresa teria a sua sede em Nilópolis (fls. 93/94).

Recebido o feito pelo órgão suscitado, este esclarece que a sede da organizadora do evento fica localizada na Estrada do Capenha, n. 1449, Jacarepaguá, Rio de Janeiro, entendendo, portanto, que a atribuição seria de uma das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital (fls. 95/96).

Contrapondo-se, o órgão suscitante responde às fls. 101/103 afirmando ser atribuição do suscitado, posto que o Relatório de Operações nº 016/G107/2016 – CSI-MPRJ constante do anexo deste procedimento não registrou qualquer parâmetro encontrado em face da empresa Fênix Sports and Entertainment Ltda. na cidade do Rio de Janeiro, mas sim, registros em nome da pessoa física André Luiz de Paula Moreira da Silva, apontado como sócio administrador desta pessoa jurídica, o qual reside, atualmente, na Rua Luiz Augusto Freitas, nº. 25, Centro, Nilópolis/RJ, localidade esta que abraça a atribuição do suscitado.

Esse é o breve relatório.

I- DA ADMISSIBILIDADE

Conforme a lição de Emerson Garcia configura-se o conflito negativo de atribuições quando *“dois ou mais órgãos de execução do Ministério Público entendem não possuir atribuição para a prática de determinado ato”*, indicando-se reciprocamente, um e outro, como sendo aquele que deverá atuar¹.

A questão levantada observou a forma e o prazo previstos no art. 5º, § Único da Resolução GPGJ nº 1769/2012², sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse consoante disposto nos arts. 10, X da Lei nº 8625/1993³ e 11, XVI da Lei complementar nº 106/2003 do ERJ⁴.

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 196

² Art. 5º –Parágrafo único – Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será suscitado, de modo fundamentado, nos próprios autos ou em petição dirigida ao Procurador-Geral de Justiça, que decidirá a questão no prazo de 30 (trinta) dias.

³ Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....
X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

⁴ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....
XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

Nessa esteira de ideias, a suscitação é tempestiva e encontra-se corretamente endereçada, restando caracterizado o conflito negativo de atribuições que deve, portanto, ser conhecido.

II - DO MÉRITO

Assim como ocorre com o processo jurisdicional, no qual a identificação do órgão judicial competente é extraída dos próprios elementos da ação, também a identificação do órgão ministerial com atribuições para certo caso deve partir da hipótese concretamente considerada, ou seja, dos dados do caso concreto que constitui seu objeto. Nesse sentido ensina a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵ e Athos Gusmão Carneiro⁶.

No presente caso o procedimento administrativo foi inaugurado através da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal – Rio Grande do Norte, através de reclamação formulada pelo Senhor Max Cardoso (fls.04/06) com vistas à apuração de suposta veiculação de publicidade enganosa consistente na divulgação de jogo de futebol entre Brasil e Argentina pela empresa Fênix Sports and Entertainment Ltda., realizado no dia 23 de novembro de 2014, em Natal - RN, anunciando a participação de vários jogadores famosos que não compareceram ao evento.

Esta Promotoria, entretanto, entendeu por bem declinar de sua atribuição em favor de uma das Promotorias de Justiça de Nilópolis, ante a informação de que a empresa teria a sua sede em Nilópolis (fls. 93/94).

Ocorre que, a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu ao receber o procedimento, esclarece que a sede da organizadora do evento fica localizada no bairro de Jacarepaguá, Rio de Janeiro, declinando o feito para a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, que por sua vez, suscita o presente conflito ao narrar que não há registros da empresa na cidade do Rio de Janeiro, mas sim, registros em nome da pessoa física André Luiz de Paula Moreira da Silva, apontado como sócio administrador desta pessoa jurídica, o qual reside, atualmente em Nilópolis-RJ, localidade esta que abraça a atribuição do suscitado.

Percebe-se diante deste introyto que se trata de matéria consumerista cuja solução reclama uma análise do reflexo do dano advindo da suposta publicidade enganosa, sendo indudioso que a regra que define a competência é a do local do dano, consoante o disposto nos arts. 93, I da Lei nº 8078/1990⁷ e 2º, *caput*, da Lei nº 7347/85⁸.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 250/252.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 56.

⁷ Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: 1 - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

⁸ Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Nessa toada, a definição da competência para o ajuizamento de eventual medida judicial, por conseguinte, definirá também a atribuição ministerial para atuar no feito, ressalvando-se que se cuida de *competência territorial absoluta*.

Comentando o tema, Fredie Didier⁹ advoga que *não pairam dúvidas quanto a natureza de ordem pública desta norma; verbis:*

A competência para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano como funcional, exatamente para que não paire dúvida sobre a natureza de ordem pública dessa regra. (grifou-se)

No que é secundado por Hugo Nigro Mazzili¹⁰:

A lei estabeleceu regras especiais de competência para as ações civis públicas ou coletivas, com o escopo de facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo. Assim, como regra geral, dispôs que essas ações devem ser ajuizadas no *foro do local do dano*.

(...) na defesa de interesses transindividuais indivisíveis (difusos ou coletivos), a competência é estabelecida, de forma absoluta, em razão do local do dano. Por força da expressão da lei, no caso a competência será funcional e, por isso, absoluta. Como já antecipamos, o escopo da norma é facilitar o ajuizamento da ação e a coleta de prova, bem como assegurar que a instrução e o julgamento sejam realizados pelo juízo que maior contato tenha tido ou possa vir a ter com o dano efetivo ou potencial aos interesses individuais. (grifou-se)

Ora, se a competência é fixada em razão do local do dano, não se concebe que o conflito se estabeleça entre Promotorias de Justiça situadas no Estado do Rio de Janeiro quando a lide e seus reflexos danosos claramente ocorreram em Natal, no Rio Grande do Norte, local do evento e do suposto dano.

Sob essa ótica, resta clara a intenção do legislador, corroborada pelos comentários doutrinários, que o local do dano é o determinante para o ajuizamento de eventual demanda e, *mutatis mutandi*, definidor da atribuição do *Parquet*, pois estar próximo ao local dos fatos proporciona uma maior capacidade de promover, com mais acurada eficiência, ações tendentes à consecução dos objetivos identificados, sob pena de risco de uma solução ineficaz não desejável.

⁹ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador, 2016, p. 124.

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva 2014, p. 295/296.

Dito isso, ao menos em tese, o órgão de execução que teria atribuição para oficiar no feito seria a 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal – Rio Grande do Norte.

Ocorre, todavia, que se trata de Promotoria de Justiça que integra Ministério Público de outra unidade da Federação.

Diversamente do Poder Judiciário, que possui uma única lei orgânica e é caracterizado por uma unidade verticalizada, o Ministério Público possui uma diversidade de leis orgânicas e ostenta uma unidade horizontalizada, de modo que todos os ramos coexistem lado a lado. Disso decorre a existência de estruturas orgânicas funcionalmente autônomas e independentes inseridas em distintos entes federativos.

A resolução do conflito de atribuições, em sede administrativa, pressupõe a existência de um escalonamento hierárquico entre a autoridade que irá solucioná-lo e aquele que deverá acatar a sua decisão¹¹, o que a toda evidência não é a hipótese dos autos, pois a chefia institucional no Estado do Rio de Janeiro não tem qualquer ascendência sobre um membro que integra o Ministério Público Potiguar.

Desse modo, a solução que se afigura razoável é a de declarar-se a atribuição do suscitado, embora por fundamento diverso daquele deduzido na suscitação, porque foi este o órgão de execução em favor de quem o feito foi remetido por declínio interestadual, o qual, por seu turno, se assim entender, poderá suscitar um conflito de atribuições em face da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de, *conhecido o conflito negativo de atribuições, seja julgado procedente, embora por fundamento diverso, com vistas à declaração da atribuição da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu* para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018.

MARLON OBERST CORDOVID

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

¹¹ GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 330.

Ref.: MPRJ 2017.00921903

Órgão de origem: 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais

Ref.: MPRJ 2017.00921903

Órgão de origem: 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da **4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Nova Iguaçu**. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018.

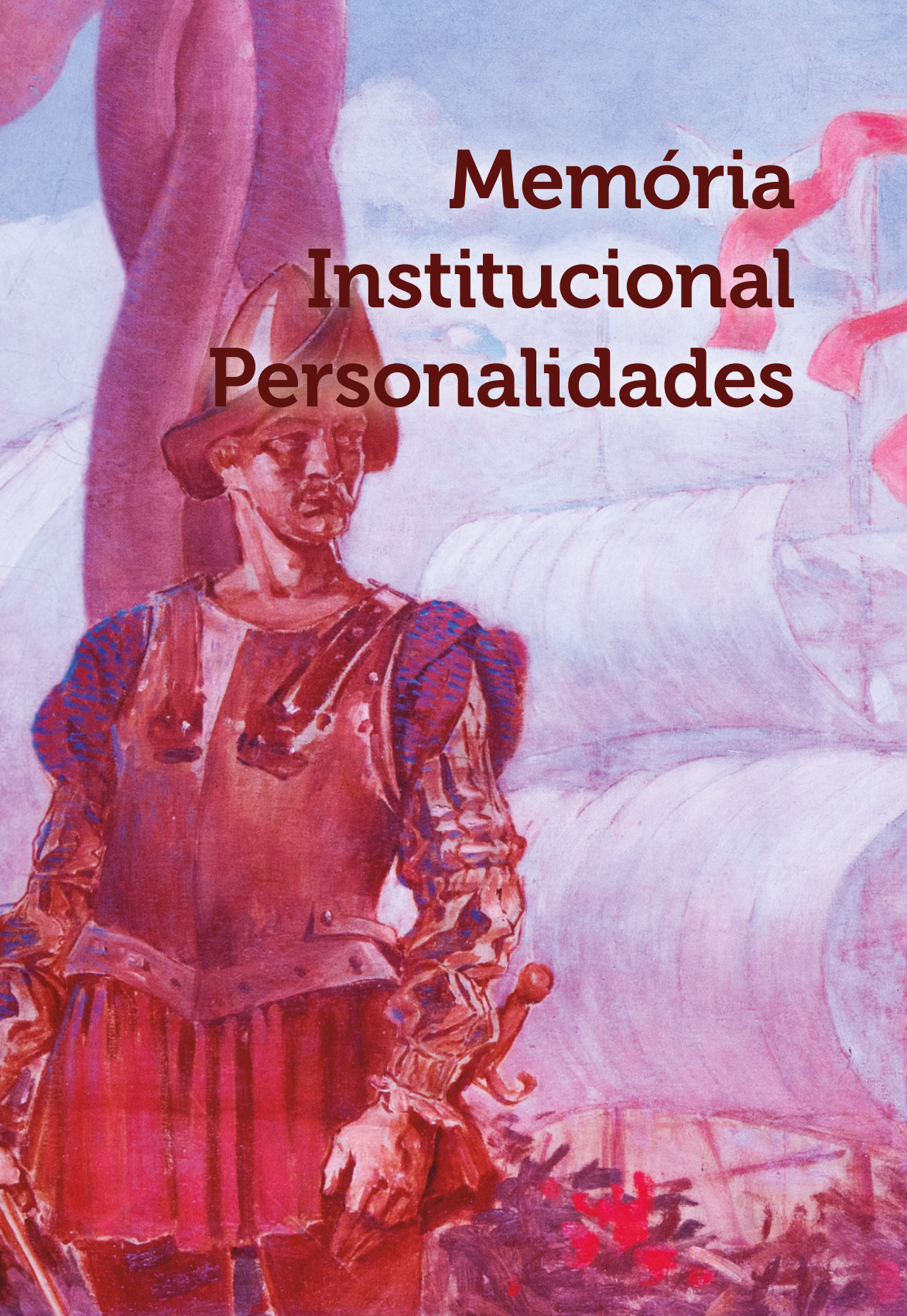
ALEXANDRE ARARIPE MARINHO

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais
(em exercício)



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades

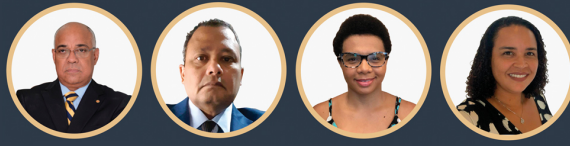


Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.



PERSONALIDADES DO MPRJ
**A VALORIZAÇÃO DA NEGRITUDE
NO MPRJ**



A Valorização da Negritude no MPRJ

Transcrição: Nayara Cristina dos Santos

Edição: Nataraj Trinta Cardozo

Apresentação

M. Klang: Meu nome é Márcio Klang. Esta é a 12ª edição do *Personalidades do MPRJ*, projeto de resgate da história institucional por meio da história oral pública, elaborado pelo Centro de Memória do MPRJ. Antes de mais nada, quero passar a palavra ao nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem, para fazer o início dos trabalhos.

Gussem: Bom dia Ricardo Ribeiro Martins, Orlando Carlos Neves Belém, Débora da Silva Vicente e Roberta Rosa Ribeiro que protagonizam esta 12ª edição do programa *Personalidades do MPRJ*. Antes de qualquer coisa, quero mais uma vez parabenizar o Márcio Klang e o Centro de Memória do MPRJ, que vem resgatando a memória da instituição, vem fazendo trabalhos primorosos, como bem disse ontem o colega Augusto Dourado, na nossa reunião do Órgão Especial do Colégio de Procuradores.

O livro pesquisado, escrito e editado pelo CDM em 2020, que conta a história do nosso Ministério Público e que tem o *slogan* “CDM: Há Algo Novo” é para nós

motivo de muito orgulho e satisfação. Porque a pior coisa que tem é uma instituição desmemorizada, instituição que não valoriza a sua história e o seu passado. O Márcio Klang, junto com toda sua equipe realmente fazem um trabalho primoroso.

Essa 12ª edição trata de um tema muito importante, muito atual, que é a etnia, com colegas brilhantes. Quero registrar que hoje o Ricardo Ribeiro Martins pode ser definido como o ponto de equilíbrio da minha administração. Ricardo com a sua técnica, serenidade, sabedoria é mais do que um Subprocurador-Geral da Área Criminal e da Defesa dos Direitos Humanos, ele é um conselheiro. Muito obrigado, Ricardo.

Igualmente Orlando Carlos da Neves Belém. Orlando, que faz um trabalho junto aos Tribunais Superiores de grande qualidade também. Junto ao Supremo Tribunal Federal, junto ao Superior Tribunal de Justiça e dignifica cada vez mais a nossa instituição. Débora Vicente e Roberta Ribeiro também dando um apoio técnico, um suporte aos nossos colegas. Isso é uma demonstração inequívoca que não há diferença nenhuma entre nós. Somos todos iguais. E o Ministério Público do Rio de Janeiro, sobretudo, estimula a liberdade de expressão, o espaço plural, para que todos possam se manifestar de forma livre, de forma independente. Portanto, vejo esse evento de hoje como um grande passo para o fortalecimento da etnia, da raça negra na nossa instituição. Vocês elevam a nossa instituição. Vocês nos enchem de orgulho. E nós queremos cada vez mais que vocês ocupem espaços de destaque com todos nós. O Brasil abraçou todas as raças. Chego ousar dizer que todos temos o mesmo sangue, porque isso aqui não é como outros países, que buscaram algo e não tiveram essa visão ampla, convívio amplo de todas as raças e essa liberdade de convivência que temos no nosso Brasil. Então, agradeço muito a presença de todos vocês.



Dr. Ricardo Ribeiro Martins recebe a placa em homenagem aos serviços prestados ao MPRJ, entregue pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, na solenidade de encerramento da Semana do Ministério Público, em 2018

M. Klang: Quero agradecer de novo suas gentis palavras. A minha equipe é de profissionais da melhor qualidade e com seu apoio decisivo foi possível fazer o trabalho que estamos desenvolvendo.

M. Klang: O primeiro entrevistado é o Dr. Ricardo Ribeiro Martins, que conheço de outros carnavais. É o nosso atual Subprocurador-Geral da Área Criminal. Faço a clássica pergunta: na sua opinião, quem é Ricardo Ribeiro Martins?

RRM: Olha, eu tenho 62 anos de idade. Desses 62 anos, passei 34 no Ministério Público. Então o Ministério Público hoje me identifica e me define com muito mais precisão. Tenho muito orgulho de dizer que o Ricardo hoje é um orgulhoso membro do Ministério Público. O Ministério Público foi muito importante e definiu minha vida. É claro que tem outros Ricardos, não é? O Ricardo botafoguense; tem o Ricardo garoto do subúrbio, que nasceu e se criou no Lins de Vasconcelos (eixo Lins, Engenho Novo) etc.

M. Klang: Você estudou em escola pública, Ricardo?

RRM: Estudei. Tenho um carimbo do qual me orgulho muito. Roberta também tem, não é, Roberta? Se chama Colégio Pedro II.

M. Klang: Ah, onde eu também estudei. Me orgulho muito também.

RRM: E o meu segundo carimbo, do qual tenho muito orgulho, chama-se Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

M. Klang: Onde eu também estudei. Você não pegou o Catete não é?

RRM: Não peguei Catete não, entrei na UERJ em 1980. Tive um pequeno hiato de uma experiência horrorosa de 2 anos em uma faculdade de Engenharia, a qual abandonei rapidamente para ingressar no Direito. Então, na faculdade em 1980, já não era Catete há muito tempo, era RJ, não era UEG (Universidade do Estado da Guanabara).

M. Klang: Mas você pegou alguns professores que eu tive. Pegou Arnold Wald? José Carlos Barbosa Moreira?

RRM: Sim, Barbosa Moreira sim. Vários professores antigos: Paulino Jacques, Caio Tácito... Em suma, vários professores antigos. Mas

peguei muita gente nova também. Luís Roberto Barroso já era professor assistente.

M. Klang: Ah, sim. O Luiz Fux já era também?

RRM: Fux? Eu não lembro. À noite, era Simão Benjó. Também tem uma boa marca na minha identidade, tanto a UERJ quanto o Ministério Público.

M. Klang: E por que Ministério Público, Ricardo? Por que você optou por ele? Você tinha uma gama de carreiras grandes para escolher, por que o MP?

RRM: Olha, confesso que me casei com o MP, porque foi o primeiro pretendente que apareceu. Me apaixonei e me descobri ao longo do casamento. Eu lembro com muita saudade do tempo que ia fazer horário no escritório modelo. Gostava muito de ir a júri. Particularmente gostava de ver os juris do Rodolpho Ceglia.

M. Klang: Sim. Assisti também. Ele me ensinou a diferença entre tiro nas costas e tiro pelas costas.

RRM: Grande em todos os sentidos. Ele é o pai da nossa querida Maria Lúcia. Em suma, ali comecei a enxergar o Ministério Público. Me lembrei muito dele no dia que coloquei minha beca e fui fazer meu primeiro júri. Fiquei muito tempo em júri. Então, foi um casamento que fui me apaixonando ao longo do tempo.

Confesso que fiz o concurso, porque era o primeiro que estava aberto e logrei aprovação nesse primeiro concurso. E fui me apaixonando. Logo no primeiro ano, já me apaixonei perdidamente e meu casamento continua muito feliz até hoje.

M. Klang: Ricardo, você é professor de Direito Penal na EMERJ e em várias outras instituições.

RRM: Em Ipanema, culpa da Dra. Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea.

M. Klang: Muito bem. O Direito Penal é apaixonante, é bonito e realmente empolga. Entrando um pouquinho na temática do nosso programa, em algum momento da sua vida, na sua infância, adolescência, quando se tornou adulto, na faculdade, enfim, você

sentiu algum incomodo, alguma discriminação racial pelo fato de você ser negro?

RRM: Márcio, costumo dizer que sou ou um sortudo ou um cara menos azarado. Em primeiro lugar acho que a gente tem que colocar algumas questões: a questão da democracia racial, o discurso de que não há racismo e tudo mais. Realmente, dentro do Ministério Público, minha experiência é só positiva. Ponto.

M. Klang: Você não sentiu no concurso nenhum tipo de problema?

RRM: Nada. Nem nas minhas relações internas, nem nas relações extra Ministério Público: juizes, defensores, advogados e tudo mais. Mas é impossível para um jovem de subúrbio dizer que nunca sofreu nada do tipo. Mas não gosto de me colocar como referência não. Gosto muito do debate sobre o Brasil ser ou não uma sociedade racista. Respeito todas as opiniões, esse debate não pode passar por desautorizar o interlocutor. O debate é válido e tem posicionamentos de ambos os lados. Mas acho que temos, antes de mais nada, que compreender o lugar do outro e saber como se colocar no lugar do outro. Você é judeu e eu não consigo me colocar no lugar de um judeu nos anos de 1930 na Europa. Mas eu tenho que respeitar a versão e a visão desse judeu nos anos 1930 na Europa, até porque a história e os relatos nos indicam...

M. Klang: Mesmo no Brasil nos anos de 1940. Meu pai queria ser Oficial de Marinha. Era o sonho dele. Ele passou na prova, provas difíceis da Escola Naval. No exame físico, disseram que ele tinha que corrigir um desvio de septo. Ele corrigiu. Voltou lá e disseram: “Ah, não ficou muito bom”. Ele fez três operações e disseram: “Não ficou muito bom”. Aí ele entendeu que jamais entraria na Escola Naval pelo simples fato dele ser judeu.

RRM: Trouxe alguns exemplos de situações que podemos entender que esses problemas que a mídia retrata são pontuais. Podemos entender que essa é uma pauta de esquerda, de comunista, divisionista, é uma pauta antagonista, de ódio. Não é! Acho que é uma pauta de dignidade, de amor e respeito ao próximo. Então, acho que a gente tem que reconhecer essa questão e discutir essa pauta. Trago alguns exemplos aqui que afetam o nosso meio. Não peguei isso na faculdade porque não sei em que momento o fenômeno dos jogos jurídicos passou a acontecer. Jogos jurídicos são como se fossem uma olimpíada interna entre as faculdades, têm dimensão

estadual e nacional. Meus enteados são formados em Direito, um pela PUC e a menina pela UFRJ. E eu participei de algumas dessas questões porque eles viajavam.

Em 2005 havia uma música. Porque as torcidas são rivais, são jogos. Então, é comum que se tenha a música do “Flamengo contra o Botafogo”, do “Vasco contra o Fluminense”. Para essas músicas você procura o que tem de negativo no outro para você realçar. Sabe qual era o apelido da UERJ?

M. Klang: Não.

RRM: Congo. Porque a UERJ foi a primeira a adotar o sistema de cotas.

M. Klang: Em 2003, não é isso?

RRM: Isso. Essa música que vou ler aqui é de 2005, a UERJ era o Congo. Essa música era cantada por uma faculdade rival, que vou omitir o nome porque acho que isso é o de menos. Essa música era uma letra em cima de uma música já existente. Vou ler a letra: *“Cheiro forte de sovaco, postura de macaco, eles são favelado”. Sem o plural mesmo. “Cota para negão do lado, só tem mulher baranga, só tem homem...”* Também não vou falar. *“Sou do bonde de...”* Só palavra. *“No golpe do azar fez uma opção, escolheu a UERJ, que decepção. Sou da faculdade... Vai se... Mulata analfa, prestou vestibular de dentro da prisão. Mulata analfa, a cota da UERJ foi a solução”.*

Isso foi em 2005, deu um escândalo danado. Você pensa, isso foi em 2005, ninguém nunca mais falou nada disso... Em 2018 uma outra faculdade rival, também em cima de uma música incidental. *“Eu fui perguntar a ela, meu amor, se na UERJ o Mandela é o reitor. E olha que ela bota o quê? Um pardinho. Pode ser um pantera, um analfa de favela. Isso pouco interessa. Tem que ser um pardinho. UERJ é uma favela”.*

Ou seja, será que isso é só uma brincadeira? Uma brincadeira de mau gosto que alguém ficou sem graça? Brincadeira de gente ignorante? São os alunos das faculdades da elite jurídica do Rio de Janeiro. De 2005 para cá alguns já podem ser juizes, promotores, defensores. Será que nos odeiam? Não, também acho que não. Mas será que quando falaram isso enxergavam aí alguma verdade, por isso cantavam a plenos pulmões? Muitos dizem que essa é uma questão muito mais social porque é o preconceito contra os pobres. E dizem que depois que você ascende socialmente já não corre certos riscos. Então dá um *Google*. Um dentista chamado Flávio, em 2004, no bairro de Santana, em São Paulo, um bairro de classe média,

foi assassinado, confundido com um ladrão. Esse dentista era negro. Pergunto, por que só confundem pessoas negras nessas horas?

Um segurança que estava com um guarda-chuva na mão foi preso porque pensaram que era um fuzil. Por quê? Por que enxergam sempre o lugar do negro no polo marginal da sociedade, a ponto de confundir? Não acredito que haja uma *Ku Klux Klan*, que diga: “vou matar porque é negro!”. Não. Mas a confusão se faz porque está incutido, com muito mais força que a gente imagina na nossa mente, que o nosso lugar é “lá”. Então, a gente é visto sempre “lá”. Hoje em dia temos a modernidade do *Google*, para deixar claro que a questão precisa ser debatida e conversada. Não temos uma *Ku Klux Klan*, não temos o sul dos Estados Unidos da América, realmente não temos, mas temos algo que precisa ser revisto e estudado.

M. Klang: Você disse que não tem uma *Ku Klux Klan*, mas só para refrescar a memória, no século XIX, no Rio de Janeiro, na época capital do Império, foi criada a instituição chamada Polícia Militar. Não sei exatamente qual o ano, mas sei que no século XIX. Você sabe qual era a missão da Polícia Militar quando ela foi criada? Prender escravos fujões. A missão dela era essa: “vamos constituir uma brigada militar para perseguir e prender escravos que fugissem”. Estou mostrando para você que não tinha uma *Ku Klux Klan*, mas tinha uma polícia que corria atrás dos escravos para prendê-los.

M. Klang: Na sua opinião, quem é Roberta Rosa Ribeiro?

RRR: Bom dia, Márcio. [Gostaria] de fazer uma fala inicial reconhecendo o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Centro de Memória. Compartilho do que o Dr. Gussem nos falou, do trabalho muito importante que esse programa *Personalidades do MPRJ*, nessa busca da oralidade, nos engradece enquanto instituição e guarda a memória porque precisamos da memória para fazer e construir o futuro. Falo isso porque essa oralidade me remete à ancestralidade negra. Os conhecimentos da população eram e são, muitas vezes, passados de forma oral. Até por isso, a gente entende a dificuldade da falta de registros escritos. E, muitas vezes, há uma apropriação e a história é contada apenas por um lado. E acabamos sendo atravessados por versões que nem sempre são possíveis de serem comprovadas. Que é até a história do mito do Zumbi. Acabamos por pensar quem é esse personagem. Porque, na verdade, quem conta a história dele não são os negros, são os brancos.



Roberta Rosa Ribeiro acompanhada dos pais, José Roberto Ribeiro e Marisa Rosa Ribeiro, na cerimônia de posse no MPRJ, em 2008

Sou a filha mais nova de três irmãs. Minha mãe dona de casa, meu pai auxiliar de Contabilidade. Senhora Marisa e seu Roberto. Sou nascida também no Lins de Vasconcellos. Brinco com Ricardo que somos a dinastia do Lins de Vasconcellos aqui no MP do Rio. Sou nascida em 05 de junho de 1979, estudei em escola pública toda a minha trajetória escolar. Estudei no Colégio Pedro II (Engenho Novo e Centro) no ensino fundamental. O ensino público de qualidade sempre traz bons frutos. Sempre foi um investimento que a gente fez, muito pela minha mãe e minhas tias, que são professoras. Depois fui fazer Direito na UFRJ. Não consegui UERJ, mas fiz UFRJ, aprendi bastante e também me orgulho muito. Fui estudar para concurso, que era minha perspectiva, e passei para advogada da Caixa Econômica Federal. Foi interessante, porque não tinha nenhuma pretensão de advogar porque quando a gente faz a faculdade de Direito – que já era uma muito embranquecida, com pessoas de classe média, classe média alta – quem vai para advocacia é muitas das vezes porque o pai ou algum parente já era advogado e há algum escritório, um lugar para trabalhar. Já tem uma certa trajetória. Em razão disso, nunca me reconheci na posição de advogada. Eu fui para a Caixa e gostei muito de advogar. É uma advocacia de massa, corporativa, mas a Caixa Econômica tem essa pegada social também. Então, gostei muito.

O interessante é que, quando faço Ministério Público, muito inspirada pela figura do meu tio Ricardo, que falou antes, e por já verificar essa paixão que ele tem pela instituição, pude fazer o estágio aqui por um tempo, e realmente é uma instituição que abraça o membro e que tem uma missão constitucional que é muito importante. Que pode fazer o diferencial para uma sociedade. Então, tem uma questão de você, em certa medida, poder trazer os seus sonhos, as suas utopias e tentar em alguma medida aplicar isso na nossa instituição. Eu, diferente do meu tio que foi para o caminho do Direito Penal, fui para a Tutela Coletiva. Percebo que essa minha passagem pela advocacia na Caixa me ajudou muito, porque em certa medida vejo que a Tutela Coletiva é uma advocacia, uma advocacia diferente.

M. Klang: Só que o cliente é a sociedade, não é?

RRR: Isso. E eu não estou mais na defesa de uma corporação econômica. Estou na defesa da sociedade, do interesse público, dos interesses indisponíveis, dos mais vulneráveis. Vejo que cada passo que dou na minha carreira profissional é nesse sentido: cada vez mais fortalecer essa ideia de fazer a diferença, de buscar uma transformação naquilo que atuo e responder determinados anseios sociais. Acho que nessa trajetória tenho me fortalecido nesse sentido.

M. Klang: Roberta, nesse seu caminhar pela Caixa, pela Faculdade, na época a Nacional de Direito, no Largo do CACO, e mesmo na escola pública e depois dentro da instituição: você, de alguma maneira, passou ou presenciou ou experimentou alguma situação de racismo, pelo fato de você ser negra? Alguma vez você teve algum tratamento ruim ou alguma hostilidade? Ou mesmo piadinha, porque muitas vezes vem por meio de piadinha: “Ah, ela é negra de alma branca”, coisas do gênero. Você alguma vez escutou ou viveu isso?

RRR: Engraçado você usar esse exemplo porque quem fala, ou costumava falar, achava até que era um elogio, não é?

M. Klang: Sim. “Estou elogiando”.

RRR: Mas é simplesmente bem ofensivo. Eu percebo que realmente, tirando alguma situação de *bulliyng*, que você está ali querendo

realmente implicar e brigar, você ter um adjetivo pejorativo que é relacionado à raça aconteceu na minha infância. É o “cabelo duro”, “macaca”, essas coisas. Mas o racismo no Brasil atua de uma forma muito sutil, é na sutileza. Eu tenho buscado estudar muito porque, em certa medida, a gente vai construindo a nossa identidade. Nunca tive dúvida da minha origem e de ser uma mulher negra, mas ao mesmo tempo não achava que isso fosse definidor da minha trajetória. Então, as situações que eu passei e que, muitas vezes, me traziam desconforto, trazem desconforto para gente – hoje tenho transformado esse desconforto, que é meu, em daquela pessoa que está praticando aquela conduta – ela não é escancarada. Não é um racismo escancarado onde vão me excluir, ou deixando de acessar. Acho que isso toma uma dimensão muito mais forte a partir do momento que me torno Promotora de Justiça porque represento o poder e ocupo um lugar que, como o Ricardo falou, uma pessoa negra não está normalmente ocupando. Isso gera algumas dificuldades para as pessoas que estão ali dentro de uma normalidade. Porque não é que o racismo seja velado, ele é normalizado e vai trazer situações para a pessoa negra que se você conversar com a pessoa branca, ela vai achar que você está de “mimimi” ou vai dizer “ah, não, não é bem assim, foi um mal-entendido”, só que isso é uma constante.

E quando a gente conversa com outras pessoas negras, as pessoas brancas não passaram pelas mesmas situações, mas se você conversar com as pessoas negras elas passaram pelos mesmos desconfortos. E quais são? Você vai em uma sala de audiência, não acham que você é promotora. Você não consegue utilizar a porta de autoridades. Aqui na sede, a gente tem a porta diferenciada, em um primeiro momento não me conheciam, então, quando passei a frequentar mais, as pessoas passaram a reconhecer. Até porque você é uma das poucas negras. Temos a Débora da Silva Vicente, a Marcela do Amaral, quero aqui mencioná-las e homenageá-las. Então assim, temos outras colegas negras que vamos conversar e trazem o mesmo repertório. Não é um racismo que vai configurar um crime previsto na lei.

M. Klang: É uma coisa sutil.

RRR: Isso. Uma coisa sutil, como em uma sala de audiência perguntarem duas ou três vezes quem você é. Ou então, antes disso, já te nomeia, falam: “Você é parte? É mãe ou esposa do acusado?” São essas situações que você vai vivenciando e vai pensando: “Por que estou vivendo isso? Por que estão me perguntando isso depois

de me identificar?” E muitas vezes você traz para você os motivos pelos quais você está levando esse “rótulo”. A partir do momento que decide que o problema é do outro e devolve, você consegue ali superar.

M. Klang: Agora vou passar para o egrégio, ínclito, conspícuo, Dr. Orlando Carlos. A pergunta que não quer calar: na sua opinião, quem é Orlando Carlos Neves Belém?

OCNB: Alguém nascido entre Madureira e Cascadura, naquela região. E que traçou a vida efetivamente de estudo no ensino público. Sou filho do projeto de ensino público existente nos anos de 1960/70, que era algo. Primário fiz na escola Paraná, que fica ali na rua Ernane Cardoso. Já o ensino médio, no Pedro II do Engenho Novo. O Ricardo falou que foi do CP II, então a gente deve ter tido algum professor contemporâneo como Balbino, Mazei, Soter, célebres professores. Era uma instituição de ensino fabulosa na época, se



Orlando Belém, ao meio, acompanhado da Procuradora de Justiça Lilian Moreira Pinho e do então Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, na cerimônia de entrega do título honorário de professor emérito da Fundação Escola Superior do MPRJ (FEMPERJ), em 2018

destacava. Não sei como está atualmente, perdi o contato, mas era uma instituição de ensino valorosa que me permitiu fazer prova para a Universidade Federal do Rio de Janeiro, o vestibular da Cesgranrio à época, até com alguma tranquilidade para ser aprovado. Fiz a Faculdade Nacional de Direito onde também tive a oportunidade de conhecer alguns expoentes já do Ministério Público que davam aula. Simão Benjó, inigualável. O Rafael Carneiro da Rocha, falecido.

M. Klang: Conheci ele como Curador de Massas Falidas.

OCNB: É, na época ele dava Direito Penal, uma aula belíssima. Antônio Vicente, Jorge Romero. Então, todo esse pessoal que dava aula. Atamir Quadros Mercês.

M. Klang: Ex-Procurador-Geral de Justiça do antigo Estado do Rio.

OCNB: Marinho, pai do Araripe. Então, já naquela época passei a travar o primeiro contato, ainda na faculdade, com pessoas que trabalhavam e que tinham profundo contato com o Ministério Público. Por um golpe de sorte, eu fazia estágio, e acabei sendo integrado à um escritório de advocacia no Rio de Janeiro, desde o terceiro período da faculdade. Trabalhava e minha função no escritório era trabalhar a chamada arguição de relevância, que tinha antigamente, como suporte para acesso dos recursos extraordinários. Me especializei nisso. É claro que você novo, iniciando estágio e precisando trabalhar, outras coisas também desenvolvi como advocacia de partido. Mas foi esse meu primeiro momento.

M. Klang: Lembro de você estagiário com a Dra. Maria Amélia do Couto Carvalho.

OCNB: No sétimo período da faculdade, precisava de um estágio oficial. O que surgiu foi o do Ministério Público, então fiz o exame. Lembro que Sergio de Andréa Ferreira era o coordenador do Centro de Estágio. E recebemos a titulação e nomeação para a 8ª Curadoria de Família, que era na 2ª Vara de Família. Era dividida pela Maria Amélia Couto Carvalho, minha madrinha, e a Nélia Nahid de Carvalho. Saudosa Maria Amélia do Couto Carvalho, recém-falecida, e a querida Nélia. Lá comecei a fazer estágio no Ministério Público no 7º período. Acho que ali o MP conseguiu me arrebatá-lo a despeito de eu ter ficado ainda 5 anos advogando. Mas acabei optando pelo Ministério Público, muito em função desses contatos prévios e das relações

de amizade estabelecidas. Sou do concurso de 1991. Iniciado no ano interior de 1990, mas com posse em 04 de fevereiro de 1991.

M. Klang: Segundo dados do IBGE, os negros reúnem 55,8% da população brasileira e equivalem a 46,5% que se declaram pardos e 9,3% que se declaram pretos. Você se reconhece como negro?

OCNB: Me reconheço como uma pessoa mestiça, tal como dizia o Lima Barreto. Lima Barreto, Gilberto Freire e todos esses escritores bem definem a alma do homem brasileiro: o homem mestiço. Não posso negar a origem portuguesa por parte de pai e a origem negra por parte de mãe.

M. Klang: É de trás dos montes ou da frente dos montes?

OCNB: Do meu pai acho que é Viseu, alguma coisa em Viseu. Por parte de mãe, infelizmente, foram queimados os registros.

M. Klang: É mesmo, foram queimados?

OCNB: Sim. Foi a decisão do Rui Barbosa. Historicamente, Rui Barbosa determinou que fossem queimados todos os registros da origem dos negros brasileiros, impedindo que houvesse um processo de construção histórica. Diferente até do Direito americano. Nos EUA, foi possível estabelecer essa linha de origem.

M. Klang: Vamos dizer que essa foi uma passagem não muito nobre do Rui Barbosa, não é? Estamos acostumados a associar Rui Barbosa a uma pessoa da melhor estirpe em termos de inteligência, “O Águia de Haia” e aquela coisa toda.

Gussem: Posso fazer uma pequena observação?

M. Klang: Claro, senhor Procurador-Geral.

Gussem: A professora Rosângela Gomes, da UERJ, fez contato comigo na semana passada. Através de um projeto em conjunto com o Tribunal de Justiça, eles conseguiram resgatar, Orlando, em Valença, 37 livros de registros de escravos. E ela está trazendo para o Rio para microfilmar e depois divulgar. Acho que é um trabalho belíssimo que o Ministério Público tem que participar em conjunto com o Tribunal de Justiça. E ela falava justamente dessa passagem

do Rui Barbosa, que para evitar qualquer judicialização já àquela época, teria queimado os registros.

M. Klang: Olha, muito obrigada pela informação. E acho precioso esse acervo. Conheço a professora Rosângela, é Titular de Direito Civil na UERJ, se não me engano.

OCNB: Foi, minha professora na UERJ também.

M. Klang: É. Ela é muito competente. Agora só mais uma perguntinha para passarmos para a Débora. Você, em algum momento da sua vida, seja no Ministério Público, nas escolas que você passou, ou seja no convívio social, você teve alguma dificuldade pelo fato de ser negro?

OCNB: Como a Roberta bem frisou, você conviver com brincadeiras e episódios assim desagradáveis, invariavelmente acontece na infância. A resposta é muito mais pessoal e direta e de afirmação de cada um. Isso é uma coisa que tem que ser promovida a partir de um embasamento, contexto familiar, no sentido de te dar uma sustentação para ter uma resposta pronta e imediata em resposta a qualquer situação que possa ser agressiva, de menosprezo em relação a pessoa. Acho que vim muito com esse embasamento por parte dos meus pais, eles nunca deixaram, em nenhum momento, que eu estivesse uma situação de recuo diante de uma hipótese de agressão verbal, de alguma verbalização, sutil ou não.

Então, eu sempre, de maneira muito clara e até incisiva, me posicionei perguntando: “Olha, não estou entendendo o que você está querendo falar. Não sei onde você está querendo chegar”. Agora, também sempre tive o bom senso de fazer a diferença do que era o dia a dia com a garotada, do que era uma situação séria. Sempre tive essa percepção muito clara. Mas fui um sujeito muito afortunado com relação a isso. Sempre tive uma posição muito firme em relação ao tema. Presenciei e procurei estar atento e atuante em qualquer situação que pudesse indicar menosprezo. Mas ninguém passa sem nenhum toquezinho disso no Brasil, impossível, por mais tranquilo que seja.

M. Klang: Débora, a perguntinha que não quer calar: na sua opinião, quem é Debora da Silva Vicente?



Débora Vicente acompanhada dos pais, Evaniza da Silva Vicente e Jorge Aires Vicente, na cerimônia de posse no MPRJ, em 2002

DSV: Dr. Márcio, Débora é uma mulher negra que nasceu no município de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro. De pais operários, mãe costureira, pai cozinheiro. Aos pais foi negada insistentemente todas as oportunidades educacionais. Minha mãe só teve a chance de cursar até o quarto ano do ensino fundamental. Meu pai foi a pessoa a quem tinha sido negada qualquer oportunidade. Até muito pouco tempo, ele era analfabeto e conseguiu se alfabetizar na educação de jovens e adultos há aproximadamente 4 anos. A alfabetização do meu pai foi um processo muito impactante para nossa família porque ela aconteceu logo depois da alfabetização da minha primeira filha. Acho que a alfabetização da Helena estimulou meu pai. Lembro do meu pai dizendo que ao final do ano ele ia nos dar um presente, um presente muito importante. Naquele Natal em que ele se alfabetizou, ele nos deu uma carta, para cada um. Foi algo extremamente emocionante, ele falando do que sentia, do que era a família para ele, então venho dessa família em que...

M. Klang: Você estudou lá em São Gonçalo mesmo?

DSV: Estudei. Em São Gonçalo, estudei em duas escolas da rede estadual de ensino, Colégio Estadual Coronel João Tarcísio Bueno, que a CEDUC fez o favor de extinguir, acabar com ela em 2016, e estudei no Colégio Estadual Walter Olandine. No Walter, eu fiz o ensino médio e no Tarcísio Bueno fiz todo o ensino fundamental.

Para a minha família era possível ter o básico. O trabalho dos meus pais proporcionava o básico e tudo que era além do básico era bastante escasso, mas sobrava muita proteção. Sobrava proteção, carinho, estímulo...

M. Klang: Você tinha outras irmãs?

DSV: Cristiane é a minha irmã mais velha. Nessa família em que tive a oportunidade e felicidade de nascer, a educação era um valor. Então, para os meus pais, que não tiveram a oportunidade de estudar, a educação era o que proporcionava a mudança de perspectiva.

M. Klang: E eles estavam completamente certos, não é, Débora?

DSV: Completamente certos! Eu brinquei com a equipe, Dr. Márcio, com a Maristela que está aqui com a gente, dizendo que podia acontecer qualquer coisa, eu poderia estar doente, se não fosse uma doença transmissível, eu tinha que ir para a escola. Não tinha a oportunidade de ficar em casa.

M. Klang: Essa desculpa não colava!

DSV: Lembro que eu passava de ano com uma certa antecipação. E eu dizia para minha mãe: “Eu já passei, agora posso ficar em casa porque só vai ter revisão”. E ela dizia: “Ótimo, uma oportunidade de você solidificar os conhecimentos que você adquiriu ao longo do ano”. A escola tinha que fechar as portas para eu poder ficar em casa e começar minhas férias. Isso fez total diferença na minha vida. É claro que para aquela família pobre, do interior do Rio de Janeiro, embora a educação fosse um valor, ela tinha um limite de expectativa. O limite para a minha família era o ensino médio. Eu fui a primeira pessoa a ingressar em uma universidade e a primeira pessoa a concluir o ensino superior.

M. Klang: Você estudou em qual faculdade?

DSV: Estudei na Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito da UFF.

M. Klang: Onde meu pai estudou.

DSV: Foi interessante o momento em que disse aos meus pais que queria cursar o ensino superior.

M. Klang: Gostaria de perguntar, por que Direito?

DSV: Então, escolhi o Direito em função de uma imagem que criei a partir de hábito de leitura que adquiri muito cedo. As escolas que estudei tinham bibliotecas importantes, com muitos títulos interessantes, então eu lia avidamente. Era apaixonada por romance brasileiro. Depois de ler o romance, sempre lia a biografia do autor e quase todos eles eram formados em Direito e eu associei isso ao brilhantismo. Aos 12 anos decidi, de forma bastante infantil, confesso, mas decidi em função desse meu contato com a literatura e com esses autores fazer Direito. Foi uma decisão com razões inusitadas, mas tenho a pretensão de achar que deu certo.

M. Klang: Como você foi parar no Ministério Público?

DSV: Bom, disse para os meus pais que estava terminando o ensino médio, mas não queria parar de estudar, queria fazer faculdade. Eles ficaram um pouco assustados, mas nunca me limitaram ou limitaram meus sonhos, pelo contrário, sempre estimularam esses sonhos. Ficaram preocupados porque não tínhamos dinheiro para pagar. Meu pai perguntou como pagariam por isso, então expliquei que faria universidade pública, que para entrar tinha que fazer uma prova. Ele perguntou onde elas ficavam, expliquei que tinha uma em Niterói, algumas no Rio de Janeiro. Enfim, tenho certeza que, naquela noite, eles foram dormir muito preocupados, mas já na manhã seguinte, eles me perguntaram o que era preciso fazer para que eu seguisse em frente, e a gente começou a traçar o plano. O plano foi executado, deu certo. Ingressei na Universidade Federal Fluminense, no vestibular de 1993, ingressei no primeiro semestre 1994. Foi diferente porque, como a Roberta destacou, a faculdade tinha muita gente branca ou mais clara, diferente do meu ambiente. Além de mim, pouquíssimos outros negros. E alguns colegas que faziam intercâmbio, de países da África. Éramos muito poucos negros na universidade. Direito é uma carreira tipicamente branca,

não é? Direito, Medicina, Engenharia. Até hoje a gente denomina essas carreiras como “carreiras imperiais”. Então, é diferente, ou era quando ingressei, em 1994, encontrar um negro nessas carreiras.

Lá na faculdade, não vivi episódios de racismo determinados pelo funcionamento regular da UFF, da Universidade. Mas é obvio que episódios de racismo são vividos, praticados e experimentados diariamente na sociedade, então não seria diferente comigo.

O Dr. Ricardo me fez lembrar de uma ferida que eu já tinha esquecido relacionada aos jogos jurídicos. Era goleira do time de futebol de salão. Mas joguei com algumas colegas que jogaram no Botafogo e eram fenomenais, por isso a gente ganhava bastante. Viajei com os colegas em algumas oportunidades pelo Brasil. E lembro de uns jogos jurídicos, em especial, em que a gente estava na final. Eu conseguia pegar bastante pênaltis. Lembro de um colega, João Carlos Mendes de Abreu, que é meu super amigo. Estudamos na UFF juntos, ele entrou no MP primeiro, depois eu. É padrinho do meu casamento, é um amigo pelo qual tenho um enorme carinho. Ele dizia que eu tinha uma concentração engraçada para pegar pênaltis. Nesses jogos, no momento em que eu me concentrava, a torcida adversária começou a cantar um coro em que me chamavam de faxineira.

M. Klang: Faxineira?

DSV: É. E eu lembro que aquilo me desconcentrou. Não porque eu ache ofensivo exercer a função de faxineira, não é isso. Mas é porque tinha certeza de que faziam aquela referência em função da minha cor, como se dissessem que meu lugar não era ali, não era naquela faculdade, não era naqueles jogos. Lembro que chorei e perdi o pênalti, não consegui pegar. E a gente acabou perdendo o jogo, não fomos para a final.

M. Klang: Até porque coisas de torcida – sei porque fui um frequentador assíduo, no olho da torcida rubro-negra – e a torcida, seja de qual for o time, ela pode ser muito cruel.

DSV: É, porque é um coro. Centenas de pessoas juntas, a voz fica muito amplificadas. É muito pesado.

M. Klang: Aquilo transmite uma energia. Que é tanto para o bem quanto para o mal, não é?

RRM: E as pessoas perdem o freio. Então, você aflora tudo que tem de ruim.

M. Klang: A manada, não é?

RRM: O crime multitudinário.

OCNB: Está no inconsciente quase coletivo, não é.

DSV: Exato. Agora o interessante e importante de destacar é que naquele momento em que me senti atacada, ferida por aquela manifestação, também recebi dos meus amigos de faculdade um apoio que foi, pra mim, extremamente importante. Porque as minhas colegas de time me abraçaram imediatamente e sabiam por que eu chorava e, de certa forma, choraram comigo, e eram brancas. Então, é importante.

M. Klang: Nem tudo está perdido.

DSV: Nem tudo está perdido, temos chance de mudar essa realidade ainda.



Débora Vicente é agraciada com o Colar do Mérito do Ministério Público na cerimônia de encerramento da Semana do Ministério Público, em 2020

M. Klang: Depois que você terminou a faculdade, fez o concurso, você sentiu no concurso ou dentro da instituição ou nas audiências, julgamentos, alguma discriminação, algum “mal-entendido”, pelo fato de você ser negra?

DSV: Sim, sem dúvida. Como a Roberta, Ricardo e Orlando destacaram, situações de racismo a gente vivencia todos os dias. Assim como na UFF, eu não sofri um racismo do funcionamento da instituição; no Ministério Público, também não. Mas desde o estágio, como a Roberta destacou. Fiz estágio na Defensoria Pública e lá era confundida com os assistidos, quando chegava para trabalhar as pessoas queriam que eu ficasse na fila para aguardar a vez. Fiz estágio no Ministério Público do Trabalho também, e quando ia buscar processos na Vara do Trabalho me diziam que eu não podia pegar porque deveria ser o advogado ou o estagiário deles. Então, eu respondia: “Eu sou estagiária, faço Direito”. Mas aí tinha que mostrar a carteirinha, ligar para o MP do Trabalho para comprovar que eu era mesmo estagiária. Então, essas situações a gente vivencia. No Brasil, é impossível ser negro e não vivenciar situações de racismo. No Ministério Público, onde fui recebida com o maior carinho pelos colegas, lembro do carinho com que fui recebida pelo Procurador-Geral de então, Dr. José Muiños Piñeiro Filho, e pelos colegas que já estavam na instituição, também já passei por algumas situações que demonstram que o racismo está na base das relações e que existem algumas carreiras que as pessoas não esperam que os negros estejam. Então, toda vez que muda a equipe de segurança – tenho quase 19 anos de carreira, há quase 19 anos entro nesse prédio frequentemente – eles me barram. Todas as vezes tenho que dizer que sou Promotora, que trabalho aqui, que tenho que entrar. Às vezes estou super bem e reajo com a maior tranquilidade. Às vezes não estou tão bem assim e reajo com um pouco de aspereza, de impaciência. A Roberta falou sobre “mimimi”, é engraçado perceber que nessas horas os errados somos nós porque eu fui “dura demais”, “uma negra insolente”, como se eu tivesse sido agressiva desnecessariamente. É claro que não tenho o objetivo de ser agressiva com ninguém, por qualquer motivo, mas há situações que fica evidente que seu ingresso está sendo limitado em função da cor, que falta paciência. Acaba sendo humano.

RRM: Eu fui barrado três vezes no estacionamento descoberto porque eu “não sou membro do Ministério Público”. E três vezes pelo mesmo cara. Tive que perguntar para ele: “Por que você continua achando que não sou do Ministério Público quando eu já mostrei o meu documento para você duas vezes?” Ele respondeu: “Calma,

o senhor está nervoso”. Eu respondi ironicamente: “Não tenho motivo nenhum para ficar nervoso”.

DSV: Exato. É isso. Aí parece que o nosso nervosismo não se justifica.

RRM: Como meu terno era azul-marinho, acho que ele achava que era o segurança chegando para trabalhar de carro.

M. Klang: Esse episódio recente do Carrefour do Rio Grande do Sul, qual é a leitura que vocês fazem do que aconteceu e do que poderá acontecer daqui para frente com relação aquele episódio?

RRM: O que eu quero colocar aqui sobre o Carrefour, independentemente da análise do fato: se foi, se não foi, se agrediu e tudo mais, é que a gente vê constantes episódios de pessoas fazendo desaforos. Hoje com as redes sociais e celular, é constantemente filmado. O que você vê é que quando acontece com pessoas brancas – não gosto de falar “pessoas brancas”, parece que estou agredindo – então, quando não são pessoas negras, as pessoas dizem: “Ah, está nervosa. Está com problema psiquiátrico”.

M. Klang: “Não bate muito bem”.

RRM: Tentam conter, mas ninguém faz nada. Se ela dá chute... Vocês podem pegar aí no *Google*, isso sempre acontece. Quando é o negro, a reação é sempre aquela que nós vimos. Não vou entrar na questão jurídico-técnica do problema, quero entrar na questão do: Por que a gente se sente autorizado a fazer isso? Por que os seguranças são sempre muito agressivos? Por que há vários relatos de pessoas que são seguidas em lojas?

M. Klang: Isso é uma manifestação de necropolítica?

RRM: Volto a perguntar: por que você acha que aquele guarda-chuva é um fuzil? Por que acha que o dentista que estava voltando do aeroporto, onde foi deixar a namorada, ele pode ser confundido com um ladrão e assassinado? Se vocês pegarem a reportagem vão ver que os PMs foram condenados, mas ele foi assassinado. O argumento dos policiais é “confundimos com um ladrão”. Por que isso acontece e só acontece com pessoas negras? Só acontece não, mas cerca de 90% são pessoas negras.

M. Klang: Preponderantemente, não é?

RRM: Por que será que esse é o nosso papel e é assim que as pessoas conseguem nos enxergar? Para ilustrar, vou colocar um pequeno episódio que aconteceu comigo, eu Procurador. Gosto sempre de colocar esses episódios para desligar da questão social. José Avelino Atalla, meu irmão querido, chefe de gabinete, é um belo irmão que tenho no Ministério Público. Ele era chefe de gabinete na gestão do José Muiños Piñeiro Filho, ele tinha carro oficial e me dava carona – se estiver vendo isso ele vai confirmar. Nas três vezes que ele me deu carona, nós fomos parados na *blitz*. Perguntei a ele: “Atalla, é toda hora isso? Você vai voltar para casa e você para em *blitz*?” Ele disse: “Não Ricardo, é só quando você está no carro”. Então eu parei e fui “o negro insolente”. Perguntei aos policiais: “O que está havendo?”, eles responderam: “São três homens dentro de um Santana, a gente já acha que é suspeito”. Então, perguntei para o Atalla: “Quando você dá carona para outras pessoas eles param?”, Atalla respondeu: “Não, não param”. Então, esse é o retrato e isso explica o “erro”, isso explica o Carrefour. O imaginário de que aquelas pessoas estão insolentes, estão fora do lugar delas. Acho que é essa a questão.

RRR: Só queria complementar porque o Márcio perguntou sobre o conceito de Necropolítica. Quando a gente vai trabalhando por exemplos e vai reunindo o que as pessoas apontam como pontual, normalmente você vai ver um outro exemplo em que vai se apresentar uma vítima branca. Por exemplo, alguém diz: “Morreu uma pessoa negra”, aí vem “Ah, mas ninguém fala da...”, aí apresenta uma vítima branca que passou pela mesma situação, para dizer que na verdade há uma paridade, que não há racismo no Brasil. Quando a gente fala de Necropolítica, desse discurso em que o Estado trabalha em uma produção de morte; quando a gente analisa o Anuário de Segurança Pública, que tem por base dados da saúde, que é o melhor dado no que diz respeito a morte, a gente verifica que 75% das pessoas que morrem - aqui teve uma pergunta e lembro que falei na pré-entrevista, a cada 23 minutos um jovem negro morre, já houve uma atualização desse dado, agora são 21 minutos. A cada 21 minutos morre um jovem negro. O perfil dessa vítima, e acho que é importante falar disso.

M. Klang: Isso é assustador, não é?

RRR: Porque tem uma corrente que vem trabalhando essa perspectiva de defesa da vítima – que é sim muito importante –, tentando buscar esse equilíbrio no processo criminal. Porque há

a preponderância de um olhar de garantias para o autor do fato e agora está se buscando todo um discurso, repertório para a proteção dessa vítima. A gente tem que pensar que, no Brasil, essa vítima principal, primordial, é o homem negro. E quando vamos olhar numa questão de gênero, vai ser a mulher negra. Esses episódios, o episódio do Carrefour, são sintomáticos de todo um contexto que leva em consideração a questão racial, a questão da cor. Um outro exemplo que também acho importante, porque a gente vai ouvir como contraposição, são os problemas relacionados à educação. Porque acho que a gente aqui traz isso, nós quatro somos resultados da educação de qualidade pública, dando como resultado pessoas que conseguem alçar economicamente porque, às vezes, as pessoas falam da questão social. Mas quando se metralha um carro, que é o caso do Evandro, que estava dentro de um carro, dirigindo, e levou 80 tiros, ninguém pediu, antes de atirar, sua carteira de identidade ou pegou a ficha criminal, para saber se ele respondia algum processo criminal ou se ele tinha algum diploma de nível superior, apenas metralharam o carro. E isso acontece porque o que chega primeiro, o que é visível, é a nossa cor de pele. Então hoje, quando sou parada em uma *blitz* tenho medo, tenho medo sim, porque a estatística confirma e reafirma que estou em risco nessa situação. Pela estatística, um latrocínio (roubo seguido de morte) está ali, são três vezes mais chances de eu ser morta por um policial do que por um bandido.

OCNB: O que mais assusta neste caso do Carrefour é todo o fato de abordagem à pessoa, ao ser humano. Mas principalmente as declarações emitidas pelo CEO do Carrefour. Ele deu uma declaração informando que na condição de homem branco, aculturado, tem condições de compreender perfeitamente o que aconteceu. É a declaração mais desumana que vi nos últimos anos. Ele não se coloca na situação de ser humano, de compreensão do que aconteceu, de compreensão da violência humana praticada. Então, não é à toa que aconteceu o que aconteceu. E ele acha isso tão natural que ele declara, expõe como algo perfeitamente possível, justificável e compreensível. Ao tempo que recrimina, ele faz esse adendo, corroborando todos os apontamentos feitos pelos colegas. É justamente esse ar de incompreensão e perplexidade com a manifestação de uma instituição como o Carrefour.

DSV: Dr. Márcio, sobre esse episódio, gostaria de destacar que também causa bastante preocupação a declaração das autoridades públicas brasileiras, principalmente no âmbito do Governo Federal, de que não há racismo. Eu penso que a gente às vezes tem

dificuldade de olhar o mesmo fato sob diversos ângulos. Quando a gente olha para o fato que aconteceu, é inevitável dizer que aquele espancamento até a morte se deu porque a sociedade naturaliza a violência contra pessoas negras.

M. Klang: É o chamado racismo estrutural?

DSV: Exato. Tenho a impressão de que um branco naquela situação não seria espancado até a morte. Talvez ele fosse vítima de alguma violência.

M. Klang: Sim. Um tranco. Iam segurá-lo com força, empurrá-lo, mas não passaria disso.

DSV: Exato, se a gente olha esse fato do ponto de vista das relações que são estabelecidas na sociedade. Agora, se a gente olha do âmbito da normal penal, temos que ter outros elementos de prova que são mais exigentes, digamos assim, do que a nossa percepção geral. E a delegada do caso fez essa observação, ela me pareceu bastante cuidadosa, inclusive. Ela disse: “Olha, estamos analisando. Ainda não há depoimentos que caracterizem que o fato aconteceu em função de um comportamento racista”. Me pareceu que ela estava fazendo uma análise cuidadosa sobre a perspectiva da aplicação da norma penal. Que é completamente diferente. Mas do ponto de vista das relações sociais travadas nesse país, me parece inquestionável que aquela violência foi determinada e chegou àquela proporção em função do racismo.

Racismo Estrutural e Necropolítica

M. Klang: Queria fazer uma observação, um pouco provocativa, mas verdadeira, com relação ao incidente que o Ricardo falou, de pararem o carro na *blitz* porque havia um negro sentado no carro. Tenho uma situação inversa, que aconteceu comigo em Israel. Israel é um país que tem muita segurança, desde sempre, por razões óbvias. Então, você, para entrar em um shopping, supermercado, para entrar em qualquer lugar, se é mulher tem que mostrar a bolsa, se é homem é submetido à uma revista. Pois bem, estava na cidade de Netanya, dirigindo um carro com a minha mulher e cheguei no estacionamento de um shopping. O procedimento padrão seria o segurança mandar eu abrir a mala do carro, para ver

o que tinha na mala, olhar o carro e pedir documentos. Acontece que o segurança desse shopping era de origem russa, ou era russo, e eu sou neto de russos. E ele me identificou como compatriota dele. Débora, ele não pediu que eu abrisse a mala nem que mostrasse os documentos, apenas disse: “Bom dia, pode entrar”. Pelo simples fato de eu parecer neto de russos, por um lado da minha família. O outro lado é romeno, são morenos. Mas pelo lado da minha mãe, todo mundo é branco. Estou mostrando um mesmo lado da mesma coisa, só que na situação inversa. Ele me facilitou, mas eu poderia ser um ladrão, um terrorista, não é? Israel vive tendo ataques terroristas, mas ele não teve a menor preocupação por eu ser conterrâneo dele. Coisa que não sou, sou brasileiro. A minha avó que era ucraniana.

RRM: Não tenho essa pretensão obviamente, mas acho que a gente pode resumir muitas dessas questões pensando em qual é o nosso lugar na sociedade. E aí eu vejo o chamado racismo estrutural quando penso o nosso lugar na sociedade, o lugar do negro na sociedade. E a gente não consegue ser visto dentro de certos postos e certos lugares. E é essa a grande dificuldade. E agora eu fico pensando, e isso estou dizendo, como Orlando falou, ele é um afortunado e eu também, nunca sofri violência, nunca apanhei, nunca fui preso nem agredido. Já fui ofendido na minha honra, isso quando era garoto. Mas, dentro desse panorama, isso é uma sorte. E a gente precisa redefinir qual é o nosso lugar dentro da sociedade, para que a sociedade possa nos enxergar como tal.

M. Klang: Até porque a escravidão acabou em 1888, vamos combinar, tem 132.

RRM: E não podemos esquecer, foi o último país que acabou com a escravidão. Então, a gente tem que discutir como as pessoas nos olham. Tudo bem, não temos uma *Ku Klux Klan*, o segurança que me barrou não me odeia porque sou negro, ele apenas não consegue me enxergar como alguém que possa estar naquele lugar.

M. Klang: Como cidadão, sujeito de direitos e deveres e que possa chegar ao cargo que você chegou.

RRM: E acho que isso é uma rotina na nossa vida aqui, em geral. Costumo levar na brincadeira, às vezes me irrita. Isso já me aconteceu

no MP, nos fóruns da vida. Já contei esse episódio para você. Um advogado entrou na minha sala em Bangu. A sala tinha uma placa “Promotoria de Justiça”, só tinha uma mesa lá dentro e o cidadão aqui de terno sentado nela. O advogado abre a porta, olha para mim, e pergunta: “Que horas vai chegar o Promotor?”. Olhei para ele e disse: “Doutor, o senhor pode me dar uma ajuda?”, ele respondeu: “Pois não, doutor”. Disse: “Querida muito parecer um Promotor de Justiça, como eu faço?”. Ele ficou meio sem jeito me olhando, e continuei: “Pois é, doutor. Só tem uma mesa, a sala é da Promotoria, estou de terno. É a gravata, doutor? Ou é a cor do meu terno? Me ajuda doutor, porque queria muito parecer um Promotor, mesmo assim o senhor entrou e não me viu”.

OCNB: Você foi muito delicado. Eu teria dito: “A hora que chegar o advogado”. Sou péssimo para isso, minha língua é terrível.

RRM: Ele ficou tão sem graça, Orlando. Ele gaguejou e não sabia o que falar. Então, isso é uma rotina, é o dia a dia. Tenho uma estratégia para enfrentar *blitz*, de tanto que já fui parado. Entrei para o Ministério Público com 28 anos. Hoje ninguém me para mais, já sou um senhorzinho distinto, mas quando entrei, pegava Niterói, Manilha, era parado toda hora. A ponto de alguns pegarem minha carteira funcional, ficarem olhando e eu dizer: “Coloca na luz, não é falsa não.”

M. Klang: Mas que deve subir uma coisa aqui (apontando para o estômago).

RRM: Sobe, é claro que sobe. A gente tem que encarar isso. Até recomendo, para quem quer entender melhor o assunto, tem um documentário no *Youtube* chamado “Olhos Azuis”, de uma educadora americana chamada Jane Elliot. Vejam! É um documentário maravilhoso, é um experimento que ela faz. Então, acho que a sociedade precisa nos enxergar, então esse é um evento muito importante. Quando a sociedade enxerga a Débora, o Orlando, a Roberta, me enxerga, isso começa a mudar uma série de parâmetros para as pessoas. Outra coisa, começa a gerar um orgulho muito grande.

Quando fui Procurador-Geral, aqueles dois meses em 2018, o fato mais marcante para mim foi quando entrei no elevador e o seu Cosme – todos aqui que frequentam o prédio-sede conhecem o seu Cosme. Seu Cosme não é o mestiço, não, é o “puro café”, eu também sou mestiço, Orlando, mas o seu Cosme é “café puro”. O

seu Cosme chegou para mim e disse: “Seu Ricardo, disseram que o senhor agora está mandando aqui”.

OCNB: Com aquela voz clássica.

RRM: Eu ri e respondi: “É, seu Cosme, pois é”. Ele disse: “É. Chegamos lá, não é, doutor?”. Olhei para a cara dele e pensei: “Já valeu, vou ficar dois meses aqui, no sufoco, com todos aqueles problemas”.

OCNB: Seu Cosme e o Odir, falecido Odir. Odir era uma graça. Você chegava no prédio, lá na Nilo Peçanha, número 12, e ele tinha essa simpatia de nos receber com orgulho.

RRM: Com aquilo ali pensei “Valeu, vou ficar aqui dois meses pensando nisso que o seu Cosme me falou”. Então a gente tem que passar a ser visto, tem que ocupar espaços. Isso é muito importante.

M. Klang: Vocês têm alguma observação a fazer com relação ao regime de cotas, a favor ou contra?

RRR: Então, Márcio, gostaria até de resgatar uma fala do Orlando, quando traz a questão referente a fogueira do Rui Barbosa e dessa dificuldade que a gente tem de resgatar as nossas origens. Duas vezes você deu exemplo de privilégio, não é? Quando você conseguiu entrar sem problemas no shopping e quando você consegue resgatar e identificar toda sua árvore genealógica, que para nós é bem difícil. É interessante porque – e quando soube fiquei muito chateada, porque trabalho com a questão documental e vejo a questão do sub-registro. Quando você vai olhar o perfil dessas pessoas com sub-registro, em sua maioria é negra. Rui Barbosa não queima os documentos para eu – não sei se ele pensou e achou que foi a melhor solução – mas ele não queimou para que eu não soubesse a minha origem, ele queimou para que os fazendeiros, os donos de pessoas escravizadas, não pudessem receber a indenização pelo fim da escravidão, e não o escravizado receber indenização pelos trabalhos forçados a que foi submetido. Ele é reconhecido como abolicionista, mas tomou essa decisão para acabar com a discussão: “Não vai indenizar ninguém”.

M. Klang: Nem um lado nem o outro.

RRR: Nem um lado nem o outro. Mas, ao mesmo tempo, a gente vive com isso. Até pouco tempo tinha essa percepção de uma família desestruturada, com a dificuldade de formação de uma

árvore genealógica. E toda essa discussão da minha origem, que é embarceirada em função de histórico escravocrata do Brasil. Com relação às cotas, a gente não passou por esse regime. Eu fiz UFRJ, entrei em 1998, e no Ministério Público em 2008. Não havia política de cotas nem para o acesso à universidade, nem para o acesso ao Ministério Público. Aqui já foram citados diversos exemplos sobre como é importante – e isso também decorre do racismo estrutural, no sentido de que há uma não representação das pessoas negras, equiparada com a representação demográfica, em que a gente é mais de 50% de pessoas negras, ocupando esses espaços de poder no sistema de justiça. Então, as medidas de reparação que vem sendo pensadas – e o STF já reconheceu sua constitucionalidade – e os exemplos de uma análise de políticas que foram, como a UERJ que implantou – de resultado positivo, eu vejo que foi uma atitude, desse passado mais recente, mais revolucionária. De tentar realmente subverter essa lógica racista que a gente tem, em razão do racismo estrutural. Tornando possível o acesso de pessoas negras a esses espaços de poder. A gente tem aqui com mais substância, com mais representação, no quadro de servidores. A gente já tem mais concurso, acho que foram dois ou três. Mas a gente ainda não tem essa paridade ali demonstrada porque fazer concurso é caro. Quando a gente vai falar dessas três camadas que foram coladas aqui: questão racial e de classe, nossa classe média, média baixa é majoritariamente negra.

Nayara: Tivemos uma participação bem grande no chat, das pessoas se sentindo contempladas, considerando um importante evento e a necessidade do Ministério Público continuar trazendo esses debates. Gostaria de registrar isso. Nós tivemos algumas perguntas, que voltam nas que acabaram não sendo respondidas agora. Servidora do MP, ela indaga se os participantes acham importante as cotas raciais para o ingresso na carreira do MP, especificamente. A doutora Cristiane Seixas, que é Procuradora de Justiça, comenta que fez parte do concurso para servidores do MP, avaliou os participantes, no que tange às cotas, pelo que ela observou, ela considera que as carreiras públicas, no sentido de cotas, são as mais viáveis, por conta do anonimato. Ela gostaria de saber se os convidados concordam com isso.

DSV: Acho importante falar sobre política de cotas e ações afirmativas, papel do MP, como a Roberta falou. Acho importantíssima a política de cotas. O ingresso na universidade transforma a vida de alguém. Transformou a minha vida, não tenho a menor possibilidade de não

acreditar nisso. Acho que a gente precisa desenvolver outras políticas de ação afirmativa. O ingresso na instituição por concurso público, com reserva de vagas, é um exemplo disso. Há diversas outras propostas discutidas na sociedade: a criação de fundos contábeis para a criação de políticas públicas que venham proporcionar redução da desigualdade racial. Mas, gostaria de pontuar, ações afirmativas não vão solucionar o problema e quando digo isso, normalmente sou mal compreendida. Então, quero deixar claro aqui: acho as políticas de ações afirmativas muito importantes, mas eu tenho pressa. Não quero esperar 500 anos de negros entrando na universidade pelo sistema de cotas para mudar a estrutura da sociedade. Eu acho, e é a função do Ministério Público porque essa questão ela se relaciona com a nossa existência e o nosso papel institucional, é a função do Ministério Público induzir a produção das transformações sociais que conduzam à redução de todas as desigualdades que marcam a sociedade brasileira, inclusive a desigualdade racial.

Há toda uma discussão sobre ativismo no Ministério Público, e eu preciso confessar para vocês que não compreendo um Ministério Público que não seja ativista dos direitos humanos. Acho que a instituição foi remodelada para isso. Na minha percepção, há uma diferença entre ativismo e militância. Reconheço o papel importantíssimo dos movimentos sociais, das pessoas que militam nos movimentos sociais, mas costumo dizer que sou uma negra ativista não militante. Não participo de movimentos sociais, não tenho essa vivência. Acho que ela é importantíssima para a vida das pessoas que militam, mas eu me considero, embora não tenha uma vivência militante, uma ativista dos direitos humanos. E, voltando a pergunta inicial, foi por isso que vim para essa instituição, porque identifiquei no papel constitucional do Ministério Público uma característica muito grande. Uma missão muito grande de promover ações ativas no sentido da redução de todas as desigualdades que atravessam a nossa sociedade, inclusive da desigualdade racial. Daí porque, a Roberta começou a falar sobre isso, é fundamental que a gente garanta o gozo dos direitos fundamentais de natureza social através da implementação de políticas públicas que sejam universais, que sejam de qualidade e que promovam equidade. Então, esse é o nosso papel, é para isso que o Ministério Público existe.

M. Klang: Quando você fala Política Pública está se referindo a políticas de saúde, de educação, de lazer?

DSV: Sim. Políticas Públicas que tem base ou a finalidade de garantir os direitos fundamentais referidos no artigo 6 e detalhados em outros artigos da Constituição e da legislação infraconstitucional. Inclusive políticas públicas especificamente voltadas à redução das desigualdades raciais. Mas o quero dizer é que pensar em políticas de ação afirmativa é importante, mas não é suficiente.

M. Klang: Quando você fala em Constituição me faz lembrar que uma vez, enquanto estava estudando na faculdade de direito, disse que gostaria muito de morar no país da Constituição porque o país da Constituição é maravilhoso. Aquele país que está descrito lá, no artigo 5º e outras coisas, é lindo.

DSV: Doutor, penso que a Constituição trouxe para nós uma tarefa. De fato, ela descreve...

M. Klang: “Todos tem direito à saúde”, “saúde é um dever de todos”. Lindo isso!

DSV: Ela é uma carta que traz nossas melhores aspirações, enquanto sociedade, mas ela traz para a sociedade e, especificamente para essa instituição, uma tarefa, a tarefa de cumpri-la. Uma tarefa da qual a gente ainda não se desincumbiu, 30 anos depois. E que a gente tem buscado executar, cumprir, mas da qual a gente não pode se distanciar. É uma tarefa que a gente não pode deixar de compreender.

OCNB: Endossando o que a Débora falou, um aspecto muito importante. Não é uma crítica ao sistema de cotas, às vezes sou mal compreendido com isso. Trabalhei diretamente com essa questão na Promotoria de Justiça e Fazenda Pública. Eu estava lá quando ela inicia ou quando nós tivemos os primeiros requerimentos e que eram veiculados com mandados de segurança. O mandado de segurança sendo usado como ação afirmativa sob o ponto de vista subjetivo, não sob o ponto de vista genérico, como você tem determinadas medidas que foram adotadas no direito americano, a partir da decisão governamental do John F. Kennedy, depois do Lyndon B. Johnson, que primeiramente não foi em relação às cotas para negros, mas para a manutenção ou possibilidade de acesso de trabalho para mulheres brancas. É assim que surge a ação afirmativa nos EUA, depois é que ela evolui para um sistema de cotas, muito analisado na suprema corte americana e ratificado no período do Ronald Reagan, quando a suprema corte era maciçamente pró sistema de cotas.

O que noto no Brasil é que o Brasil é diferente de qualquer país. Brasil não tem conversa, ele tem uma diferença. Cria-se o sistema de cotas, mas ao mesmo tempo você verifica que paulatinamente há o processo de deterioração do ensino público, que teve início na década de 1970. É muito nítido o abismo que o ensino público ingressa nos anos de 1970, é algo espantoso. Você tinha um ensino de qualidade que passa a ser de não qualidade. Ao mesmo tempo você passa a não ter uma proposta ou uma situação de erguimento dessa classe de professores, com salário baixo, sem estímulo, com condições péssimas de trabalho. Tal qual o ensino público você verifica a saúde pública em franca deterioração. O que espanta é que se cria o sistema de cotas e nesse período todo o ensino público só é fragilizado. Este é o ponto que tem que ser observado porque, com o passar dos anos, vai acontecer uma coisa que, historicamente, quem já adotou o sistema de cotas teve oportunidade de acentuar, que é uma crítica ao sistema de cotas por ele proporcionar uma discriminação reversa. Então, há uma necessidade de manter um olhar atuante para que isso não ocorra.

M. Klang: Como assim discriminação reversa?

OCNB: Porque, na realidade, quando você possibilita o sistema de cotas, você estaria alijando outros, também necessitados, que ficam dentro do calabouço de não conseguir acesso a cargos públicos, ao ensino de qualidade, mas que tem a mesma qualidade de negros, no que diz respeito à negação de políticas públicas. A negação de políticas públicas no Brasil, ainda mais no Brasil mestiço, não é uma situação única para os negros, é maléfica, atinge a sociedade brasileira e atinge em cheio. O cuidado que se deve ter com relação ao tema é que o tema tenha uma evolução que permita uma universalidade no sistema de cotas. O meu ponto é sempre esse. Vamos fazer agora, mas há uma necessidade de evolução desse sistema, uma necessidade de aprimoramento. Essa é minha contribuição e até um acréscimo ao que a Débora expôs com muita pertinência.

Nayara: A Márcia Nogueira, que é servidora, comentou sobre o relato da Dra. Débora e falou que este se assimila ao que a Audre Lorde, uma feminista negra estadunidense, escreveu sobre a "raiva da mulher negra". Ela considera que essa questão da raiva da mulher negra traz a pauta da interseccionalidade para o debate. Então, ela pergunta sobre a importância de considerar a questão do gênero para se tratar de políticas de equidade racial para enfrentar o racismo institucional. E de modo mais abrangente o racismo

estrutural. Temos também a pergunta da Caroline Dias, que foi estagiária por um ano e é assessora no MPRJ há 3 anos. Durante esse período ela não conheceu e não trabalhou com promotores negros. Isso lhe trouxe alguns questionamentos sobre o fato dela ser merecedora de ocupar esse espaço na instituição. Então, ela agradece às doutas Roberta e Débora, mais especificamente às promotoras negras, pela importância de conhecer mulheres com cabelos e traços semelhantes ao dela. Ela deixa também algumas perguntas: enquanto concurseiros e estudantes, vocês se sentiram desafiadas a realizar provas para carreiras que pessoas negras não costumavam ocupar e enquanto membros do MP? Experimentaram a sensação de não pertencimento ao cargo ocupado, em razão dos cargos serem ocupados, na maior parte, por pessoas de pele clara?

OCNB: Posso falar uma coisa? Quando eu cheguei em casa para falar para os meus pais que decidi fazer concurso para o Ministério Público, eu pensei nessas questões todas: será que pode ter algum problema o concurso público? A gente escutava muito falar dos problemas para entrar na Escola Naval, concurso para entrar na Academia da Força Aérea (AFA). Essas coisas se escutavam muito na época do antigo científico. Minha mãe, que é escura, falou o seguinte: “Meu filho, quantas vagas tem?” Eu disse: “Acho que cinquenta e poucas vagas”. Ela: “Você só precisa de uma, não é? Você não vai ocupar as cinquenta e poucas, vai? Então, uma é o que você precisa. O restante é você fazer o que faz normalmente, sentar e estudar”. Acho que é imprescindível, e é uma tônica, vejo e todos aqui tem o mesmo exemplo, é o exemplo da educação e do esteio familiar. É muito importante o esteio familiar, mas é muito importante também a educação e o incentivo: você sobrevive com o exemplo bom, você não sobrevive com o exemplo ruim.

Acho que mais do que tudo, o evento de hoje é um exemplo bom, um exemplo que dá certo, que demonstra que a educação vence. Então não se preocupe. Você é concurseiro? Você só tem uma coisa a fazer: sentar e estudar. Aqui no Ministério Público essa sempre foi a tônica, nunca vi ninguém ser alijado em concurso em função de circunstâncias de cor, raça, credo. Aqui sempre foi um universo muito democrático. E acho que a maior prova está sendo dada hoje, você tem o Ricardo como Subprocurador-Geral de Justiça, eu, Débora, Roberta, ocupando cargos que exercitam contato com autoridades públicas e que tem que estar presente, justificando a atuação do Ministério Público.

Não vou dizer que não possa acontecer alguma circunstância porque não podemos responder por todos. Mas a tônica do Ministério Público sempre foi essa. Desde o primeiro minuto que entrei no Ministério Público e participei de todos os eventos do MP, sempre fui muito bem recepcionado. Lembro de fazer prova, exame oral, nervoso, e passar do meu lado um senhor chamado David Milech e acenar dizendo: “Fica calmo, vai começar a prova”. Então, aqui a gente nunca teve essa questão, eu nunca senti. É interessante dar um testemunho disso.

RRR: Uma pessoa que participou da militância, Lélia Gonzalez, é uma escritora negra, socióloga, era professora da PUC, filósofa etc. E ela traz essa ideia da interseccionalidade, da mulher negra, trazendo um pouco dessa ideia do feminismo negro. Porque tudo que estamos falando aqui, com esse recorte da raça, a gente traz também essa outra face de uma opressão. Do que a gente coloca ali como uma opressão, uma vulnerabilidade do gênero, do gênero mulher. Realmente a gente é maioria no que diz respeito ao sexo, não é, ao nosso gênero, e a gente é maioria feminina nos concursos públicos. Mas a gente ainda não vê essa outra perspectiva da questão racial. Já que estávamos nessa perspectiva do testemunho, vou trazer um pouco sobre como é entrar nessa instituição, vindo dessa origem. Particularmente tive uma referência institucional, mas uma referência que é masculina. E que a gente acaba trazendo: ir para o interior, pegar uma estrada sozinha, enquanto mulher, enquanto mulher negra. Então, trazendo duas vivências que nos vulnerabilizam.

M. Klang: Chegar em um hotel sozinha.

RRR: Isso, chegar em um hotel, depois tem a questão da maternidade também: ouvir piadinhas como se fosse um privilégio. Tem até um termo que agora não está valendo mais, a gente fica tanto tempo substituindo, mas que falavam do golpe da barriga. Falavam: “Ah, vai dar o golpe da barriga?” Que é você ficar grávida antes de titularizar porque você ficava um tempo longe, depois conseguia se remover para um lugar mais perto. Então, assim, são várias questões.

M. Klang: Golpe da barriga?

RRR: Golpe da barriga. Então, são várias questões que decorrem dessa minha posição. A gente acaba ocupando essas duas faces, esses dois locais.

DSV: Realmente me desafiei ao pretender ingressar no MP. Desafiei um contexto social que me direcionava ao exercício de algumas profissões que a sociedade insiste em reservar para os negros no Brasil. Então, foi realmente um ato de insurgência, penso que foi. Não foi fácil, exigiu muito empenho, não só meu quanto da minha família. Foi especialmente um ato de insurgência porque naquela ocasião eu não tinha outras pessoas negras ocupando cargos importantes, cargos de poder. Na comunidade onde nasci, os negros sempre exerceram funções que a sociedade normalizou, aquelas que exigem menor formação intelectual. Tive de me enxergar exercendo papéis diferentes naquele momento da minha vida porque, nas novelas, os atores negros que sempre foram fantásticos, nas novelas contemporâneas, eram faxineiras ou motoristas, nas novelas de época, eram escravos ou capitães do mato, então, era muito difícil essa representatividade. Os cantores talentosíssimos negros que a gente sempre teve, eu tinha dificuldade de me identificar porque nunca tive talento para a música, então, não conseguia me imaginar fazendo aquilo.

RRM: Débora, só um instantinho, posso interromper?

DSV: Claro!

RRM: Você falou em televisão. 1984, Zezé Motta e Marcos Paulo fariam um casal romântico. A globo desistiu de fazer, tal foi a reação da sociedade. Bota no *Google*, “Corpo a Corpo” era o nome da novela, seria o primeiro casal multirracial. Evoluímos até, hoje temos Taís Araújo, Lázaro Ramos, mas só para gente deixar bem registradas essas questões.

M. Klang: Você não está falando de 1950 não, está falando de 1984.

DSV: Então, sobre representatividade, só para fechar esse ponto. Lembro que fiquei muito intrigada com o papel da Glória Maria na TV. Ela aparecia na TV, eu prestava atenção em tudo que ela falava, nos movimentos dela, porque identifiquei ali, naquele espaço que ela ocupou, uma conquista.

M. Klang: Ela foi para o Globo Repórter.

DSV: É. Foi um *frisson* a chegada dela na TV, nos programas de maior audiência. Não era normal isso. Gerou bastante debate. Cheguei no Ministério Público e passei sim por um momento de não reconhecimento. Me sentia, de certa forma, insegura por estar aqui.

Me questionava sobre a forma como os colegas me receberiam. Mas esse momento foi muito rápido porque fui recebida de modo muito acolhedor e consegui perceber que, embora não me identifique com esses colegas em função da origem, eu me identifico em função dos propósitos. Foram os propósitos que nos trouxeram à essa instituição, não foram as nossas trajetórias anteriores. É obvio que alguns tiveram trajetórias menos dificultosas, mas não é isso que nos une, o que nos une são os propósitos institucionais. Nenhum de nós veio para cá acidentalmente, nós desejamos essa instituição não porque ela paga altos salários, mas porque ela tem uma missão institucional muito importante. Então, me senti e me reconheci no meu lugar quando percebi que as pessoas pensam como eu. Então, isso é bastante importante.

Nesse lugar, tive a oportunidade de olhar a representatividade sob outro ângulo. Não procurava mais pessoas representativas, acabei eu me tornando a pessoa representativa. Foi muito engraçado esse descobrimento, comentei com Maristela e Dr. Márcio. Eu exercia minha função um pouco desavisada desse papel representativo que eu exercia e comecei a ser questionada pelas minhas filhas. Quando me tornei mãe e tive duas filhas, duas meninas que serão grandes mulheres negras, elas começaram a me questionar sobre o nosso papel. A mais velha muito atenta às questões sociais e raciais me perguntava por que as pessoas da nossa cor “abriam as portas” e eu tive que explicar para ela que, de fato, é o papel que a gente tem exercido, mas não é o papel que cola na gente. É um papel no qual a gente pode pensar além disso. A sociedade exige de nós um papel que a gente pode negar, eu neguei. E a mais nova começou a questionar o cabelo. Eu penteava e ela dizia: “Assim não quero, mãe, está despenteado”. Eu dizia que não estava despenteado, estava maravilhosamente penteado o cabelo. Então, ela falou: “Eu quero ele mais baixo”. Expliquei: “Amor, o nosso cabelo não fica assim”. Ela respondeu: “O seu fica”. Aquilo me tocou. Eu fazia química, fazia escova. Falei: “Bom, não posso representar isso para a minha filha. Não posso gerar nela essas dúvidas”. Então, isso me levou a modificar o cabelo. O cabelo para mim nunca foi algo que me define, preciso dizer isso. Já usei cabelo ruivo, já usei *mega hair*. Gosto de brincar com meu cabelo. E não acho que isso me define. Não me vejo a partir do meu cabelo, mas as pessoas me veem a partir dele também. E há duas pessoas que para mim importam muito: são as minhas filhas! Então, em função delas, nesse momento em que elas se formam enquanto pessoas, mulheres, e constroem a própria autoestima, eu preciso mostrar a elas como é o meu cabelo.

Essa foi a decisão que me fez deixar de utilizar qualquer tipo de tratamento em relação a isso.

M. Klang: Muito interessante, muito significativo. Precisou a sua filha te dar um puxão de orelha.

DSV: É. Na verdade elas me despertaram para o exercício de uma representatividade que não sabia que exercia. Em relação ao cabelo, nem acho que é um puxão de orelha, acho que a gente precisa entender que os negros têm o direito de definir a sua própria imagem. Antes a imagem era posta pelos brancos. De certa forma, alguns movimentos querem impor uma outra imagem. Me reservo ao direito de definir a minha imagem: como quero parecer.

M. Klang: Cada ser humano é um ser humano.

DSV: Exato. Como os brancos durante muito tempo insistiram que a gente precisava alisar o cabelo e isso acabou sendo introduzido nos comportamentos, na sociedade, eu recusei isso. Mas também recuso ter que ostentar um outro tipo de cabelo só porque talvez seja essa a imagem esperada dos negros agora.



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 171.118 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCELO BRANDAO MACHADO

IMPTE.(S): MARIA ELIZABETH QUEIJO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*.

3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de "*proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos*" (Casos *Loayza Tamayo vs. Perú* de 1997; *Mohamed vs. Argentina* de 2012; *J. vs. Perú* de 2013).

4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida para trancar o processo penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar o Processo Penal 0003112-

82.2013.403.6181 em relação ao paciente, porque reconhecida a ocorrência de dupla persecução penal, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de novembro de 2019.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

12/11/2019

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 171.118 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCELO BRANDAO MACHADO

IMPTE.(S): MARIA ELIZABETH QUEIJO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de trancar ação penal na origem, na qual o ora paciente estaria sendo processado pelos mesmos fatos que ensejaram condenação criminal em processo já transitado em julgado no âmbito da jurisdição do Estado da Suíça.

Quando do julgamento do pleito no Tribunal Regional da 3ª Região, deferiu-se a liminar ao entendimento de que o caso se amoldaria às hipóteses de extraterritorialidade condicionada. No entanto, em julgamento colegiado, a liminar foi revogada ao argumento de que o crime foi efetivamente cometido sob a jurisdição brasileira, incidindo a regra da territorialidade.

No Superior Tribunal de Justiça, a tese majoritária acompanhou o decidido pela Corte Regional, com divergência aberta para reconhecer a vedação ao *bis in idem*, prevista em normas de Direito Internacional, haja vista que o duplo julgamento por fatos idênticos afrontaria tal princípio.

Deferi a liminar para suspender o trâmite processual na origem. (eDOC 25)

A PGR apresentou parecer no sentido do não conhecimento do *habeas corpus*. (eDOC 30)

Após manifestação das partes no sentido da sua desnecessidade (eDOC 30 e 33), levantei o segredo de justiça, por não verificar circunstância apta a ensejar tal situação. (eDOC 35)

É o relatório.

12/11/2019
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 171.118 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de trancar ação penal na origem, na qual o ora paciente estaria sendo processado pelos mesmos fatos que ensejaram condenação criminal em processo já transitado em julgado no âmbito da jurisdição do Estado suíço.

Inicialmente, deve-se assentar a premissa de que as instâncias inferiores, tanto o TRF como o STJ, reconheceram claramente a identidade de partes e de fatos entre o julgamento anterior, na Suíça, e os fatos agora em processamento, no Brasil. Portanto, tomo como comprovada a identidade fática entre os processos.

Por outro lado, também resta inquestionável a consagração da proibição da dupla persecução penal da dogmática penal e processual penal, também denominada de *ne bis in idem*.

Em matéria penal, o instituto da coisa julgada adquire contornos fundamentais e ampliados, consagrando-se a proibição de dupla persecução penal. (CRUZ, Rogerio Schiatti. *A proibição de dupla persecução penal*. Lumen Juris, 2008. p. 30-32)

Na doutrina, define-se como “o direito à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos”. (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem*. Lumen Juris, 2014. p. 155)

Desse modo, o que se deve debater diz respeito ao conteúdo da proibição de dupla persecução e seus impactos no processo penal brasileiro. Basicamente, o *problema* a que se pretende responder é: o direito de não ser processado duplamente por fatos já julgados se aplica também em âmbito internacional?

Em um cenário de globalização e crescente confluência entre ordenamentos jurídicos e até mesmo integrações comunitárias, a temática aqui em debate mostra-se extremamente relevante.

1. Da identidade fática entre os processos suíço e brasileiro e do lugar do crime

Em minuciosa perquirição dos documentos acostados aos autos, extrai-se que Marcelo Brandão Machado foi detido, juntamente com outros acusados, pelas autoridades de Zurique, em 6.8.2005, por estarem transportando dezessete quilogramas de cocaína.

As investigações conduzidas e a confissão de P.S.S. revelaram que, entre o período de 2002 e a data da prisão, cento e oitenta quilogramas de cocaína provenientes do Brasil foram introduzidos na Suíça. Estes fatos motivaram a solicitação de assistência

jurídica internacional entre os Estados, ao fundamento de terem os investigados praticado atos típicos descritos pelos dispositivos do art. 19, cifra 1, parágrafos 3 a 6 (*sic*), em conexão com o art. 19, cifra 2, letras “a” a “c”, todos da Lei Federal de Narcóticos e Substâncias Psicotrópicas da Suíça (*Betäubungsmittelgesetz, BetmG*), além do art. 305 até cifra 2, do Código Penal suíço (*Schweizerisches Strafgesetzbuch, StGB*). (eDOC 3, p. 4)

A cooperação estabelecida entre os Estados suíço e brasileiro resultou na quebra de sigilo bancário dos investigados e de pessoa jurídica a eles relacionada; no bloqueio de ativos bancários; bem como no sequestro de bens móveis e imóveis, como consta do Pedido de Cooperação proposto pelo MPF (Proc. 2006.61.81.002780-2). (eDOCs 4 e 5)

Instaurado o competente inquérito policial em solo brasileiro, restou comprovado que os acusados *J.C.A.F.* e *P.S.S.* encontravam-se encarcerados na Suíça, juntamente com Marcelo Brandão Machado – o qual estava preso preventivamente por período que, posteriormente, quando da confirmação da condenação em duplo grau de jurisdição, foi computado como execução antecipada da pena. (eDOC 6 e 7; eDOC 8, p. 2-3; eDOC 10, p. 10 e 60-65)

A denúncia ofertada contra Marcelo Brandão Machado, como incurso no art. 1º, §1º, I e §4º, da Lei 9.613/1998 (eDOC 2), teve seu recebimento (eDOC 9) atacado em resposta à acusação, quando foram trazidos à baila documentos oficiais do Estado suíço, passados por tradução juramentada.

A seqüência da acusação narra como, em confluência de desígnios, Marcelo Brandão Machado e os outros acusados organizaram a transferência de dinheiro oriundo do tráfico de drogas na Suíça para o Brasil. Consta, inclusive, a descrição de contrato de fachada com terceiro, firmado em 27.1.2005, com o objetivo de dar aparência de licitude dos ativos em solo brasileiro. (eDOC 10, p. 22 e 23)

Esse mesmo contrato foi objeto da denúncia, quando, ao colar trechos do interrogatório de *P.S.S.* à exordial acusatória, o MPF descreveu os fatos delituosos de branqueamento de capitais em solo brasileiro. (eDOC 2, p. 7-9)

Igualmente, a peça acusatória suíça está em paralelo com a brasileira, no que tange à referência aos atos de lavagem de dinheiro conduzidos por Marcelo Brandão Machado no âmbito da empresa da qual é proprietário, fatos que foram praticados e produziram efeitos em solo pátrio. (eDOC 2, p. 9-11; eDOC 10, p. 20-24)

Não restam dúvidas, à vista disso, de que os fatos ora apreciados são coincidentes com os já analisados pelo Estado suíço. Ora, se o relatório produzido em sede acusatória pela autoridade europeia abrange tanto os atos praticados quando da saída do dinheiro da Suíça até aqueles de chegada ao Brasil, todos por meio da empresa de propriedade do paciente, fica claro que a descrição do crime atingiu o lugar da sua produção de efeitos, a saber: o território brasileiro. E nem poderia ter sido diferente, dada a natureza transnacional desse tipo de lavagem de dinheiro, que, para se configurar, precisa iniciar na jurisdição de um Estado e ser concluído sob a competência de outro.

Por óbvio, tal prática delituosa provoca o interesse de agir de ambos os Estados afetados, mas nem por isso acolher-se-ia o pensamento de que o indivíduo deva, ou mesmo que juridicamente possa, ser punido duas vezes. Este ponto, todavia, desenvolverei mais adiante.

Assim, é imperioso admitir que o crime teve por lugar, também, o Brasil, como se extrai da redação do art. 6º do Código Penal, que adota a teoria da ubiquidade: “*Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou a omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado*”.

2. Das teses assentadas nos juízos inferiores brasileiros

Logo, o cerne deste processo não está em identificar o lugar do crime, visto que este, pela própria regra do Código Penal, foi praticado no Brasil. Precisamos deixar claro que os princípios que estão em debate aqui superam a mera análise dicotômica territorialidade/extraterritorialidade. Trata-se de *definir o conteúdo e as consequências da proibição de dupla persecução em matéria penal*.

Sendo assim, em não se tratando mais de discutir se o fato delituoso objeto das duas ações penais ocorreu ou não no Brasil, é relevante *questionar se existe possibilidade de se instaurar nova persecutio criminis tendo por objeto fatos já julgados*.

Inicialmente, deve-se analisar os argumentos assentados nas instâncias inferiores no sentido da viabilidade da dupla persecução penal.

Como foi fixado pelo acórdão do TRF3:

4. *Não existe qualquer óbice legal para a eventual duplicidade de julgamento pelas autoridades judiciárias brasileira e suíça, tendo em vista a regra constante do art. 8º do Código Penal, a saber:*

(...)

8. *Crime para o qual é também competente a jurisdição nacional, segundo as regras de territorialidade, podendo da eventual condenação ser descontada a pena cumprida no exterior, segundo o art. 8º do Código Penal. (eDOC 13, p. 9-10)*

E também no Superior Tribunal de Justiça, por maioria (vencidos os Ministros Ribeiro Dantas e Reynaldo Soares da Fonseca):

1. *O crime também foi cometido no Brasil, tendo o acórdão reconhecido que a execução e os efeitos da lavagem de dinheiro ocorreram no território nacional, assim admite-se a persecução penal pela justiça brasileira, independentemente de outra condenação no exterior.*

2. Desta forma, adota-se o princípio da territorialidade previsto no art. 5º do Código Penal – CP, segundo o qual aplica-se a lei brasileira a qualquer crime cometido no Brasil. Todavia, segundo a previsão do art. 8º CP, a pena cumprida no estrangeiro vai atenuar a reprimenda imposta aqui. (eDOC 20, p. 1)

Basicamente, a partir de interpretação dos artigos 5º e 8º do Código Penal brasileiro assentou-se que julgamento realizado *sobre idênticos fatos* em jurisdição estrangeira não impede nova persecução penal no Brasil. Os referidos dispositivos de natureza legal definem:

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

(...)

Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Entretanto, no Superior Tribunal de Justiça, houve divergência apresentada pelo Min. Ribeiro Dantas, acompanhada pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em que se afirmou: *“à luz da jurisprudência do STF acerca do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – a que acresço os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos –, que me parece ser mais consentânea com a garantia da vedação do bis in idem, ou double jeopardy, entendo pela existência de insuperável obstáculo à instauração da persecutio criminis, no Brasil, contra o recorrente pelos mesmos fatos que ensejaram a sua condenação trânsita em julgado na Suíça”*.

O presente caso revela-se excelente oportunidade para assentar a melhor interpretação sobre o conteúdo dessas normas do Código Penal, a partir da leitura sistemática do próprio Código e, especialmente, em conformidade com os direitos assegurados pela Constituição brasileira e, em âmbito convencional, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

3. A regulação infraconstitucional sobre a temática

Inicialmente, a própria redação do citado art. 5º do Código Penal prevê que se aplica a lei brasileira a crimes praticados no território nacional, mas ressalta que isso deve se dar *“sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional”*.

Além disso, devemos cotejar a interpretação que se veio fazendo dos artigos 5º, 6º e 8º do Código Penal com aquilo que dispõe a Lei 13.445/2017, conhecida como a Lei de Migração.

Sabe-se que o rol do art. 82 dessa lei federal elenca os casos em que o Estado brasileiro não concede extradição. Veja-se a redação do inciso V: *“o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”*.

O legislador teve preocupação similar mais à frente, na mesma lei, ao tratar da transferência da execução da pena de um Estado a outro, como observado no art. 100, *caput*: *“Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem”*.

A proteção ao indivíduo selada por esses dispositivos é muito cara ao direito brasileiro. Revela-se evidente garantia contra nova persecução penal pelos mesmos fatos, de modo a *se consagrar a proibição de dupla persecução penal também entre países, no âmbito internacional*.

4. A proibição de dupla persecução penal em âmbito convencional

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 72.131/RJ, entendeu que a Constituição, em seu art. 5º, §2º, não assegurava diretamente a hierarquia constitucional aos tratados internacionais. O entendimento foi reiterado por esta Corte nos seguintes julgados: HC 76.561/SP e RE 206.482/SP, ambos de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 5.9.2003; RE 243.613/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.9.1999; e ADI 1.480 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001.

A partir de desenvolvimento da jurisprudência deste Tribunal, assentou-se o *status* normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais. (RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009)

Portanto, consagrou-se que o controle de convencionalidade pode ser realizado sobre as leis infraconstitucionais. Assim, resta claro que o Código Penal deve ser aplicado em conformidade com os direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Em relação à proibição de dupla persecução penal, tais diplomas assentam:

CADH, art. 8.4. *“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”*.

PIDCP, art. 14.7. *“Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”*.

Ao aplicar o direito assegurado no art. 8.4 da CADH, no caso *Loayza Tamayo vs. Perú* de 1997, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que *“o princípio*

*de non bis in idem está contemplado no art. 8.4. da Convenção” de modo a “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos”. Tal interpretação foi reiterada nos casos *Mohamed vs. Argentina* de 2012 e *J. vs. Perú* de 2013. Além disso, a Corte Interamericana assentou que a redação da CADH garante proteção mais ampla, pois proíbe a dupla persecução por “mesmos fatos” e não apenas por “mesmos crimes”.*

Este Tribunal, em outra oportunidade, debruçou-se sobre a matéria, quando o Min. Celso de Mello, relator do *Pedido de Extradicação 1.223/DF*, asseverou que a cláusula 7 do Artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos obsta o prosseguimento de processo penal quanto a fatos já julgados por jurisdição diversa. Veja-se um fragmento da ementa do julgado:

A QUESTÃO DO *DOUBLE JEOPARDY* COMO INSUPERÁVEL OBSTÁCULO À INSTAURAÇÃO DA *PERSECUTIO CRIMINIS*, NO BRASIL, CONTRA SENTENCIADO (CONDENADO OU ABSOLVIDO) NO EXTERIOR PELO MESMO FATO - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO QUE VEDA O *BIS IN IDEM*. - Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso. - A cláusula do Artigo 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter supralegal ou a de ato revestido de índole constitucional), *inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira.* (Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014)

É forçoso concluir, portanto, que o exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos.

Assim, o art. 8º do Código Penal deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos.

Destaco, por fim, que a vedação à dupla persecução penal em âmbito internacional deve ser ponderada com a soberania dos Estados e com as obrigações processuais positivas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas*. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2019. p. 117 e seguintes).

Em casos de violação de tais deveres de investigação e persecução efetiva, o julgamento em país estrangeiro pode ser considerado ilegítimo, como em precedentes em que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a reabertura de investigações em processos de Estados que não verificaram devidamente situações de violações de direitos humanos.

Portanto, se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna.

Contudo, neste caso concreto, não há qualquer elemento que indique dúvida sobre a legitimidade da persecução penal e da punição imposta em processo penal na Suíça por idênticos fatos ao agora denunciados no Brasil. Portanto, a proibição de dupla persecução deve ser respeitada de modo integral, nos termos constitucionais e convencionais.

5. Dispositivo

Ante o exposto, *concedo a ordem de habeas corpus para trancar o Processo Penal 0003112-82.2013.403.6181 em relação ao paciente*, porque reconhecida a ocorrência de dupla persecução penal.

É como voto.

12/11/2019

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 171.118 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, eminente Ministro-Relator Gilmar Mendes, saúdo as sustentações orais feitas da tribuna pelo ilustre Advogado e pelo Senhor Subprocurador da República.

Senhora Presidente, o estudo feito da matéria e a conclusão a que cheguei vão ao encontro do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes. Tenho, em numerosos quadrantes, sustentado precisamente isso, o controle de convencionalidade se coloca no estatuto jurídico de controle de constitucionalidade.

Portanto, nessa dimensão, o Estado soberano brasileiro, ao aderir convenção ou tratado internacional, o fez soberanamente, os quais passam, evidentemente, a fazer parte da ordem jurídica interna do País. Não há dúvida, em meu modo de ver, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na sua declaração, constante do art. 8º, 4, prevê:

“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

Mas, ainda que clareza eventualmente não tivesse, o Artigo 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, prevê: “ARTIGO 14 (...) 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.”

É o caso. Não há dúvida quanto à dupla persecução penal, os fatos têm simetria, o debate aqui é uma questão eminentemente jurídica e, nesse desate, a conclusão a que chegou o eminente Ministro Gilmar Mendes, para conceder a ordem e trancar o processo penal, é a que me parece também, aqui, pedindo vênias às eventuais compreensões em sentido diverso, para deferir a ordem de *habeas corpus*, tal como foi requerida.

É como voto, acompanhando o eminente Relator.

12/11/2019
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 171.118 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanhamento, integralmente, Senhora Presidente, o douto voto proferido pelo eminente Relator.

É o meu voto.

12/11/2019
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 171.118 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Cumprimento a nobre Advogada e também ao Subprocurador-Geral da República pelas sustentações orais.

Encaminho o meu voto no mesmo sentido do Ministro-Relator Gilmar Mendes. Tanto pelas normas internacionais que entronizamos no Brasil quanto por não haver

a possibilidade, pelo princípio da soberania, e haver um bloqueio total de se aceitar o que já foi processado, seja com a conclusão pela absolvição ou, no caso específico, pela condenação com cumprimento se dado. Então, não se pode submeter alguém a um novo processo, pelo mesmo fato, pelas mesmas condições.

E não me parece que o sistema brasileiro, com as vênias do entendimento formulado pela eminente Procuradoria-Geral da República, possa considerar que a mera compensação de pena, se for o caso, seja adequado ao cumprimento das garantias constitucionais, que têm, como implícito, o princípio do não duplo julgamento, do *ne bis in idem*, como também a impossibilidade de termos o afastamento do duplo risco.

Por isso mesmo, tenho que o voto do Ministro-Relator, que, de forma aprofundada, estudou o caso, é inteiramente adequado às normas constitucionais internas e às normas internacionais que tenham sido absorvidas pelo nosso sistema, e que dão guarida e sustentação à formulação no sentido da concessão da ordem.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 171.118

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): MARCELO BRANDAO MACHADO

IMPTE.(S): MARIA ELIZABETH QUEIJO (114166/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus* para trancar o Processo Penal 0003112-82.2013.403.6181 em relação ao paciente, porque reconhecida a ocorrência de dupla persecução penal, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram, pelo paciente, a Dra. Maria Elizabeth Queijo e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, Subprocurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. 2ª Turma, 12.11.2019.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Ravena Siqueira

Secretária



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

**REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO -
CONAMP**

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIAS DE INAMOVABILIDADE E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ART. 10, IX, "G", DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE MEMBRO POR DESIGNAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO PROMOTOR NATURAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a existência do princípio do promotor natural, garantia de imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto a favor da sociedade quanto a favor do próprio acusado, que não pode ser submetido a um acusador de exceção (nem para privilegiá-lo, nem para auxiliá-lo).

2. É inadmissível, após o advento da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), que o Procurador-Geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente

de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isso seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional.

3. A avocação de atribuições de membro do Ministério Público pelo Procurador-Geral implica quebra na identidade natural do promotor responsável, já que não é atribuição ordinária da Chefia do Ministério Público atuar em substituição a membros do órgão. Essa hipótese de avocação deve ser condicionada à aceitação do próprio promotor natural, cujas atribuições se pretende avocar pelo PGJ, para afastar a possibilidade de desempenho de atividades ministeriais por *acusador de exceção*, em prejuízo da independência funcional de todos os membros.

4. Ação Direta julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo.

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 parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para conferir interpretação conforme ao art. 10, IX, “g”, da Lei 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público, depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo, nos termos do voto médio do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros EDSON FACHIN, DIAS TOFFOLI, LUIZ FUX (Presidente), GILMAR MENDES e CELSO DE MELLO, que votavam pela improcedência, e o Ministro MARCO AURÉLIO (Relator), que votava pela procedência.

Brasília, 15 de outubro de 2020.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, buscando a declaração de desarmonia, com a Carta Federal, do artigo 10, inciso IX, alínea “g”, da Lei nº 8.625/1993. Discorre sobre a legitimidade ativa e a pertinência temática. Sustenta a incompatibilidade do ato normativo com os artigos 127, § 1º, e 128, § 5º, inciso I, alínea “b”, do Diploma Maior. Eis o teor do dispositivo impugnado:

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

[...]

IX - designar membros do Ministério Público para:

[...]

g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público;

Segundo narra, o preceito, ao autorizar o Procurador-Geral de Justiça a avocar função própria – por força de lei – de outro membro do Ministério Público, afronta a prerrogativa da inamovibilidade. Consoante alega, o único caso de mitigação dessa garantia tem caráter disciplinar e sancionador e está previsto no artigo 128, § 5º, inciso I, alínea “b”, da Lei Fundamental. Diz ser a norma impugnada contrária à independência funcional, cujo conteúdo visa obstar o arbítrio do Chefe do Ministério Público. Reporta-se à apreciação do *habeas corpus* nº 67.759-2, relator o ministro Celso de Mello, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça em 1º de julho de 1993.

Assinala que a Lei Complementar nº 75/1993, que versa sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não contém dispositivo similar ao atacado nesta ação.

Sob o ângulo do risco, alude ao efeito multiplicador do ato, ante a reprodução da previsão, pelo Estado do Rio de Janeiro, na Lei Complementar nº 106/2003.

Requeru o implemento de liminar para que seja suspensa a eficácia do preceito impugnado até o julgamento final do processo. Postula, alfim, a respectiva declaração da inconstitucionalidade.

Em 13 de março de 2003, o então relator da ação direta, ministro Maurício Corrêa, acionou o preconizado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

O Congresso Nacional argui, nas informações, a ilegitimidade ativa da autora, porquanto consiste em associação de associações com caráter híbrido, permitindo a filiação de pessoas naturais. Menciona a presunção de constitucionalidade da lei. Aduz que o próprio Documento Básico considera a inamovibilidade garantia não absoluta. Conforme argumenta, o artigo questionado autoriza a avocação de processo pelo Procurador-Geral de Justiça apenas excepcionalmente, mediante prévia aprovação do Conselho Superior do Ministério Público, a quem compete zelar pelo regime de atribuições da instituição.

O Presidente da República afirma carecer a autora de legitimidade para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo. Refere-se ao exame da ação direta nº 1.402, relator o ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça em 19 de abril de 1996. No tocante ao mérito, aponta que o ato atacado não implica a mobilidade do membro do Ministério Público cujo processo foi avocado. Articula com a natureza uma e indivisível da instituição, frisando que as funções podem ser exercidas por qualquer membro, sem prejuízo à independência funcional ou inamovibilidade. Assevera ser a avocação compatível com a Carta Federal, pois cabível de forma excepcional e condicionada à prévia aprovação de órgão colegiado. Observa que o Supremo não reconhece a existência do princípio do promotor natural. Salienta a natureza administrativa das funções desempenhadas pelo Ministério Público, a ensejar a hierarquização e, conseqüentemente, a avocação e a substituição. Remete-se à apreciação do *habeas corpus* nº 67.759, citado pela autora na peça primeira.

A Advocacia-Geral da União sublinha a ilegitimidade ativa da autora, com alicerce no caráter híbrido, a reunir pessoas físicas e associações. Alude à análise da ação direta nº 1.402, relator o ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça em 19 de abril de 1996. Reiterando as informações prestadas pelo Presidente da República, anota que o princípio da independência funcional deve ser interpretado de forma harmônica com os da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público.

O Procurador-Geral da República destaca a legitimidade da autora, considerada a alteração estatutária que a transmutou em entidade composta pelos membros do Ministério Público, sem consubstanciar associação de associações. Diz incidir no caso o mesmo entendimento do Supremo no tocante à Associação Nacional dos Membros da Magistratura – AMB, presente a similitude das entidades. Reporta-se ao julgamento da ação direta nº 1.303, relator o ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado no Diário Oficial em 1º de setembro de 2000. Relativamente ao mérito, opina pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Alega a necessidade de interpretar-se as garantias de independência funcional e inamovibilidade juntamente com o caráter uno e indivisível do Ministério Público. Segundo assinala, mostra-se constitucionalmente assegurado, em circunstâncias específicas, o afastamento de direitos individuais para satisfazer o interesse institucional. Pondera que o preceito atacado observa as condições previstas no artigo 128, § 5º, inciso I, alínea “b”, da Lei Fundamental, permitindo a avocação em situações excepcionais, com a autorização do órgão colegiado pertinente.

Em 11 de junho de 2003, esta ação direta foi redistribuída a Vossa Excelência, nos termos do artigo 38, inciso I, do Regimento Interno.

Consulta ao sítio do Palácio do Planalto, realizada em 10 de outubro de 2016, revela a vigência, sem alterações, do artigo 10, inciso IX, alínea “g”, da Lei nº 8.625/1993.

O processo encontra-se concluso no Gabinete.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tenho a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp como parte legítima para atuar em processo voltado ao controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de

Associação de âmbito maior, congregando, como ressaltado pela Procuradoria-Geral da República, os integrantes do Ministério Público. Nesse sentido são precedentes do Tribunal, valendo notar que, a não prevalecer a óptica, ter-se-á de rever, também, a legitimidade da Associação Nacional dos Membros da Magistratura – AMB.

No mais, faz-se em jogo o princípio do acusador natural. Da mesma forma que o cidadão tem o direito de saber o juiz que julgará o conflito de interesses, não sendo possível a designação a partir de caso concreto, tem, também, o de conhecer aquele a personificar o Estado-acusador. A autonomia funcional não é apenas da instituição Ministério Público. Irradia-se, para que haja sentido no disposto no artigo 127, § 1º, a alcançar os integrantes.

Pois bem, a prevalecer o preceito atacado, poderá a Procuradoria-Geral de Justiça afastar o titular de certa vara, o integrante do Ministério Público que normalmente atuaria na situação jurídica surgida, vindo a designar membro do Órgão para o caso concreto. Em última análise, o dispositivo implica poder ímpar da Procuradoria-Geral de Justiça, a ponto de pinçar, tendo em conta certos parâmetros do inquérito ou do processo-crime, promotor ou outro integrante do Ministério Público específico, criando-se a figura do acusador de exceção. Pouco importa que o preceito revele a possibilidade dessa escolha como excepcional e que a tenha jungido a ato fundamentado e à aprovação do Conselho Superior do Ministério Público. Nem mesmo ao Colegiado é possível proceder à escolha específica de quem deva atuar, personificando o Estado-acusador. Fora isso, é dar-se tratamento especial ao Ministério Público, olvidando-se a independência funcional e a inamovibilidade daquele que normalmente exerce as funções em certo Juízo, chegando-se ao afastamento não de forma linear, o que pode ocorrer considerada transgressão funcional, mas ante a situação concreta, como se o titular não fosse capaz de enfrentá-la, fazendo-o de forma a honrar o Ministério Público.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF.

Há de respeitar-se o profissional que ordinariamente atua no Órgão, implicando a substituição, presentes as peculiaridades do caso, verdadeira diminuição aos olhos dos cidadãos em geral.

Julgo procedente o pedido formalizado para, proclamando a existência do promotor ou procurador de justiça natural, declarar conflitante com os ares democráticos da Constituição Federal de 1988 o que previsto na alínea “g” do inciso IX do artigo 10 da Lei nº 8.625/1993, a revelar competir ao Procurador de Justiça designar membro do Ministério Público para, em situação funcional excepcional e fundamentada, exercer funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo a decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.

É como voto.

16/06/2020
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Trata-se de ação direta proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) em face do art. 10, inciso IX, alínea “g” da Lei n.º 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público -LOMP), cujo teor reproduzo:

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

IX – designar membros do Ministério Público para:

(...)

g) por ato excepcional e fundamentado exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.

(...)

A ação direta examinada nesta assentada invoca como paradigma os artigos 127, § 1º e 128, § 5º, I, “b”, todos da Constituição da República. Os dispositivos têm o seguinte teor:

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.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

(...)

- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

Sustenta-se, em síntese, que a designação que autoriza a alínea “g” do inciso IX, do art. 10, da Lei n.º 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP) viola os princípios da inamovibilidade e da independência funcional.

Adotou-se o rito do art. 12, da Lei n.º 9.868/1999.

Em informações, o Congresso nacional afirmou a ilegitimidade ativa da requerente, bem como argumentou pela presunção de constitucionalidade da lei. Aduziu, ainda, que o dispositivo impugnado se aplica em hipóteses excepcionais, mediante prévia aprovação do Conselho Superior, a quem compete zelar pelo regime de atribuições da instituição.

A Presidência da República também argumentou pela ausência de legitimidade ativa da requerente e, no mérito, sustentou a constitucionalidade dos dispositivos objurgados.

A Advocacia Nacional da União também ressaltou a carência de legitimidade da parte autora e, quanto ao mérito, reiterou as informações prestadas pela Presidência da República.

Em parecer, a d. Procuradoria-Geral da República invocou a legitimidade da parte autora e, no mérito, argumentou pela improcedência do pedido.

Era o que havia a rememorar.

Reconheço, inicialmente, a legitimidade ativa da CONAMP para ajuizar a presente ação direta, com fundamento em precedentes desta Corte (ADI nº 2.794/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 30.03.2007), eis que se trata de associação que congrega os membros do Ministério Público da União e dos Estados.

Na presente ação, discute-se se a substituição de membro do Ministério Público realizada com base na norma impugnada violaria os princípios da inamovibilidade e/ou da independência funcional do Ministério Público.

O art. 128, § 5º, I, “b”, CRFB, reproduzido acima, assegura aos membros do Ministério Público a garantia da inamovibilidade, para que exerçam suas atribuições com independência. A prerrogativa, contudo, não é absoluta, pois limitada pelo próprio texto constitucional ao interesse público. O agente, portanto, só será removido compulsoriamente, como dispõe a alínea referida, por motivo de interesse público, respeitada decisão colegiada do órgão competente, por voto da maioria absoluta, desde que assegurada a ampla defesa. Colaciono o comentário de José Afonso da Silva ao dispositivo:

Como agentes políticos, os membros do MP precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não sendo privilégios pessoais as prerrogativas da vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio, na forma dos arts. 37, XV, e 39 § 4º (EC 19/1998) e inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “b”) que se lhes reconhecem, mas garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções, que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais. Admite-se, contudo, a remoção por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do MP, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa. (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 612).

Em igual sentido, colhe-se da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

(...) *inamovibilidade* é a impossibilidade de remover compulsoriamente o titular de seu cargo, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do colegiado competente, assegurada ampla defesa. Mas o escopo da própria inamovibilidade é a preservação das funções do cargo, e não apenas manter o promotor na comarca, sem as funções.

Para defesa da coletividade e da própria instituição, a Constituição excepcionou o princípio da inamovibilidade ao admitir a remoção compulsória por motivo de interesse público, mediante decisão da maioria absoluta do órgão colegiado competente, assegurada ampla defesa. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 230).

A Lei n.º 8.625/1993, Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP), repisa os termos do texto constitucional, ao preconizar, no art. 38, II, que:

Art. 38. Os membros do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e têm as seguintes garantias:

(...)

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público;

O ponto controverso em julgamento refere-se, portanto, à análise da regra que permite ao Procurador-Geral designar agentes do Ministério Público para realizar tarefas antes atribuídas a outros agentes, com fundamento no art. 10, inciso IX, alínea “g” da LOMP, e se tal possibilidade violaria os princípios da independência funcional e da inamovibilidade.

A leitura do dispositivo impugnado permite concluir que a designação é uma providência administrativa excepcional, que tem por escopo orientar a organização dos trabalhos, de modo a distribuir as funções exercidas no âmbito do Ministério Público:

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

IX – designar membros do Ministério Público para:

(...)

g) por ato excepcional e fundamentado exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público.

A LOMP atribui ao Conselho Superior do Ministério Público a competência de aprovar o ato de designação, de modo que haverá possibilidade de controle administrativo de tal decisão, não havendo poder absoluto do Procurador-Geral, na hipótese. A decisão pela designação, ademais, deverá ser excepcional e fundamentada, orientada ao atendimento do interesse público, resguardando os princípios que orientam a carreira, quais sejam, inamovibilidade e independência funcional.

Argumenta-se que haveria inconstitucionalidade, por ferimento à prerrogativa da inamovibilidade. No entanto, a designação não implica, necessariamente, remoção. O que a norma prevê é a possibilidade de designação nas estritas hipóteses em que o interesse do membro da carreira, de forma individual, possa contrastar com os interesses da instituição, na busca de realização de sua missão constitucional. Respeitadas a excepcionalidade, a necessidade de fundamentação e a aprovação pelo respectivo Conselho Superior, a providência não apresenta qualquer potencial de macular o regime constitucional de garantias conferido ao Ministério Público para o cumprimento de sua missão com independência e autonomia.

Ademais, as designações, no âmbito do Ministério Público Federal, serão feitas em observância aos parâmetros estabelecidos na Resolução n.º 104/2010 do respectivo Conselho Superior, o que garante a observância de parâmetros como princípio do promotor natural; especialização; antiguidade; auto-organização; ausência de exclusividade de tema ou matéria por um único agente; planejamento de critérios para substituição em casos de afastamentos, suspeição e impedimentos, os quais se afiguram como critérios impessoais e objetivos, que prestigiam os princípios da inamovibilidade, da independência, da unidade e da indivisibilidade, que são inerentes ao Ministério Público enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

É de se acrescentar, de mais a mais, que a Lei Orgânica do Ministério Público da União prevê hipóteses em que o Conselho Superior de cada feixe do Ministério Público da União pode autorizar a designação, em caráter excepcional, de seus agentes, para exercício de atribuições processuais em juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria. Para exemplificar tais hipóteses, Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 232) aponta os seguintes dispositivos, cujo teor reproduzo:

Art. 57. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal:

(...)

XIII - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do Ministério Público Federal, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria;

Art. 98. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho:

(...)

XI - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do Ministério Público do Trabalho, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria;

Art. 131. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Militar:

(...)

XI - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membro do Ministério Público Militar, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria;

Art. 166. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

(...)

XIV - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria;

Tais hipóteses configuram casos excepcionais, que revelam exercício do poder de designar restrito ao Procurador-Geral, que só cabe nos casos especificados em lei. Nesse sentido, haure-se da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

b) O poder de designar

Somente nos casos previstos em lei, o procurador-geral pode designar membro do Ministério Público para a prática de atos específicos.

(...)

As designações do procurador-geral ou do Conselho Superior do Ministério Público só se admitem quando decorrem de taxativa hipótese legal, pois, se não, sob a roupagem de mera portaria de designação, poder-se-ia burlar indiretamente a garantia de inamovibilidade. Deixando-se o promotor na comarca ou na Promotoria, e suprimindo-lhe, senão todas, mas suas principais funções, estar-se-ia contornando a garantia constitucional de inamovibilidade, que se refere ao cargo, mas visa substancialmente a proteger a própria função.

A LOMPU só permite alteração das designações bienais de membros do Ministério Público da União em casos específicos, alguns dos quais submetidos à aprovação do Conselho Superior.

(...)

A ratio legis da inamovibilidade não é apenas a proteção do próprio cargo ou do seu titular, mas principalmente a proteção das funções

do cargo. Daí o princípio que garante ao promotor o exercício das funções, só permitido seu compulsório e excepcional afastamento por ato do procurador-geral, após autorização do Conselho Superior do Ministério Público, e desde que o afastamento convenha ao interesse público. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 77-78).

Para que a garantia da inamovibilidade dos membros da instituição seja respeitada, é preciso que não haja remoção compulsória, salvo por motivo de interesse público, nas hipóteses prescritas pelo texto constitucional, nos termos do art. 128, § 5º, I, “b”, CRFB. Essa garantia está preservada nas hipóteses de designações excepcionais pelo Procurador-Geral, tal como engendradas pelo art. 10, inciso IX, alínea “g” da Lei n.º 8.625/1993.

O que não se pode admitir é que as designações excepcionais que o Procurador-Geral da República tem o poder de realizar se convertam em burla à garantia da inamovibilidade. Neste sentido, o alerta da doutrina:

As designações efetuadas pelo procurador-geral, pelo CSMP ou por qualquer órgão de administração superior da instituição só se podem admitir quando decorram de taxativa hipótese legal, pois, se não, sob a roupagem de mera portaria de designação, poder-se-ia estar fazendo indireta burla à inamovibilidade, em afronta a garantias constitucionais.

(...)

Em síntese, a verdadeira *ratio legis* da inamovibilidade diz respeito não apenas à proteção do próprio *cargo*, mas principalmente à *proteção das funções do cargo*.

(...)

Não ofende a garantia da inamovibilidade no cargo ou nas funções a designação genérica, aceita voluntariamente tanto pelo membro que substitui quanto pelo que é substituído. Somente a designação compulsória, feita fora dos casos legais, é que viola a garantia direta ou indireta da inamovibilidade.

(...)

Não há dúvida de que as designações para atender a necessidades momentâneas não geram inamovibilidade em favor do membro designado (*v.g.*, substituição por férias, doença, licença, impedimento, suspeição.) Cessada a causa da designação, o titular deve reassumir as funções do seu cargo, sem que o membro que o tenha substituído

por designação possa opor-se a deixar a substituição. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 143).

Ante o exposto, homenageando, respeitosamente, conclusão diversa, julgo improcedente a presente ação direta, eis que não se afigura inconstitucionalidade no art. 10, inciso IX, alínea “g” da Lei n.º 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP).

É como voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF, 1352A/MG)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na ação direta para, proclamando a existência do promotor ou procurador de justiça natural, declarar conflitante com os ares democráticos da Constituição Federal de 1988 o que previsto na alínea “g” do inciso IX do artigo 10 da Lei nº 8.625/1993, a revelar competir ao Procurador de Justiça designar membro do Ministério Público para, em situação funcional excepcional e fundamentada, exercer funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo a decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF, 1352A/MG)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na ação direta para, proclamando a existência do promotor ou procurador de justiça natural, declarar conflitante com os ares democráticos da Constituição Federal de 1988 o que previsto na alínea “g” do inciso IX do artigo 10 da Lei nº 8.625/1993, a revelar competir ao Procurador de Justiça designar membro do Ministério Público para, em situação funcional excepcional e fundamentada, exercer funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo a decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, que divergiam do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) e julgavam parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo; e dos votos dos Ministros Dias Toffoli (Presidente), Luiz Fux e Gilmar Mendes, que acompanhavam a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e julgavam improcedente a ação, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello, que não participou deste julgamento por motivo de licença médica (Art. 173, parágrafo único, do RISTF). Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

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

13/0102020
PLENÁRIO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854 / DISTRITO FEDERAL

EMENTA

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIAS DE INAMOVABILIDADE E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DE SEUS MEMBROS. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ART. 10, IX, "G", DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE MEMBRO POR DESIGNAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO PROMOTOR NATURAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a existência do princípio do promotor natural, garantia de imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto a favor da sociedade quanto a favor do próprio acusado, que não pode ser submetido a um acusador de exceção (nem para privilegiá-lo, nem para auxiliá-lo).

2. É inadmissível, após o advento da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), que o Procurador-Geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isso seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional.

3. A avocação de atribuições de membro do Ministério Público pelo Procurador-Geral implica quebra na identidade natural do promotor responsável, já que não é atribuição ordinária da Chefia do Ministério Público atuar em substituição a membros do órgão. Essa hipótese de avocação deve ser condicionada à aceitação do próprio promotor natural, cujas atribuições se pretende avocar pelo PGJ, para afastar a possibilidade de desempenho de atividades ministeriais por *acusador de exceção*, em prejuízo da independência funcional de todos os membros.

4. Ação Direta julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a

outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo.

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao relatório apresentado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, observo que o caso trata de Ação Direta proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, CONAMP, em face do art. 10, IX, “g”, da Lei 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

O referido dispositivo estabelece a competência do Procurador-Geral de Justiça para, por ato excepcional e fundamentado, “*exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição*”, avocando o exercício dessas funções após deliberação do Conselho Superior do Ministério Público respectivo.

A Requerente alega que a possibilidade de avocação de funções pelo Procurador-Geral de Justiça violaria a garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “b”, da Constituição Federal) e da independência funcional dos membros do Ministério Público.

O Relator proferiu voto em que conhece da Ação Direta e julga o pedido procedente, com fundamento sintetizado na seguinte proposta de ementa:

LEGITIMIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PROCESSO OBJETIVO.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, considerado o liame entre o preceito atacado e os objetivos institucionais contidos no Estatuto.

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ATRIBUIÇÃO. DESIGNAÇÃO DE MEMBRO. EXCEPCIONALIDADE. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DIVERSA. AUTONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

Conflita com a autonomia funcional, prevista no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, a atribuição, ao Procurador-Geral de Justiça, de designar membro do Ministério Público visando, ante excepcionalidade fundamentada, exercer funções processuais afetas a outro membro do Órgão, submetida a decisão ao Conselho Superior.

O Min. EDSON FACHIN proferiu voto divergente, no qual sustenta que “*a providência não apresenta qualquer potencial de macular o regime constitucional*”

de garantias conferido ao Ministério Público para o cumprimento de sua missão com independência e autonomia”, desde que “respeitadas a excepcionalidade, a necessidade de fundamentação e a aprovação pelo respectivo Conselho Superior”.

Pedi vista do caso, para melhor exame da matéria.

A questão constitucional em debate está em saber se a possibilidade de modificação das atribuições funcionais de membro do Ministério Público por ato do Procurador-Geral de Justiça conflita com as garantias institucionais e subjetivas conferidas pelo texto constitucional ao Ministério Público e seus membros.

Anoto, como já registrei em sede doutrinária e em julgados nesta CORTE, que a Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece a existência do princípio do promotor natural, conforme o julgamento do HC 67.759/RJ, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, do qual merece destaque o seguinte trecho do voto do Relator:

(...) O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da “*interpositio legislatoris*” para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). – Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). – Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.

Ou seja, reconheceu-se que o princípio do promotor natural deriva da cláusula do devido processo legal, segundo a qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, uma vez que quem processa não é propriamente o juiz, mas sim o Ministério Público; e da garantia da inamovibilidade, que impede designações casuísticas ou a retirada de promotores de casos importantes, como várias vezes ocorreu, antes da Constituição de 1988, em alguns ministérios públicos estaduais e até mesmo no Ministério Público Federal.

Trata-se, portanto, de uma garantia de imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto a favor da sociedade quanto a favor do próprio acusado, que não pode ser submetido a um acusador de exceção (nem para privilegiá-lo, nem para auxiliá-lo). Há casos anteriores a 1988 em que membros do Ministério Público praticaram crimes e o Procurador-Geral alterou o promotor originalmente incumbido de atuar nos respectivos processos para “facilitar” a acusação – a figura do *promotor de exceção*.

É inadmissível, portanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, regulamentada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), que o Procurador-Geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro Promotor, que seria afastado compulsoriamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isso seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista no texto constitucional. Somente o promotor natural é quem deve atuar no processo, pois ele intervém de acordo com seu entendimento pelo zelo do interesse público, garantia esta destinada a proteger, principalmente, a imparcialidade da atuação do órgão do Ministério Público, tanto em sua defesa quanto essencialmente em defesa da sociedade, que verá a Instituição atuando técnica e juridicamente.

O princípio do promotor natural não está expresso na Constituição, mas sua existência decorre das garantias constitucionais do devido processo legal e da inamovibilidade. Sua finalidade é evitar o *acusador de exceção* e preservar a independência e autonomia do Ministério Público.

O referido princípio, naturalmente, pode sofrer atenuações, desde que previstas em lei e de acordo com a sua finalidade constitucional. O art. 10 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, questionado nesta Ação Direta, faculta ao Procurador-Geral a designação de membro do Ministério Público para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, ou mais especificamente, para atuar ele próprio, o Procurador-Geral, no exercício da função ou atribuição avocadas.

Há que se fazer uma leitura constitucionalmente adequada do dispositivo em exame, justamente com o objetivo de conciliar a previsão nele constante com o princípio do juiz natural e demais garantias institucionais do Ministério Público e da sociedade. Dispõe a norma:

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:
(...)

IX - designar membros do Ministério Público para:

- a) exercer as atribuições de dirigente dos Centros de Apoio Operacional;
- b) ocupar cargo de confiança junto aos órgãos da Administração Superior;
- c) integrar organismos estatais afetos a sua área de atuação;
- d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações;
- e) acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo recair a escolha sobre o membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, oficiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços;
- f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste;
- g) *por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público;*
- h) oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, ou junto ao Procurador-Regional Eleitoral, quando por este solicitado;

As hipóteses da alínea “e” e “g” tratam da efetiva substituição de um membro no curso do exercício de atribuições institucionais. Tratando-se de designação de outro membro do órgão para a assunção dessas responsabilidades, previu a própria lei a exigência de que a escolha do Procurador-Geral venha a recair sobre membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, oficiar no processo, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços.

Por outro lado, essa ressalva, indispensável para a preservação da autonomia e independência do órgão ministerial, não é cabível para a hipótese da alínea “g”, pois a avocação de atribuições pelo Procurador-Geral implica necessariamente a quebra na identidade natural do promotor responsável, já que não é atribuição ordinária da Chefia do Ministério Público atuar em substituição a membros do órgão.

A excepcionalidade da avocação, e seu evidente conflito com o princípio do juiz natural, não é justificada ou contornada pelo beneplácito do órgão superior do Ministério Público, conforme previsto na norma.

O texto constitucional, quando tratou de mitigar a garantia da inamovibilidade, limitou-se a prever a possibilidade de deliberação majoritária pelo *órgão colegiado*

competente, fundada em motivo de interesse público e assegurada ampla defesa, previsão que não permite paralelo com a hipótese tratada na norma questionada. E a Lei Orgânica do MP trata dessa hipótese de afastamento no art. 15, VIII (“*determinar por voto de dois terços de seus integrantes a disponibilidade ou remoção de membros do Ministério Público, por interesse público, assegurada ampla defesa;*”). O art. 10, IX, “g”, trata de situação diversa não facultada pelo texto constitucional: permite a avocação de atribuições de membro do órgão, que permanece formalmente inamovível em sua lotação, e a assunção direta dessas atribuições pelo Procurador-Geral. Há, assim, o potencial *esvaziamento* da independência funcional do promotor natural.

A única forma de preservar a validade constitucional do dispositivo atacado – o que me parece possível e conveniente, dada a relevância do papel institucional desempenhado pelo Procurador-Geral – é condicionar a avocação tratada no art. 10, IX, “g”, à aceitação do próprio promotor natural, cujas atribuições se pretende avocar pelo PGJ, como forma de afastar a possibilidade de que tal prerrogativa seja manejada de modo a configurar o desempenho de atividades ministeriais por *acusador de exceção*, em prejuízo da independência funcional de todos os membros.

Dessa feita, DIVIRJO do eminente Ministro Relator e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo.

É o voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia para, dissentindo do eminente Relator, acompanhar o douto voto proferido pelo eminente Ministro EDSON FACHIN.*

É o meu voto.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.854

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF, 1352A/MG)

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na ação direta para, proclamando a existência do promotor ou procurador de justiça natural, declarar conflitante com os ares democráticos da Constituição Federal de 1988 o que previsto na alínea “g” do inciso IX do artigo 10 da Lei nº 8.625/1993, a revelar competir ao Procurador de Justiça designar membro do Ministério Público para, em situação funcional excepcional e fundamentada, exercer funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo a decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, que divergiam do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) e julgavam parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo; e dos votos dos Ministros Dias Toffoli (Presidente), Luiz Fux e Gilmar Mendes, que acompanhavam a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin e julgavam improcedente a ação, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Ministro Celso de Mello, que não participou deste julgamento por motivo de licença médica (Art. 173, parágrafo único, do RISTF). Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.

Decisão: O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para conferir interpretação conforme à norma impugnada, para

estabelecer que a avocação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de funções afetas a outro membro do Ministério Público depende da concordância deste e da deliberação (prévia à avocação e posterior à aceitação pelo promotor natural) do Conselho Superior respectivo. Votaram nesse mesmo sentido os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes e Celso de Mello julgaram improcedente a ação. Votou no sentido de julgar procedente o pedido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.855 / RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): GOVERNADORA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

AM. CURIAE.: REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): BRUNO LUNARDI GONÇALVES

AM. CURIAE.: DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO – PTB

ADV.(A/S): LUIZ GUSTAVO PEREIRA DA CUNHA

AM. CURIAE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO - CNTUR

ADV.(A/S): VANESSA GRASSI SEVERINO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E CASAS NOTURNAS - ABRABAR

ADV.(A/S): GUSTAVO SWAIN KFOURI

AM. CURIAE.: SINDICATO DOS MÉDICOS NO ESTADO DO PARANÁ - SIMEPAR

ADV.(A/S): LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

ADV.(A/S): LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO

AM. CURIAE.: SENADOR JOSÉ RENAN VASCONCELOS CALHEIROS

ADV.(A/S): JOÃO MARCELO DE CASTRO NOVAIS

DECISÃO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. COVID-19. COMPETÊNCIA DOS ESTADOS. CAUTELAR INDEFERIDA.

1. Ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto decretos estaduais que impõem medidas restritivas de circulação de pessoas e funcionamento de estabelecimentos comerciais, entre outras, para enfrentamento da pandemia.

2. As medidas impugnadas são dotadas de razoabilidade e destinam-se a um fim legítimo: conter o contágio, mortes e sobrecarga do sistema de saúde, com base em orientação e dados dos respectivos órgãos técnicos.

3. Conforme reiterada jurisprudência do STF, União, Estados e Municípios possuem competência legislativa concorrente (CF, art. 24, XII) e competência administrativa comum (CF, art. 23, II) para defesa da saúde. Sem prejuízo da atuação própria da União, cabe a eles, portanto, adotar medidas de combate à pandemia, desde que: (i) observem os limites de sua competência e (ii) atuem respaldados em critérios científicos. Nesse sentido: ADI 6.341 MCRRef, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 6343 MC-Ref, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes; ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 6625 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

4. Em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, é legítima e exigível a observância dos princípios da prevenção e da precaução, como vem reiteradamente decidindo o Tribunal. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli.

5. Cautelar indeferida por ausência de *fumus boni iuris* e grave *periculum in mora* inverso.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, tendo por objeto medidas administrativas restritivas instituídas pelo Decreto nº 30.596, de 21 de maio de 2021, da Governadora do Estado do Rio Grande do Norte; pelo Decreto nº 50.752, de 24 de maio de 2021, do Governador do Estado de Pernambuco; e pelo Decreto nº 7.719, de 25 de maio de 2021, do Governador do Estado do Paraná. Confram-se os trechos das normas impugnadas que interessam ao deslinde da ação:

Decreto nº 30.596, de 21 de maio de 2021, da Governadora do Rio Grande do Norte, que, entre outras disposições, prescreve o seguinte:

Art. 1º Este Decreto estabelece medidas restritivas, de caráter excepcional e temporário, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19 no âmbito da VI Unidade Regional de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Norte (VI URSAP), no período compreendido entre 21 de maio de 2021 a 6 de junho de 2021.

(...)

Art. 3º No período de vigência deste Decreto, no âmbito dos municípios elencados no parágrafo único do art. 1º, somente poderão permanecer abertos, para atendimento presencial, os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que tenham por finalidade a oferta de produtos e serviços a seguir relacionados: (...).

Art. 4º Fica estabelecido “toque de recolher”, com a proibição de circulação de pessoas em todos os municípios relacionados no parágrafo único do art. 1º deste Decreto, como medida de diminuição do fluxo populacional em ruas e espaços públicos e consequente mitigação de aglomerações, nos seguintes termos:

I - aos domingos e feriados, em horário integral;

II - nos demais dias da semana, das 22h às 05h da manhã do dia seguinte. (...). (grifos acrescentados)

Decreto nº 50.752, de 24 de maio de 2021, do Governador de Pernambuco, que, entre outras disposições, prescreve o seguinte:

Art. 1º Este Decreto estabelece regras complementares e mais restritivas do que aquelas previstas no Decreto nº 50.561, de 23 de abril de 2021, para os Municípios que indica.

Art. 2º No período compreendido entre 26 de maio e 6 de junho de 2021, nos Municípios indicados no Anexo I, fica vedado, em qualquer dia e horário, o funcionamento de estabelecimentos e a prática de atividades econômicas e sociais de forma presencial, com exceção daquelas listadas no Anexo II. (...). (grifos acrescentados)

Decreto nº 7.719, de 25 de maio de 2021, do Estado do Paraná, que, entre outras disposições, prescreve o seguinte:

Art. 1º. O *caput* do art. 2º do Decreto nº 7.020, de 05 de março de 2021, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º. Institui, no período das 20 horas às 5 horas, diariamente, restrição provisória de circulação em espaços e vias públicas.”

Art. 2º O § 1º do art. 2º do Decreto nº 7.020, de 2021, passa a vigorar com a seguinte redação: “§ 1º A medida prevista no *caput* deste artigo terá vigência a partir das 20 horas do dia 10 de março de 2021 até as 5 horas do dia 11 de junho de 2021.”

Art. 3º. O *caput* do art. 3º do Decreto nº 7.020, de 2021, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 3º Proíbe a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas em espaços de uso público ou coletivo no período das 20 horas às 5 horas, estendendo-se a vedação para quaisquer estabelecimentos comerciais.” (grifos acrescentados)

2. O requerente afirma que as providências adotadas por tais diplomas, sob a justificativa da proteção da saúde em razão da pandemia da COVID-19, violariam a democracia, a legalidade e a proporcionalidade, bem como o respeito às liberdades fundamentais de trabalho, de iniciativa econômica e de locomoção no território federal (arts. 1º, IV; 5º, II, XIII, XV e LIV; e 170, CF/1988).

3. Sustenta que no ordenamento jurídico brasileiro não há autorização para prefeitos e governadores decretarem medidas de *lockdowns* e toques de recolher, de forma unilateral, ampla, genérica, arbitrária e indiscriminada, situação que compara a estado de sítio e de defesa, porém sem o devido processo legal ou autorização do Poder Legislativo. Alega, ainda, que as medidas impostas prejudicam os direitos fundamentais ao trabalho e à iniciativa econômica, sendo desproporcional em virtude da implementação, em curso, do programa nacional de imunização contra a COVID-19.

4. Com base em tais argumentos, defende a concessão de medida cautelar para a suspensão das normas impugnadas e, no mérito, a sua declaração de inconstitucionalidade.

5. Em 28.05.2021, adotei o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, intimando as respectivas autoridades e a Procuradoria-Geral da República para manifestação.

6. O Governador do Estado do Paraná alega, preliminarmente, que a inconstitucionalidade é reflexa e que os decretos impugnados têm por base a Lei federal nº 8.080/1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, e a Lei federal nº 13.979/2020, que prevê a adoção de isolamento social, quarentena e restrição de circulação de pessoas, entre outras medidas de proteção à saúde. No mérito, afirma que o decreto se baseou na situação real de avanço da pandemia no Estado e em dados da Secretaria de Saúde, que informam: (i) taxa de ocupação de 95% de UTIs e de 85% de enfermarias e (ii) necessidade de o sistema operar com no máximo 75% de sua capacidade, por, no mínimo, 7 dias, e apresentar queda contínua de internações em UTI, por, no mínimo, 14 dias, para controle da nova onda de contágio. Esclarece, ainda, que todas as medidas previstas no decreto têm respaldo em lei e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sustenta que, diante da gravidade da situação, é necessário ponderar princípios fundamentais em prol da vida humana.

7. O Governador do Estado de Pernambuco alega que *a edição da norma decorreu de um “substancial aumento dos índices de contágio e das demandas por leitos COVID-19, tanto de enfermaria como de UTI”, conforme dados disponibilizados pela Secretaria Estadual de Saúde*. Esclarece, ainda, que na *“21ª semana epidemiológica, que antecedeu a semana do Decreto 50.752/2020, o Estado de Pernambuco atingiu o pico do número de casos confirmados”*. Sustenta que o decreto se baseia na Lei 13.979/2020, expressando um federalismo de cooperação imprescindível diante da situação de emergência sanitária. Assinala a existência de *periculum in mora* inverso, uma vez que afastar as medidas protetivas significaria aumentar o número de vítimas da COVID-19 e colocar a vida da população em risco.

8. A Governadora do Estado do Rio Grande do Norte defende, preliminarmente: (i) o descabimento da ação, por inconstitucionalidade reflexa; (ii) por falta de impugnação de todo o complexo normativo, dado que a Lei 13.979/2020 não foi impugnada; bem como (iii) a perda de objeto da ação, já que o decreto impugnado foi objeto de rerratificação por meio do Decreto Estadual nº 30.631, de 4 de junho de 2021, sem que tenha havido aditamento à inicial. No mérito, afirma que *o decreto impugnado teve por base “o relatório semanal do indicador composto para monitoramento da pandemia provocada pela COVID-19, elaborado em conjunto pela Secretaria de Estado da Saúde Pública (SESAP) e pelo Comitê de Especialistas” e decorreu do “elevado número de óbitos no Estado, bem como da alta ocupação de leitos de UTI na rede local”*. Afirma, por fim, que a norma foi produzida com base na competência comum dos entes da federação para medidas sanitárias, conforme jurisprudência do STF.

9. A Procuradoria-Geral da República não apresentou manifestação (doc. 98).

10. Deferi o ingresso, a título de *amici curiae*: (i) do Senador José Renan Vasconcelos Calheiros, na condição de relator da CPI da COVID-19; e, ainda, das seguintes entidades: (ii) Rede Sustentabilidade; (iii) Associação Brasileira de Bares e Casas Noturnas - ABRABAR; (iv) Confederação Nacional do Turismo – CNTUR; (v) Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; e (vi) Sindicato dos Médicos no Estado do Paraná – SIMEPER.

11. Na sequência, o requerente postulou, ainda, aditamento à inicial, de modo a incluir em seu objeto: (i) o Decreto nº 30.641, de 8 de junho de 2021, do Estado do Rio Grande do Norte; (ii) o Decreto 7.893, de 11 de junho de 2021, do Estado do Paraná; e, ainda, (iii) o art. 3º, incs. I e II, da Lei 13.979/2020. Quanto a tais incisos, requer que o STF lhes confira interpretação conforme à Constituição, a fim de que eventuais medidas tomadas com base neles sejam:

(i) *“condicionad[a]s previamente à aprovação de lei em sentido formal ou, subsidiariamente, à aprovação parlamentar a posteriori, nos termos do artigo 136, § 4º, da Constituição;”* e

(ii) “conciliad[a]s com a efetiva observância dos princípios do Estado de Direito e da proporcionalidade, bem como com os direitos fundamentais ao trabalho, à livre iniciativa e à subsistência”.

12. A despeito do pedido de aditamento ao pedido principal, não houve pedido de cautelar quanto aos dois novos decretos ou quanto ao art. 3º, incs. I e II, da Lei 13.979/2020. Nessas condições, aprecio o pedido cautelar original e, na sequência, ouvirei os requeridos sobre o aditamento ao pedido principal.

13. É o relatório.

II. PRELIMINARES

14. Rejeito as preliminares arguidas pelos Estados. No que se refere à alegação de inconstitucionalidade reflexa, entendo que os decretos são confrontados diretamente com a Constituição. Não há falta de impugnação de todo o complexo normativo, dado que não havia necessidade de questionamento da constitucionalidade da Lei federal 13.979/2020, uma vez que os argumentos em que se embasava a alegação de inconstitucionalidade dos decretos eram autônomos com relação à norma federal. Quanto ao pedido de aditamento, para inclusão desta última no objeto da ação, será apreciado oportunamente.

15. Entendo, ainda, dispensável o aditamento à inicial, tal como defendido pela Exma. Sra. Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, uma vez que o novo decreto (Decreto 30.631/2021), que rerratificou o decreto anterior, não apresenta alteração relevante de conteúdo, permitindo que se aprecie a questão com base nos mesmos elementos. Ressalto, ademais, a importância da questão em debate e da pacificação do conflito que esta ação manifesta, o que, por razões de economia processual e acesso à justiça, recomenda que o Tribunal efetivamente se manifeste sobre a questão de fundo.

16. Observo, contudo, que os prazos dos três primeiros decretos, que constituíam o objeto original da ação, estão exauridos. Curiosamente, nenhuma das partes alegou a sua perda com base neste argumento. A se confirmar a não prorrogação de tais prazos e, portanto, da vigência de tais normas, será o caso de extinção do feito por perda do objeto, ao menos quanto a elas. Tendo em vista, contudo, a existência de pedido urgente de cautelar e a proximidade do recesso do Tribunal, passarei ao exame do pedido.

17. Assinalo, ainda, no que se refere aos novos decretos, objeto de aditamento, que o Decreto 30.641/2021, do Rio Grande do Norte, altera o Decreto 30.562/2021, que é diploma diverso daquele objeto desta ação, e que seu prazo se exaure em 23.06.2021, portanto, na presente data, dia subsequente ao do protocolo da petição de aditamento. Situação semelhante ocorre quanto ao Decreto 7.893/2021, do Paraná,

que altera o Decreto 7.020/2021, que tampouco é objeto desta ação, e cujo prazo se exaure em 30.06.2021.

III. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR

18. Indefiro o pedido de cautelar por ausência de verossimilhança do direito alegado, bem como em virtude do evidente *periculum in mora* inverso da medida, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

19. Em primeiro lugar, o requerente não comprovou que os diplomas impugnados ainda estão efetivamente em vigor. Nesse sentido, constata-se que o Decreto nº 7.719/2021, do Estado do Paraná, o Decreto nº 50.752/2021, Estado de Pernambuco, e o Decreto nº 30.596/2021, do Estado do Rio Grande do Norte (prorrogado pelo Decreto 30.631/2021), teriam sua vigência exaurida em 11.06.2021, 06.06.2021 e 14.06.2021, respectivamente. Caso os diplomas não estejam mais em vigor, sequer seria o caso de debater a sua suspensão. Frise-se, ademais, que as ações foram propostas no final da vigência de cada diploma normativo e que o pedido de cautelar, dada a gravidade da situação, deveria contar com manifestação da parte contrária.

20. De resto, a controvérsia apresentada pelo requerente não é nova, tendo o STF firmado entendimento no sentido de: (i) ser competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios legislar sobre medidas sanitárias (CF, art. 24, XII), (ii) constituir competência comum dos três entes a adoção das medidas necessárias para a proteção à saúde da população (CF, art. 23, II), (iii) não haver necessidade de autorização federal para a adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas por Estados e Municípios, (iv) poderem Estados e Municípios adotar medidas restritivas, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades, restrições ao comércio e à circulação de pessoas, desde que respaldados por orientações de seus órgãos técnicos e assegurada a circulação de bens e produtos essenciais (ADI 6.341 MC-Ref, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 6343 MC-Ref, red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes; ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 6625 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

21. Nesse sentido, confirmam-se trechos de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Ementa: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. [...].

.....

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. *O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. [...].*

.....

7. *Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. (ADI 6341 MC-Ref, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.04.2020, grifou-se)*

Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...].

.....

4. *Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/ Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).*

5. *Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e*

municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnico-científicos, [...].

.....

7. Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, "b", e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, *excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinações de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas*; e (b) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que as medidas neles previstas *devem ser fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais* definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo. (ADI 6343 MC-Ref red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 06.05.2020, grifou-se)

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA CONFERIR SOBREVIDA A MEDIDAS TERAPÊUTICAS E PROFILÁTICAS EXCEPCIONAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NA LEI 13.979/2020 CUJA VIGÊNCIA FIMOU EM 31 DE DEZEMBRO DE 2020. RECRUDESCIMENTO DA PANDEMIA COM O DESENVOLVIMENTO DE NOVAS CEPAS VIRAIS. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA QUE SE MANTÉM INALTERADA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I - A Lei 13.979/2020, com o propósito de enfrentar de maneira racional e tecnicamente adequada o surto pandêmico, *permitiu que as autoridades adotassem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas.*" (ADI 6625 MC-Ref, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 08.03.2021, grifou-se)

22. O que se constata dos decretos impugnados é que eles, em coerência com a jurisprudência do STF, determinaram medidas restritivas voltadas à contenção do contágio de COVID-19: (i) no âmbito de suas respectivas localidades e competências e (ii) respaldados por orientação e dados de seus órgãos técnicos, em momento de agudo agravamento da pandemia, como informado por todos os referidos entes. Têm, portanto, respaldo científico e destinam-se a um fim legítimo: conter o contágio, mortes e sobrecarga do sistema de saúde. Não há, assim, indício de irrazoabilidade ou desproporcionalidade. Nessas condições, absolutamente legítimas as medidas adotadas.

23. Não bastasse o exposto, o STF já decidiu, reiteradamente, que, em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem-se observar os princípios da prevenção e da precaução, de modo a que, na dúvida, se adotem as medidas mais protetivas aos bens em questão. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin; ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber; RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli.

24. As mesmas razões, combate à pandemia, prevenção ao contágio e princípios da prevenção e precaução em matéria de proteção à vida e à saúde, indicam que eventual suspensão de medidas sanitárias, no contexto narrado pelos Estados e caso ele persista, poderá gerar grave risco de aumento de contágio, morte e colapso do sistema de saúde. Está presente, portanto, inequívoco *periculum in mora* inverso contra o deferimento da cautelar.

IV. CONCLUSÃO

25. Diante do exposto e nos termos da jurisprudência amplamente consolidada no STF, indefiro a cautelar, por ausência da verossimilhança do direito alegado e grave *periculum in mora* inverso, consistente no risco de agravamento de contágio e morte, em razão da pandemia.

26. Determino a intimação dos requeridos e, ainda, da Procuradoria-Geral da República para manifestação sobre o pedido de aditamento à inicial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 23 de junho de 2021.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*
Nº 626941 / RIO DE JANEIRO (2020/0300219-8)**

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: MARCOS ABRAHÃO

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - RJ071111

JOÃO LUIZ DE ALENCAR MACHADO MAIA E OUTRO - RJ127444

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE DENEGOU O *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE DECISÃO QUE DECLINOU DE COMPETÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE EFEITOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça* sedimentou o entendimento de que “o *Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)*” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Min. *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

II - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

III - A 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, deliberando a respeito dos efeitos processuais da Resolução n. 177/2019 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, declinou da competência para processar e julgar a Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, onde os autos foram autuados sob o número 5094338-42.2019.4.02.5101.

IV - Posteriormente, o agravante e outros acusados tomaram posse no cargo de Deputado Estadual do Estado do Rio de Janeiro por força de decisão judicial. Essa nova circunstância, por alterar o juízo natural para o processo e julgamento da ação penal em razão do foro por prerrogativa de função, motivou o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a remeter os autos da Ação Penal n. 5094338-42.2019.4.02.5101/RJ novamente para a 1ª Seção Especializada, onde foram, nesse segundo momento, autuados sob o número 5010553-28.2020.4.02.0000/RJ.

V - A decisão que determinou a declinação de competência para a primeira instância perdeu os efeitos em função de o recorrente haver assumido o cargo de Deputado Estadual do Rio de Janeiro, condição que lhe confere foro por prerrogativa de função no órgão colegiado de segundo grau. Logo, carece o recorrente de interesse em impugná-la mediante embargos de declaração manejados, essencialmente, com a finalidade de que os autos retornassem ao segundo grau de jurisdição, porquanto a modificação das circunstâncias fático-processuais tornou superada a discussão a respeito da legalidade da declinação de competência e da possibilidade de eventual tramitação simultânea de processos.

VI - Não se verifica que o agravante tenha suportado qualquer prejuízo durante o período em que a ação penal tramitou perante o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, o que afasta a possibilidade de declaração de eventual nulidade em virtude do princípio do *pas de nullité sans grief* e da previsão do art. 563 do CPP.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2021.

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 626941 / RIO DE JANEIRO (2020/0300219-8)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AGRAVANTE: MARCOS ABRAHÃO

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - RJ071111

JOÃO LUIZ DE ALENCAR MACHADO MAIA E OUTRO - RJ127444

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE DENEGOU O *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE DECISÃO QUE DECLINOU DE COMPETÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE EFEITOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça* sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDCl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

II - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

III - A 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, deliberando a respeito dos efeitos processuais da Resolução n. 177/2019 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, declinou da competência para processar e julgar a Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, onde os autos foram autuados sob o número 5094338-42.2019.4.02.5101.

IV - Posteriormente, o agravante e outros acusados tomaram posse no cargo de Deputado Estadual do Estado do Rio de Janeiro por força de decisão judicial. Essa nova circunstância, por alterar o juízo natural para o processo e julgamento da ação penal em razão do foro por prerrogativa de função, motivou o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a remeter os autos da Ação Penal n. 5094338-42.2019.4.02.5101/RJ novamente para a 1ª Seção Especializada, onde foram, nesse segundo momento, autuados sob o número 5010553-28.2020.4.02.0000/RJ.

V - A decisão que determinou a declinação de competência para a primeira instância perdeu os efeitos em função de o recorrente haver assumido o cargo de Deputado Estadual do Rio de Janeiro, condição que lhe confere foro por prerrogativa de função no órgão colegiado de segundo grau. Logo, carece o recorrente de interesse em impugná-la mediante embargos de declaração manejados, essencialmente, com a finalidade de que os autos retornassem ao segundo grau de jurisdição, porquanto a modificação das circunstâncias fático-processuais tornou superada a discussão a respeito da legalidade da declinação de competência e da possibilidade de eventual tramitação simultânea de processos.

VI - Não se verifica que o agravante tenha suportado qualquer prejuízo durante o período em que a ação penal tramitou perante o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, o que afasta a possibilidade de declaração de eventual nulidade em virtude do princípio do *pas de nullité sans grief* e da previsão do art. 563 do CPP.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Relatoria, a qual indeferiu liminarmente o processamento do *habeas corpus* impetrado em favor de *MARCOS ABRAHÃO*.

No presente recurso, a Defesa sustenta não ser o caso de indeferimento liminar do *habeas corpus*, visto que a decisão impugnada nesta impetração estaria eivada de manifesta ilegalidade.

Argumenta que o recorrente sofre constrangimento ilegal em virtude de a 1ª Seção Especializada da e. Corte Federal não haver examinado o mérito de embargos de declaração opostos em face de decisão que declinara a competência para o processo e julgamento da Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Afirma que a questão de ordem em cujo julgamento inicialmente se reconheceu a incompetência da Corte Federal para processar e julgar o agravante foi decidida sem que a Defesa houvesse sido previamente intimada da sessão de julgamento e, portanto, em prejuízo da ampla defesa e do contraditório.

Assevera, ademais, que a remessa dos autos da Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo de 1º Grau e a permanência na Corte Federal dos embargos opostos em face da mesma decisão que declinou da competência seria manifestamente ilegal, vistos que os embargos declaratórios teriam efeito suspensivo.

Defende, nesse passo, que o retorno dos autos novamente ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região não resulta em carência do direito de ação de *habeas corpus* por ausência de interesse, porquanto o mencionado retorno não decorreu do pretendido reconhecimento da nulidade da primeira decisão que declinou da competência, mas apenas do fato de que o recorrente reassumiu mandato de parlamentar estadual e, por conseguinte, readquiriu foro por prerrogativa de função em tribunal de segundo grau.

Pondera que a tese suscitada nos embargos de declaração de nulidade de resolução da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) que estabeleceu medidas cautelares de afastamento das funções ao agravante que reconheceu que ele não estaria a exercer efetivamente o mandato seria manifestamente ilegal, visto que o órgão legislativo não teria atribuição para fixar medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição.

Ao final, requer o provimento do recurso para, concedendo-se a ordem de *habeas corpus*, anular a decisão que declinou da competência para o processo e julgamento da Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ e todos os atos processuais subsequentes.

O Ministério Público Federal, às fls. 473-475, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente Agravo Regimental não merece provimento.

Sustenta o Agravante a necessidade de reforma do *decisum* guerreado, sob o argumento, em resumo, de configurar constrangimento ilegal o fato de a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região não haver examinado o mérito de embargos de declaração opostos em face de decisão que declinara a competência para o processo e julgamento da Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 445-449. Ao contrário, os argumentos externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Inicialmente, com relação ao pedido de *sustentação oral*, consigno que a *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça* sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, *Terceira Seção*, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017, grifou-se).

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL. INCOMPETÊNCIA. PREVENÇÃO. NÃO VERIFICADA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. DIREITO DE DEFESA. VIOLAÇÃO. INEXISTENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL. JULGAMENTO PENDENTE. SÚMULA 691/STF. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31/5/2017).

II - O julgamento monocrático do writ não representa ofensa ao princípio da colegialidade, quando a hipótese se coaduna com o

previsto no art. 34, XX, do RISTJ, notadamente porque qualquer decisão monocrática está sujeita à apreciação do órgão colegiado, em virtude de possibilidade de interposição do agravo regimental, como na espécie.

III - A operação “Furna da Onça” é desdobramento da operação “Cadeia Velha”, que, de sua vez, decorre da operação “Lava Jato”, podendo se extrair do procedimento em tela que a persecução penal aqui em análise não guarda similitude fática com os feitos afetos à Operação “Calicute” e “Eficiência”, a ponto de justificar a prevenção da e. Sexta Turma.

IV - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

V - A decisão monocrática proferida pelo Desembargador Federal Abel Gomes, relator da Ação Penal n. 0100368-58.2019.4.02.0000/RJ na 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao apreciar os embargos de declaração opostos em face do acórdão que julgou questão de ordem e determinou a remessa dos autos ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, efetivamente examinou o mérito das teses de: (a) ilegalidade da remessa dos autos ao Juízo de 1º Grau independentemente do julgamento de eventuais recursos; e (b) de nulidade do julgamento da questão de ordem por ausência de prévia intimação da defesa.

VI - Conquanto os embargos tenham sido opostos em face de acórdão, válido o seu julgamento por decisão unipessoal quando as hipóteses taxativamente fixadas no art. 619, caput, do Código de Processo Penal não forem cumpridas pelo recorrente, tendo em vista as disposições do art. 620, § 2º, do mesmo Código, e, mais particularmente, do art. 44, § 1º, II, do RITRF-2.

VII - Contra a decisão que julga monocraticamente os embargos cabe o agravo regimental (ou o agravo interno), como prevê o § 2º do mesmo art. 44 do RITRF2. Desse modo, não tendo sido apreciado o agravo regimental interposto pelo recorrente na origem, inviável o exame das matérias nele aventadas por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância, por aplicação analógica da Súmula n. 691/STF.

VIII - Não se vislumbra teratologia ou constrangimento ilegal flagrante nas decisões proferidas pela autoridade coatora que justifique a superação do óbice sumular, haja vista que, de um lado, o art. 91, II, do RITRF2 efetivamente afirma não depender de pauta - e, portanto, de prévia intimação da defesa - o julgamento de questões de ordem; e, de outro, não existe recurso com efeito suspensivo oponível em face da

decisão que julga questão de ordem, de modo que, em princípio, não se identifica ilegalidade no processamento do feito na primeira instância.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no HC 544.819/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 18/6/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. INDEFERIMENTO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA. INEXIGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. “A Terceira Seção desta Corte sedimentou o entendimento de que “o Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta. A disposição está em harmonia com a previsão de que o agravo não prevê a possibilidade de sustentação oral (art. 159, IV, do Regimento Interno do STJ)” (EDcl no AgRg nos EREsp n. 1.533.480/RR, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 31/5/2017).

2. Tanto a decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) quanto aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser realizado após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no RHC 126.928/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 12/8/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRISÃO PREVENTIVA. VEDAÇÃO AO RECURSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O julgamento do agravo regimental independe de indicação de pauta e não comporta sustentação oral, nos termos dos arts. 159, IV, e 258, caput, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. O julgamento monocrático do habeas corpus ocorreu, na verdade, como forma de dar efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), porquanto, em razão da pandemia causada pelo Coronavírus, os prazos processuais, inicialmente, estavam suspensos, assim como as sessões de julgamento, não havendo, portanto, naquele momento, nenhuma previsão de que voltassem a ocorrer.

3. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos dos artigos 282, incisos I e II c/c 312 do CPP.

4. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal para a manutenção da prisão, em especial o risco à ordem pública, haja vista a gravidade concreta do delito, em que o réu foi condenado por haver traficado grande quantidade de drogas cuja natureza é mais perniciosa aos usuários: 9 kg de crack, os quais estavam escondidos no quarto de seu filho.

5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no RHC 125.617/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 4/8/2020).

Para o exame da *quaestio*, colacionem-se os fundamentos da decisão monocrática impugnada, proferida pelo Desembargador Federal Abel Gomes nos autos da Ação Penal n. 0100368-58.2019.4.02.0000 (fls. 429-430):

“Ainda em sessão realizada no dia 24/10/2019 a 1ª Seção Especializada acolheu questão de ordem proposta para tratar dos efeitos da Resolução nº 177/2019 da ALE RJ e, por unanimidade, determinou o declínio de competência para processo e julgamento da ação penal, bem como o processamento de eventuais recursos via traslado (fls. 6421/6448 destes autos suplementares e fls. 6534/6542 dos autos da ação penal nº 0100860-84.2018.4.02.0000), daí porque formaram-se os presentes autos suplementares.

Já no bojo destes autos suplementares pendem embargos declaratórios opostos por ANDRÉ GUSTAVO PEREIRA CORRÊA às fls. 6596/6599 e Agravo Interno oposto pela defesa de MARCOS ABRAHÃO às fls. 6587/6591, ambos em face da decisão monocrática de fls. 6544/6555 que não conheceu de embargos declaratórios anteriormente opostos.

Embora impugnem também questões processuais (como a alegada necessidade de intimação prévia para julgamento de questão de ordem), e já estejam relatados, como se confere de fls. 6601/6604, fato é que ambos os recursos pretendem, ao cabo, ver embargos declaratórios conhecidos e apreciados no colegiado com o objetivo de reverter a decisão declinatoria de competência.

Todavia, a questão progrediu, os Deputados Estaduais denunciados (outrora impedido) tomaram posse nos mandatos, o que ensejou decisão do MM. Juiz da 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ determinando a remessa dos autos a esta Corte. Ou seja, a ação penal que antes desceu à primeira instância, sendo distribuída sob o nº 5094338-42.2019.4.02.5101, torna-se novamente originária, retornando ao Tribunal, agora atuada sob o nº 5010553-28.2020.4.02.0000, conforme histórico mais detalhado que naqueles autos já externei.

Assim, independentemente dos argumentos apresentados, à vista da declinação de competência revertida por fatos posteriores, os recursos ainda pendentes nestes autos suplementares restam manifestamente prejudicados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 44, §1º, inc. I, do Regimento Interno desta Corte, julgo extinto o processo, apenas, logicamente, no que toca aos autos suplementares.” (fls. 429-430, grifou-se).

In casu, a 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, deliberando a respeito dos efeitos processuais da Resolução n. 177/2019 da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, declinou da competência para processar e julgar a Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, onde os autos foram atuados sob o número 5094338-42.2019.4.02.5101.

Em face do acórdão que declinou da competência para o Juízo de 1º Grau, a Defesa opôs embargos de declaração, os quais, não sendo dotados de efeito suspensivo, foram processados nos autos suplementares do Processo n. 0100368-58.2019.4.02.0000/RJ, ao passo em que os autos da Ação Penal n. 5094338-42.2019.4.02.5101/RJ (outrora Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ) passaram a ser processados pelo Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Os embargos de declaração foram julgados manifestamente improcedentes por decisão monocrática do Desembargador Federal relator do Processo n. 0100368-58.2019.4.02.0000/RJ (fls. 408-419).

Em face dessa decisão, consta que a Defesa, inconformada, interpôs agravo interno, a fim de que a matéria fosse definitivamente apreciada pela 1ª Seção Especializada.

Sucedeu que, nesse entrementes, consoante relatório elaborado pelo Desembargador Federal Abel Gomes (fls. 429-430), o agravante e outros acusados tomaram posse no cargo de Deputado Estadual do Estado do Rio de Janeiro por força de decisão judicial. Essa nova circunstância, por alterar o juízo natural para o processo e julgamento da ação penal em razão do foro por prerrogativa de função, motivou o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro a remeter os autos da Ação Penal n.

5094338-42.2019.4.02.5101/RJ novamente para a 1ª Seção Especializada, onde foram, nesse segundo momento, autuados sob o número 5010553-28.2020.4.02.0000/RJ.

Considerando esse cenário fático-processual, o Desembargador Federal Abel Gomes julgou extinto Processo n. 0100368-58.2019.4.02.0000/RJ (acessório à Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000/RJ), onde tramitavam os embargos de declaração. Para fundamentar a decisão, assinalou, em síntese, que os embargos declaratórios haviam perdido o objeto em razão do retorno dos autos à 1ª Seção Especializada 5010553-28.2020.4.02.0000/RJ, porquanto se destinavam, essencialmente, a ver declarada nula a decisão que, inicialmente, declinara da competência para a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Assim, como a decisão que determinou a declinação de competência para a primeira instância perdeu, na prática, os efeitos em função de o recorrente haver assumido o cargo de Deputado Estadual do Rio de Janeiro, condição que lhe confere foro por prerrogativa de função no órgão colegiado de segundo grau, não se revela ilegal a decisão que declarou prejudicados os embargos opostos justamente com o fim de ver declarada nula a primeira decisão que declinara da competência, porquanto a modificação das circunstâncias fático-processuais tornou superada a discussão a respeito da legalidade seja da declinação de competência, seja da possibilidade de eventual tramitação simultânea de processos.

O direito à ação de *habeas corpus* é, verdadeiramente, direito fundamental de estatura constitucional (art. 5º, LXVIII, CF). Não obstante, sendo ação, seu conhecimento subordina-se à demonstração tanto de pressupostos de constituição e de desenvolvimento regular do processo como das denominadas condições da ação.

Dois são as condições da ação: legitimidade *ad causam* - no *habeas corpus* a mais ampla possível - e interesse de agir, que deve ser compreendido sob o binômio necessidade e utilidade. Haverá interesse-necessidade apenas quando a tutela jurisdicional for o único meio legítimo para a tutela do bem da vida ou para o resguardo do direito - na hipótese do *habeas corpus*, do direito de ir, vir e permanecer. Por outro lado, haverá interesse-utilidade somente quando o processo for meio idôneo para alcançar os fins que se buscam.

No presente caso, verifica-se a carência do direito de ação do *habeas corpus*, uma vez que o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, providência jurisdicional que efetivamente o recorrente tem pretendido desde a interposição dos primeiros embargos de declaração em face da decisão que, resolvendo questão de ordem, declinou da competência, já ocorreu. Logo, não há necessidade nem utilidade de intervenção jurisdicional, e, nessa medida, não há interesse processual do recorrente.

Ademais, não se demonstra nos autos que o agravante tenha suportado qualquer espécie de prejuízo em virtude da temporária tramitação dos autos perante o juízo de primeiro grau, de modo que, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief* e por força do art. 563 do CPP, é inviável o reconhecimento da nulidade ora arguida.

Desse modo, impõe-se o indeferimento liminar do *habeas corpus*, nos termos do art. 34, XX, e art. 210, ambos do RISTJ, o que, sob a ótica processualista civil, equivale a uma decisão terminativa que extingue o processo sem resolução de mérito por ausência de interesse processual (art. 485, VI, do CPC).

Também, considerando que o presente *mandamus* impugna decisão monocrática do relator do processo na origem e que, nessa decisão, não se constata ilegalidade flagrante, é o caso de aplicação, por analogia, do entendimento consolidado na Súmula 691 desta Corte Superior.

Assim, em que pese o elevado esforço argumentativo do recorrente, não vislumbro razões para modificar os fundamentos da decisão agravada.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo*.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no HC 626.941 / RJ

Número Registro: 2020/0300219-8

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 01003685820194020000 01008608420184020000
1003685820194020000 1008608420184020000 201800001008233
201900001003689 50105532820204020000 82201811**

EM MESA

JULGADO: 23/02/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: JOÃO LUIZ DE ALENCAR MACHADO MAIA E OUTRO

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - RJ071111

JOÃO LUIZ DE ALENCAR MACHADO MAIA - RJ127444

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

PACIENTE: MARCOS ABRAHÃO

CORRÉU: AFFONSO HENRIQUES MONNERAT ALVES DA CRUZ

CORRÉU: ALCIONE CHAFFIN DE ANDRADE FABRI

CORRÉU: ALVARO JOSÉ GALLIEZ NOVIS

CORRÉU: ANDRÉ GUSTAVO PEREIRA CORRÊA DA SILVA

CORRÉU: ANDREIA CARDOSO DO NASCIMENTO

CORRÉU: CARLA ADRIANA PEREIRA

CORRÉU: CARLOS EMANUEL DE CARVALHO MIRANDA

CORRÉU: DANIEL MARCOS BARBIRATTO DE ALMEIDA

CORRÉU: EDSON ALBERTASSI

CORRÉU: FÁBIO CARDOSO DO NASCIMENTO

CORRÉU: FRANCISCO MANOEL DE CARVALHO

CORRÉU: JAIRO SOUZA SANTOS

CORRÉU: JENNIFER SOUZA DA SILVA

CORRÉU: JORGE LUIS DE OLIVEIRA FERNANDES

CORRÉU: JORGE SAYED PICCIANI

CORRÉU: JOSÉ ANTÔNIO WERMELINGER MACHADO

CORRÉU: LEONARDO MENDONÇA ANDRADE

CORRÉU: LEONARDO SILVA JACOB

CORRÉU: LUIZ ANTÔNIO MARTINS

CORRÉU: MAGNO CEZAR MOTTA

CORRÉU: MARCELO NASCIF SIMÃO

CORRÉU: MARCUS VINICIUS DE VASCONCELOS FERREIRA

CORRÉU: PAULO CESAR MELO DE SA

CORRÉU: SÉRGIO DE CASTRO OLIVEIRA

CORRÉU: SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO

CORRÉU: SHIRLEI APARECIDA MARTINS SILVA

CORRÉU: WILSON CARLOS CORDEIRO DA SILVA CARVALHO

CORRÉU: VINICIUS MEDEIROS FARAH

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MARCOS ABRAHÃO

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - RJ071111

JOÃO LUIZ DE ALENCAR MACHADO MAIA E OUTRO - RJ127444

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

AÇÃO PENAL Nº 912 / RIO DE JANEIRO (2018/0242438-5)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

AUTOR: MARINETE DA SILVA

AUTOR: ANTONIO FRANCISCO DA SILVA NETO

AUTOR: ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA

AUTOR: MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO

ADVOGADOS: EVELYN MELO SILVA - RJ165970

SAMARA MARIANA DE CASTRO - RJ206635

RÉU: MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO DE CAMPOS MACHADO - RJ046403

RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA - RJ145385

MARIO FABRIZIO COUTINHO POLINELLI - RJ172639

JÉSSYCA TEIXEIRA DE MORAES SILVA - RJ206825

JOÃO PEDRO DRUMMOND MARQUES LEITÃO - RJ206955

ALAN BALASSIANO SAPIR - RJ217787

NASTASSJA THAMI CHALUB AMERICO DOS REIS - RJ189147

IGNACIO AUGUSTO MACIEL MACHADO E OUTRO(S) - RJ229767

EMENTA

AÇÃO PENAL. QUEIXA-CRIME. ACUSAÇÃO CONTRA DESEMBARGADORA DO TJRJ. CRIME DE CALÚNIA CONTRA PESSOA MORTA. RETRATAÇÃO CABAL ANTES DA SENTENÇA (ART. 143 DO CP). ATO UNILATERAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, VI, DO CP).

1. A retratação cabal da calúnia, feita antes da sentença, de forma clara, completa, definitiva e irrestrita, sem remanescer nenhuma dúvida ou ambiguidade quanto ao seu alcance – que é justamente o de desdizer as palavras ofensivas à honra, retratando-se o ofensor do malfeito –, implica a extinção da punibilidade do agente e independe de aceitação do ofendido. Inteligência do art. 143, c.c. o art. 107, VI, do CP.

2. Em se tratando de ofensa irrogada por meios de comunicação – como no caso, que foi por postagem em rede social na *internet* –, “a

retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa” (art. 143, parágrafo único, do CP; grifei).

3. A norma penal, ao abrir ao ofendido a possibilidade de exigir que a retratação seja feita pelo mesmo meio em que se praticou a ofensa, não transmutou a natureza do ato, que é essencialmente unilateral. Apenas permitiu que o ofendido exerça uma faculdade.

4. Se o ofensor, desde logo, mesmo sem consultar o ofendido, já se utiliza do mesmo veículo de comunicação para apresentar a retratação, não há razão para desmerecê-la, porque o ato já atingiu sua finalidade legal.

5. Declarada a extinção da punibilidade da Querelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, declarar extinta a punibilidade da Querelada, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Francisco Falcão e Nancy Andrighi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedidos os Srs. Ministros Herman Benjamin e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Sustentaram oralmente a Dra. Evelyn Melo Silva e a Dra. Samara Mariana de Castro, pelos querelantes e o Dr. Carlos Eduardo De Campos Machado, pela querelada.

Brasília (DF), 03 de março de 2021 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Presidente

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2018/0242438-5

PROCESSO ELETRÔNICO APn 912 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

PAUTA: 11/02/2021

JULGADO: 11/02/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Revisor

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministros Impedidos

Exmo. Srs. Ministros:

HERMAN BENJAMIN

BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

AUTOR: MARINETE DA SILVA

AUTOR: ANTONIO FRANCISCO DA SILVA NETO

AUTOR: ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA

AUTOR: MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO

ADVOGADOS: EVELYN MELO SILVA - RJ165970

SAMARA MARIANA DE CASTRO - RJ206635

RÉU: MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO DE CAMPOS MACHADO - RJ046403

RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA - RJ145385
MARIO FABRIZIO COUTINHO POLINELLI - RJ172639
JÉSSYCA TEIXEIRA DE MORAES SILVA - RJ206825
JOÃO PEDRO DRUMMOND MARQUES LEITÃO - RJ206955
ALAN BALASSIANO SAPIR - RJ217787
NASTASSJA THAMI CHALUB AMERICO DOS REIS - RJ189147
IGNACIO AUGUSTO MACIEL MACHADO E OUTRO(S) - RJ229767

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de ação penal de iniciativa privada, cuja queixa-crime (fls. 03-20) foi oferecida por MARINETE DA SILVA, ANTÔNIO FRANCISCO DA SILVA NETO, ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA e MÔNICA TEREZA AZEREDO BENÍCIO – respectivamente, mãe, pai, irmã e companheira de MARIELLE FRANCISCO DA SILVA, assassinada em 14/03/2018 – em desfavor da Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os Querelantes acusaram a Querelada do cometimento do crime de calúnia contra a memória de pessoa morta (art. 138, § 2.º, do Código Penal) – por falsa imputação dos crimes do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2003 e arts. 299 e 350 do Código Eleitoral –, com a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal, uma vez que a referida postagem acabou “*viralizando na internet*” (fl. 15).

Consoante a queixa-crime, a Magistrada teria cometido o crime ao afirmar que a vereadora MARIELLE “*estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu ‘compromissos’ assumidos com seus apoiadores*” (fl. 06).

A queixa-crime foi parcialmente recebida por esta Corte Especial (fls. 303-322), dando a Querelada como incurso no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal, apenas por ter imputado à vítima falecida o crime do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013. Eis a ementa do acórdão:

QUEIXA-CRIME. ACUSAÇÃO CONTRA DESEMBARGADORA DO TJRJ. PRERROGATIVA DE FORO NO STJ. CRIME DE CALÚNIA CONTRA PESSOA MORTA. QUEIXA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1. É do Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar a queixa-crime em questão, que imputa o crime de calúnia a Desembargadora do TJRJ, pois, caso contrário, a Acusada teria de responder perante juiz de direito vinculado ao mesmo Tribunal, o que afrontaria a isenção e independência que norteiam a atividade jurisdicional. Precedentes: QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019.

2. Por se tratar de crime de calúnia contra pessoa morta (art. 138, § 2.º, do Código Penal), os Querelantes – mãe, pai, irmã e companheira em união estável da vítima falecida – são *partes legítimas* para ajuizar a ação penal privada, nos termos do art. 24, § 1.º, do Código de Processo Penal (“§ 1.º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”).

3. A *companheira*, em união estável reconhecida, goza do mesmo *status* de *cônjuge* para o processo penal, podendo figurar como legítima representante da falecida. Vale ressaltar que a interpretação extensiva da norma processual penal tem autorização expressa no art. 3.º do CPP (“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”).

4. Ademais, “o STF já reconheceu a inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva [...]”. (RE 646721, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

5. A despeito do cabimento, em tese, da *proposta de suspensão* condicional do processo, esta teria de ser ofertada concomitantemente com o ajuizamento da queixa-crime, conforme previsão da norma de regência (“ao oferecer a denúncia [ou queixa], poderá propor a suspensão do processo”). E, no caso, não houve

tal proposta pelos Querelantes. Outrossim, a Querelada não se manifestou na primeira oportunidade (na resposta à acusação) sobre seu eventual interesse na proposta. Como se vê, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo incumbiria exclusivamente aos Querelantes, sendo que a recusa infundada deveria ser alegada na primeira oportunidade que a Defesa tivesse para se pronunciar nos autos, sob pena de *preclusão*.

6. Se não bastasse, nesse interregno entre o oferecimento da queixa-crime e esta sessão de julgamento para análise do recebimento da acusação, sobreveio o recebimento de outra queixa-crime nos autos da APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019, pelo crime de injúria. Portanto, por estar respondendo a outra ação penal, a Querelada não preenche um dos requisitos objetivos do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, qual seja, o benefício pode ser oferecido *“desde que o acusado não esteja sendo processado [...] por outro crime”*.

7. *“5. Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória. Precedente. 6. A falta de inclusão de autor de comentário autônomo na queixa-crime não configura, pois, renúncia tácita ao direito de queixa”* (APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019).

8. É sabido que ao procedimento especial da Lei n.º 8.038/90 é aplicável, *subsidiariamente*, as regras do procedimento ordinário (§ 5.º do art. 394 do CPP). Contudo, não se verifica nem a hipótese de *rejeição liminar* da queixa (art. 395 do CPP) nem a de *absolvição sumária* (art. 397 do CPP).

9. É certo que *“O dolo específico (animus calumniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia”* (Apn 473/DF, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 08/09/2008).

10. No entanto, *“a inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência*

da acusação” (Inq 2036/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 22/10/2004).

11. A conduta da Querelada de divulgar mensagem em rede social, imputando à vítima falecida o crime do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 (*“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”*), configura, em tese, o crime de calúnia.

12. Queixa-crime parcialmente recebida em desfavor da Querelada, como incurso no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal, apenas por ter imputado à vítima falecida o crime do art. 2.º, da Lei n.º 12.850/2013.

A querelada, devidamente citada, apresentou defesa prévia, argumentando que a *“defendente jamais teve a intenção de ofender a honra da Srta. Marielle Franco, e, na verdade, foi vítima de uma enorme campanha de boatos, hoje comumente denominados ‘fake news’. Conforme será demonstrado no curso da instrução criminal, não foram poucas as pessoas enganadas pela campanha orquestrada contra a falecida vereadora”* (fl. 336).

Foram colhidas as declarações dos ofendidos (fls. 401-402 e fls. 986-1042) e das testemunhas arroladas pela Acusação e pela Defesa (fls. 600-633) e, ao final, realizado o interrogatório da Querelada (fls. 634-645).

Encerrada a instrução, proferi o despacho de fl. 1044, intimando as partes, Querelantes e Querelada, *“para requererem o que entendessem de direito, no prazo de cinco dias, nos termos do disposto no art. 10 da Lei n.º 8.038, de 1990.”*

A Querelada requereu, às fls. 1049-1053, a oitiva de Alberto Fraga como testemunha referida, com fulcro no art. 10 da Lei n.º 8.038/1990, c.c. art. 209, § 1.º, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a Querelante ANIELLE o havia mencionado em seu depoimento como também responsável por uma postagem envolvendo a Vereadora Marielle Franco.

Os Querelantes, em sua manifestação, às fls. 1054-1056, não requereram diligências e manifestaram-se contrariamente ao pleito de oitiva de testemunha referida, alegando que o pedido teria caráter meramente protelatório, uma vez que nada esclareceria sobre os supostos atos praticados.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da oitiva requerida pela Querelada (fls. 1059-1063).

Proferi a decisão de fls. 1065-1068, indeferindo o pleito.

Inconformada, a Querelada interpôs agravo regimental (fls. 1073-1091). No entanto, apresentou pedido de desistência desse recurso (fl. 1204).

Os Querelantes apresentaram alegações finais (fls. 1176-1185).

A Querelada apresentou alegações finais (fls. 1207-1272).

O Ministério Público Federal pugnou pela condenação da Querelada (fls. 1282-1299).

Contudo, a Querelada voltou a peticionar (fls. 1302-1312), afirmando que:

Como mais uma demonstração de sua total ausência de dolo em macular a imagem da vereadora Marielle Franco e, também, visando restaurar a verdade sobre a infeliz publicação efetuada em 16 de março de 2018, a requerente, na data de hoje, divulgou na rede social "Facebook", com visualização aberta, nova e cabal retratação da mensagem objeto do presente feito.

Ato contínuo, proferi despacho (fl. 1337), abrindo vista para manifestação, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias, dos Querelantes e do Ministério Público Federal.

Os Querelantes apresentaram resposta (fls. 1357/1364), afirmando que inexistia a retratação cabal exigida pelo Código Penal.

Sustentam que a Querelada, em manifestações anteriores, dizia que não possuía os canais de comunicação para se dirigir à família de MARIELLE FRANCO, mas até mesmo o Papa Francisco conseguiu contatar a genitora da falecida vereadora.

Ressaltam que a Querelada esteve na presença dos Querelantes MARINETE DA SILVA e ANTÔNIO FRANCISCO DA SILVA NETO durante a oitiva realizada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no dia 17 de dezembro de 2019, mas não se retratou.

Ponderam que a retratação da Querelada ocorreu somente no dia 29 de setembro de 2020, ou seja, 2 anos e 6 meses após a prática do crime de calúnia do qual é acusada, como único meio de se livrar da condenação.

Afirmam que a carta enviada aos familiares foi escrita e assinada pelo advogado da Querelada, encaminhada pelos correios com uma cópia da publicação feita no *Facebook*, sem qualquer pedido de desculpas.

Alegam que a Querelada nunca entrou em contato, tampouco indagou se desejavam que a retratação fosse publicada nos mesmos meios em que se praticou a ofensa, consoante exige o art. 143 do Código Penal.

Por fim, os Querelantes sustentam a inconstitucionalidade do art. 143 do Código Penal, e, sem reconhecerem a retratação apresentada pela Querelada, pleiteiam a procedência da ação, com a condenação da Desembargadora pela prática do art. 138, § 2º, c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal.

O Ministério Público Federal, por sua vez, opinou pela decretação da extinção da punibilidade da Querelada, nos termos do art. 107, inciso VI, do Código Penal. Ressaltou o *Parquet* Federal em sua manifestação que (fls. 1371-1379):

[...] essa nova declaração da Querelada MARÍLIA CASTRO NEVES foi realizada de forma cabal e publicada na mesma plataforma que o comentário ofensivo, em seu perfil público, ou seja, no mesmo espaço em que foram feitas as imputações delitivas à vereadora falecida MARIELLE FRANCO.

Embora os Querelantes não reconheçam a retratação da Querelada, esta foi realizada atendendo todos os requisitos previstos no art. 143 do CP.

Dessa forma, diante da retratação ser considerada ato unilateral e independe da aceitação dos ofendidos [Segundo Cleber Masson, a retratação é ato unilateral, prescindindo da aceitação da vítima – MASSON, Cleber. Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 239] e ter sido realizada antes da sentença, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, inc. VI, do Código Penal.

É o relatório.

Encaminhem-se os autos à douta revisão e oportuna inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Senhor Presidente, Senhoras e Senhores Ministros, o delito imputado à Querelada é o de *calúnia* (“art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa. [...] § 2.º É punível a calúnia contra os mortos”), com a causa de aumento referente ao veículo de divulgação (“art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de 1/3 (um terço), se qualquer dos crimes é cometido: [...]. III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria”).

No caso em tela, após o homicídio da vereadora MARIELLE FRANCO, ocorrido em 04/03/2018, a Querelada postou no seu perfil do *Facebook* comentários sobre o fato, de onde se extrai o seguinte excerto (sem grifos no original):

A questão é que a tal Marielle não era apenas uma “lutadora”; ela estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu “compromissos” assumidos com seus apoiadores. Ela, mais do que qualquer outra pessoa “longe da favela” sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre as quais ela transacionava. Até nós sabemos disso. A verdade é que jamais saberemos ao certo

o que determinou a morte da vereadora, mas temos certeza de que seu comportamento, ditado pelo seu engajamento político, foi determinante para seu trágico fim. (fl. 7)

Sustentam os Querelantes que *"não há dúvida, portanto, de que, por meio de seu comentário na rede social Facebook, a Querelada afirmou falsamente que MARIELLE FRANCO promovia organização criminosa – fato definido como crime – praticando, repita-se, o delito de calúnia."* Também indicaram a falsa imputação dos delitos dos arts. 299 e 350 do Código Eleitoral, inferidas a partir da mesma postagem da Desembargadora acusada.

Em 07/08/2020, a queixa-crime foi parcialmente recebida por esta Corte Especial (fls. 303-322), dando a Querelada como incurso no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal, apenas por ter imputado à vítima falecida o crime do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 (*"Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa"*).

Depois de concluída a instrução, no entanto, a Querelada, em 29/09/2020, voltou a peticionar (fls. 1302-1312), afirmando que *"[c]omo mais uma demonstração de sua total ausência de dolo em macular a imagem da vereadora Marielle Franco e, também, visando restaurar a verdade sobre a infeliz publicação efetuada em 16 de março de 2018, a requerente, na data de hoje, divulgou na rede social "Facebook", com visualização aberta, nova e cabal retratação da mensagem objeto do presente feito."*

Ponderou que as objeções levantadas pelos Querelantes e pelo Ministério Público Federal acerca da retratação anteriormente apresentada não mais subsistem, porquanto superadas, diante da nova retratação postada no Facebook, com visualização aberta, sendo que *"cópias foram enviadas à família, como forma de pedido de desculpas."*

Pediu, assim, *"o reconhecimento da plena eficácia da retratação da requerente, com a consequente extinção de sua punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do Código Penal."*

Eis o teor da publicação feita no perfil aberto da Querelada no Facebook, o mesmo meio de comunicação onde praticou a ofensa:

Por meio da presente, venho reiterar minha retratação pela mensagem publicada na rede social "Facebook" no dia 16 de março de 2018, dois dias após o assassinato da vereadora Marielle Franco. Naquela mensagem publicada durante debate político, no afã de rebater insinuações de um colega aposentado sobre o que havia ocorrido, expressei opinião de forma equivocada, fruto de engano causado por notícias falsas que haviam se espalhado na internet e estavam sendo compartilhadas por várias pessoas de meu círculo social, inclusive uma amiga advogada.

Ao contrário do que os falsos boatos alegavam, a vereadora Marielle Franco não possuía vínculo com o Comando Vermelho, tampouco há provas do envolvimento da referida facção na sua morte.

Assim, por ter publicado aquela mensagem expressando opinião equivocada, baseada em informações falsas, peço outra vez sinceras desculpas à memória da vereadora Marielle Franco e aos seus familiares: sua mãe, Marinete da Silva; seu pai, Antônio Francisco da Silva Neto; sua irmã, Anielle Silva dos Reis Barboza; e sua companheira, Mônica Tereza Azeredo Benício.

Desta forma, retrato-me uma vez mais do conteúdo da mensagem publicada no Facebook dia 16 de março de 2018, retirando novamente tudo o que havia ali afirmado. Lamento por todo o episódio. (fl. 1309)

Os Querelantes, entretanto, não consideraram ter havido retratação cabal, ressaltando que se trata de ato bilateral. Aludiram à ausência de pedido de desculpas dirigido diretamente aos familiares de Marielle, tendo sido a referida carta assinada pelo Advogado da Querelada, acompanhada de cópia da postagem. Alegam, ainda, a ausência de contemporaneidade da retratação. Pugnam também pela inconstitucionalidade do art. 143 do Código Penal. E, ao final, requerem a procedência da ação, “com a consequente condenação da Querelada nas sanções do artigo 138, § 2º, combinado com o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal, porque está comprovada a autoria, materialidade e o dolo específico da calúnia praticada pela Querelada, medida que, certamente, servirá para restaurar a honra e reputação de MARIELLE FRANCO” (fl. 1364).

Pois bem.

A despeito do descontentamento dos Querelantes quanto ao momento e a forma em que se deu a retratação apresentada pela Querelada – e, a propósito, do ponto de vista estritamente pessoal, entendo as razões de recusá-la –, ao meu sentir, foi feita dentro do limite temporal e em conformidade com as diretrizes do Código Penal, que dispõe:

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. (Incluído pela Lei n.º 13.188/2015)

Cumpre anotar que, ao contrário do sustentado pelas aguerridas Advogadas dos Querelantes, a retratação, admitida nos crimes de calúnia e difamação, não é ato bilateral, ou seja, não pressupõe aceitação da Parte ofendida para surtir seus efeitos

na seara penal, porque a lei não exige isso. O Código, quando quis condicionar o ato extintivo da punibilidade à aceitação da outra Parte, o fez de forma expressa, como no caso do perdão ofertado pelo Querelante depois de instaurada a ação privada. Confira-se:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

[...]

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite.

Como é sabido e consabido, não há como se fazer analogia *in malam partem*, contra o réu, para lhe impor condição para causa extintiva da punibilidade que a Lei Penal não erigiu.

Na verdade, basta que ela seja cabal. Vale dizer: deve ser clara, completa, definitiva e irrestrita, sem remanescer nenhuma dúvida ou ambiguidade quanto ao seu alcance, que é justamente o de desdizer as palavras ofensivas à honra, retratando-se o ofensor do malfeito. E isso, como se viu, foi feito.

A propósito, preleciona Damásio E. de Jesus (Direito Penal, 2º Volume, Parte Geral – 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998; p. 230-231), *in verbis*:

Retratar-se significa desdizer-se, retirar o que foi dito, confessar que errou. Em regra, a retratação do sujeito não tem relevância jurídica, funcionando somente como circunstância judicial na aplicação da pena (CP, art. 59, caput). Excepcionalmente, o estatuto penal lhe empresta força extintiva da punibilidade. Nos termos do art. 107, inciso VI, extingue-se a punibilidade pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite. Um deles está previsto no art. 143 do CP: “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente, da calúnia ou difamação, fica isento de pena.

A retratação só é cabível na calúnia e na difamação, sendo inadmissível na injúria. Qual o motivo? Ocorre que a calúnia e a difamação incidem sobre a imputação de fato atribuído pelo ofensor ao ofendido, conduta definida como crime (calúnia) ou ofensiva à sua reputação (difamação). Assim, importa à vítima que o ofensor se retrate, negando que ela praticou o fato imputado. Na injúria, porém, não há imputação de fato, mas atribuição ao ofendido de qualidade negativa, ofensiva à sua honra subjetiva. Em face disso, a retratação do ofensor, retirando a qualidade negativa atribuída à vítima, não importa à esta, mas, ao contrário, pode macular ainda mais a sua dignidade ou decoro. [...]

A expressão “antes da sentença” empregada no dispositivo significa “antes do juiz proferir a sentença”, não se tratando de decisão irrecurável, admitindo-se a retratação até o momento anterior à sua publicação em mãos do escrivão. É preciso que seja cabal, i. e., total, abrangendo tudo o que foi dito pelo ofensor. (Grifo nosso)

Nesse sentido, tem decidido este Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca (REsp 320.958/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 343).

A teor do art. 143 do Código Penal, para que se conheça a causa extintiva da punibilidade, pela retratação, o agente deve voltar atrás, de forma cabal e completa, naquilo que afirmou, reconhecer que se equivocou e retificar o alegado, não bastando o simples pedido de desculpas (REsp 1374213/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES – Desembargador convocado do TJPR, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 19/08/2013).

No mais, em se tratando de ofensa irrogada por meios de comunicação – como no caso, que foi por postagem em rede social na *internet* –, o parágrafo único do art. 143 do Código Penal dispõe que *“a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa”*.

A norma penal, ao abrir ao ofendido a possibilidade de exigir que a retratação seja feita pelo mesmo meio em que se praticou a ofensa, não transmudou a natureza do ato, que é essencialmente unilateral. Apenas permitiu que o ofendido exerça uma faculdade.

Portanto, se o ofensor, desde logo, mesmo sem consultar o ofendido, já se utiliza do mesmo veículo de comunicação para apresentar a retratação, não se me afigura razoável desmerecê-la, porque o ato já atingiu sua finalidade legal.

Em outras palavras: se tivessem sido consultados, os Querelantes, *se assim desejassem*, poderiam ter exigido da Querelada que a retratação fosse feita na mesma plataforma em que a ofensa foi publicada. Caso contrário, se tivessem dispensado tal forma, bastaria a retratação pura e simples, por outros meios, para que surtisse seus efeitos legais. Ou seja, não há possibilidade de recusa da retratação.

Portanto, nos termos do art. 143 do Código Penal, se, *“antes da sentença,” a Querelada se retratou “cabalmente da calúnia”, “pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa,”* estão atendidos os requisitos legais.

Insisto: é absolutamente compreensível a insatisfação dos familiares que, após perder um ente querido, ainda precisaram lidar, logo em seguida, com ofensas públicas à memória da filha, irmã e companheira brutalmente assassinada. Não bastasse, depois de buscar perante o Poder Judiciário a punição da ofensora – uma autoridade pública estadual, uma Desembargadora do Tribunal de Justiça, de quem menos se espera esse tipo de comportamento –, ainda verem a retratação ser oferecida somente depois de encerrada a instrução do processo, às vésperas do julgamento. Respeito profundamente o sentimento de frustração dessa família. Melhor teria sido, ao que parece, se a Ré tivesse sido mais diligente e, preocupada com a dor da família de Marielle, tivesse se retratado antes, de forma mais imediata. É verdade que, ainda no início do processo, a Querelada até tentou retratar-se, mas sem atender aos requisitos legais, tanto que os Querelantes e o Ministério Público foram enfáticos ao indicarem a precariedade da tentativa de retratação.

No entanto, como consignado alhures, a Lei Penal Brasileira admite a retratação no tempo e no modo que ela foi feita desta vez.

Por fim, não se cogita de inconstitucionalidade do art. 143 do Código Penal, por instituir *causa extintiva de punibilidade* de agente que comete o crime de calúnia ou difamação. Há outras tantas espalhadas no Código Penal, que, como essa, se apresenta como uma *escolha do Legislador*, sem nenhuma mácula aos princípios e normas constitucionais, muito embora, com razão, se possa questionar a *real* efetividade da reparação do malfeito advinda com a retratação.

Contudo, como outros institutos vigentes na Lei Penal Brasileira, trata-se de mera ficção jurídica, criada pelo Legislador, como “política criminal” para mitigar a repressão do Estado em certas e determinadas situações, sendo vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se nessas escolhas, cuja legitimidade a Constituição da República atribuiu ao Poder Legislativo, ressalvadas, é claro, hipóteses de flagrante ofensa à Lei Maior, o que, como visto, não é o caso.

Colhe-se, sobre o tema, importantes considerações lançadas pelos Professores Eugêncio Pacelli e André Callegari (Manual de Direito Penal, Parte Geral – 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019; p. 651), *in verbis*:

O Direito Penal, em diferentes níveis e por distintas considerações, admite a relevância de determinados comportamentos do agente, posteriormente ao delito praticado. É o que ocorre em relação à desistência voluntária, ao arrependimento eficaz (art. 15, CP) e ao arrependimento posterior (art. 16, CP), para os quais será cabível a redução da pena, no segundo caso, e limitação da punição aos atos até então realizados, na primeira hipótese.

No que tange, porém, à retratação do agente, entendeu por bem o legislador por excluir a punibilidade do fato, nas condições em que estipulado junto à norma incriminadora.

Retrata-se aquele que volta atrás em sua manifestação, isto é, que após afirmar algo, desdiz a veracidade do respectivo conteúdo, como a reconhecer a falsidade da afirmação.

[...]

Em todas essas hipóteses, a retratação tempestiva (antes da sentença, no processo pelos crimes do art. 138 e art. 139, CP, e antes da sentença no processo em que praticado o delito do art. 342, CP), é considerada suficiente para retirar a necessidade da pena, diante de sua eficácia, pelo afastamento completo de suas consequências, no caso do delito previsto no art. 342, § 2º, CP (falso testemunho ou falsa perícia), e pela suposta recuperação dos danos produzidos pela falsidade da calúnia ou pelo teor difamatório da imputação feita pelo agente (art. 143, CP).

Dizemos suposta recuperação dos danos porque, à evidência, jamais se poderá aferir concretamente os efeitos de semelhante consequência simplesmente pelo fato da retratação. A possibilidade de o desdizer-se ou do afirmar-se mendaz (mentiroso) retirar os danos causados pela afirmação indevida e ilícita, na verdade, é até pouco provável. Em um mundo de tamanho volume de informações e de incontrolável velocidade na propagação delas a um público cada vez maior (vide, por exemplo, as redes sociais), parece-nos muito difícil – quando não impossível! – atestarem-se os efeitos da retratação.

Por outro lado, há que se assentar que o que ocorre na hipótese é a extinção da punibilidade apenas no âmbito do Direito Penal. A reparação civil – aliás, muito mais eficaz que a resposta penal – permanecerá inteiramente aberta ao ofendido, independentemente da retratação feita no juízo criminal.

[...]

Por fim, se não estamos convencidos da eficácia do ato de retratação, no que diz respeito à reparação do dano (para fins penais) causado pela calúnia ou pela difamação, com a ressalva do falso testemunho e da falsa perícia, por outro lado não vemos razão alguma para se seguir criminalizando tais comportamentos (os crimes contra a honra), exceção feita, quando muito, nos casos em que a publicidade da propagação da ofensa for suficiente para gerar danos de extrema gravidade ao ofendido. Fora daí, a responsabilização civil pelos danos mostra-se mais eficaz na tutela da honra. (grifos nossos)

Obiter dictum, convém anotar que se, eventualmente, a resposta do Direito Penal não for considerada satisfatória para os ora Querelantes, subsiste o Direito Civil, como ressaltado pelos ilustres Professores Pacelli e Callegari, via muito mais eficaz para se buscar outra forma de reparação do dano causado.

Ante o exposto, diante da cabal retratação, apresentada em tempo, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE da Querelada, com base nos arts. 107, inciso VI, e 143 do Código Penal.

É o voto.

AÇÃO PENAL Nº 912 / RIO DE JANEIRO (2018/0242438-5)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

REVISOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

AUTOR: MARINETE DA SILVA

AUTOR: ANTONIO FRANCISCO DA SILVA NETO

AUTOR: ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA

AUTOR: MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO

ADVOGADOS: EVELYN MELO SILVA - RJ165970

SAMARA MARIANA DE CASTRO - RJ206635

RÉU: MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO DE CAMPOS MACHADO - RJ046403

RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA - RJ145385

MARIO FABRIZIO COUTINHO POLINELLI - RJ172639

JÉSSYCA TEIXEIRA DE MORAES SILVA - RJ206825

JOÃO PEDRO DRUMMOND MARQUES LEITÃO - RJ206955

ALAN BALASSIANO SAPIR - RJ217787

NASTASSJA THAMI CHALUB AMERICO DOS REIS - RJ189147

IGNACIO AUGUSTO MACIEL MACHADO E OUTRO(S) - RJ229767

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Revisor):

Senhor Presidente, ouvi com atenção as sustentações orais e li o parecer do Ministério Público.

Estou de pleno acordo com o voto da eminente Relatora e não tenho nenhum acréscimo útil ou necessário a fazer. Por isso a acompanho integralmente.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de ação penal privada movida por MARINETE DA SILVA, ANTÔNIO FRANCISCO DA SILVA NETO, ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA e MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO em desfavor de MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da qual atribui à referida autoridade a prática do crime de calúnia (art. 138 do Código Penal).

Nos termos da queixa-crime (fls. 3/19), após o homicídio da vereadora MARIELLE FRANCISCO DA SILVA, ocorrido em 14/03/2018, *fake news* a respeito do crime e da vítima passaram a ser produzidas, entre as quais está a publicação que a Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA fez em seu perfil na rede social *Facebook*, que relacionou a vereadora falecida a promoção de organização criminosa tipificada no art. 2º da Lei n.º 12.850/03.

O Superior Tribunal de Justiça recebeu parcialmente a queixa-crime em 7 de agosto de 2020, sendo a Querelada incurso no art. 138, § 2º, c/c o art. 141, inc. III, do Código Penal, em razão da imputação à vítima falecida MARIELLE FRANCO o crime previsto no art. 2º, da Lei n.º 12.850/2013 (fls. 303/322).

Os Querelantes e a Querelada apresentaram alegações finais, respectivamente às fls. 1.176/1.185 e fls. 1.207/1.228.

Após as alegações finais apresentadas pelos Querelantes e Querelada, o Ministério Público Federal postulou pela procedência desta ação penal, para condenar MARÍLIA DE CASTRO NEVES como incurso no art. 138, §2º, c/c art. 141, III, do Código Penal (fls. 1282/1299).

Não obstante, em 29 de setembro de 2020, MARÍLIA CASTRO NEVES VIEIRA (fls. 1302/1308) informou que divulgou na rede social *Facebook* com visualização aberta, nova e cabal retratação no endereço (fl. 1309), pleiteando a extinção da punibilidade em razão da incidência do art. 143 do Código Penal.

Os Querelantes se manifestaram no sentido da inexistência de retratação cabal exigida pelo Código Penal, pleitando a condenação da Querelada nas penas do art. 138, § 2º, c/c art. 141, III, ambos do Código Penal (fls. 1.357/1.364).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal se manifestou pela a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, inc. VI, do Código Penal (fls. 1.371/1.379).

É o breve relatório.

Com efeito, consta dos autos (fls. 1302/1308) que a Querelada efetivamente realizou retratação em sua rede social *Facebook* no dia 29 de setembro de 2020 com o seguinte teor:

Por meio da presente, venho reiterar minha retratação pela mensagem publicada na rede social “Facebook” no dia 16 de março

de 2018, dois dias após o assassinato da vereadora Marielle Franco. Naquela mensagem publicada durante debate político, no afã de rebater insinuações de um colega aposentado sobre o que havia ocorrido, expressei opinião de forma equivocada, fruto de engano causado por notícias falsas que haviam se espalhado na internet e estavam sendo compartilhadas por várias pessoas de meu círculo social, inclusive uma amiga advogada. Ao contrário do que os falsos boatos alegavam, a vereadora Marielle Franco não possuía vínculo com o Comando Vermelho, tampouco há provas do envolvimento da referida facção na sua morte. Assim, por ter publicado aquela mensagem expressando opinião equivocada, baseada em informações falsas, peço outra vez sinceras desculpas à memória da vereadora Marielle Franco e aos seus familiares: sua mãe, Marinete da Silva; seu pai, Antônio Francisco da Silva Neto; sua irmã, Anielle Silva dos Reis Barboza; e sua companheira, Monica Tereza Azeredo Benicio. Desta forma, retrato-me uma vez mais do conteúdo da mensagem publicada no Facebook dia 16 de março de 2018, retirando novamente tudo o que havia ali afirmado. Lamento por todo o episódio.

Dispõe o art. 143 e parágrafo único do Código Penal:

Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

(Incluído pela Lei nº 13.188, de 2015)

Em tal contexto, é possível afirmar que a Querelada cumpriu o referido artigo ao apresentar retratação inequívoca em relação ao crime de calúnia, pelo mesmo meio (rede social *Facebook*) que utilizou para praticou a ofensa, o que autoriza a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do Código Penal.

No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público Federal (fls. 1.378/1.379):

Com efeito, verifica-se que o art. 143 do Código Penal prevê uma causa de isenção de pena quando o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação.

O parágrafo único do referido dispositivo assevera que quando a calúnia ou a difamação for praticada utilizando-se dos meios de comunicação, a retratação, se desejar o ofendido, deve ser realizada pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

(...)

Verifica-se que essa nova declaração da Querelada MARÍLIA CASTRO NEVES foi realizada de forma cabal e publicada na mesma plataforma que o comentário ofensivo, em seu perfil público, ou seja, no mesmo espaço em que foram feitas as imputações delitivas à vereadora falecida MARIELLE FRANCO. Embora os Querelantes não reconheçam a retratação da Querelada, esta foi realizada atendendo todos os requisitos previstos no art. 143 do CP. Dessa forma, diante da retratação ser considerada ato unilateral e independer da aceitação dos ofendidos e ter sido realizada antes da sentença, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, inc. VI, do Código Penal.

Sobre o tema, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 138 DO CÓDIGO PENAL - CP. CALÚNIA. ART. 139 DO CP. DIFAMAÇÃO. ART. 140 DO CP. INJÚRIA. ART. 141, II, DO CP. CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. 1) PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 141, II, DO CP. DELITO COMETIDO CONTRA MAGISTRADO EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CABIMENTO. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO CONFORME SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 143 DO CP. RETRATAÇÃO. CABÍVEL APENAS EM AÇÃO PENAL PRIVADA. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. 5) APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CP, INCLUÍDO PELA LEI N. 13964/2019. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 6) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. A causa de aumento do art. 141, II, do CP, se aplica para o delito cometido contra funcionário público em razão do exercício de suas funções, sendo que o afastamento da sua incidência constatada pelo Tribunal de origem esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ.

3. A isenção de pena para os delitos de calúnia e de difamação prevista no art. 143 do CP em razão de retratação antes da sentença se aplica para querelado (ação penal privada), não alcançando delitos contra

a honra processados mediante requisição ou representação do ofendido (art. 145, parágrafo único, do CP).

(...)

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. OFENSA VEICULADA NA INTERNET. EXIGÊNCIA DE PUBLICIDADE DA RETRATAÇÃO, QUE DEVE SER CABAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. *Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca.*

2. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado na internet, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 320.958/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 343)

Ante o exposto, acompanho o voto da eminente Relatora Ministra Laurita Vaz, voto no sentido da extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, VI, do Código Penal.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2018/0242438-5

PROCESSO ELETRÔNICO

APn 912 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

PAUTA: 11/02/2021

JULGADO: 03/03/2021

Relatora

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Revisor

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministros Impedidos

Exmo. Srs. Ministros:

HERMAN BENJAMIN

BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

AUTOR: MARINETE DA SILVA

AUTOR: ANTONIO FRANCISCO DA SILVA NETO

AUTOR: ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA

AUTOR: MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO

ADVOGADOS: EVELYN MELO SILVA - RJ165970

SAMARA MARIANA DE CASTRO - RJ206635

RÉU: MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO DE CAMPOS MACHADO - RJ046403

RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA - RJ145385

MARIO FABRIZIO COUTINHO POLINELLI - RJ172639

JÉSSYCA TEIXEIRA DE MORAES SILVA - RJ206825

JOÃO PEDRO DRUMMOND MARQUES LEITÃO - RJ206955

ALAN BALASSIANO SAPIR - RJ217787

NASTASSJA THAMI CHALUB AMERICO DOS REIS - RJ189147

IGNACIO AUGUSTO MACIEL MACHADO E OUTRO(S) - RJ229767

ASSUNTO: DIREITO PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente a Dra. Evelyn Melo Silva e a Dra. Samara Mariana de Castro, pelos querelantes e o Dr. Carlos Eduardo De Campos Machado, pela querelada.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, declarou extinta a punibilidade da Querelada, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Francisco Falcão e Nancy Andrighi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedidos os Srs. Ministros Herman Benjamin e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 902.854 / RIO DE JANEIRO (2016/0096936-5)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

ADVOGADOS: SERGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI E OUTRO(S) - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: RODOVIARIA A MATIAS LTDA

INTERES.: VIAÇÃO ACARI S/A

INTERES.: EMPRESA DE VIAÇÃO ALGARVE LTDA

INTERES.: AUTO VIAÇÃO ALPHA S/A

INTERES.: TRANSPORTES AMÉRICA LTDA

INTERES.: TRANSPORTES AMIGOS UNIDOS S/A

INTERES.: VIAÇÃO ANDORINHA LTDA

INTERES.: AUTO DIESEL LTDA

INTERES.: TRANSPORTES BARRA LTDA

INTERES.: EMPRESA DE TRANSPORTES BRASO LISBOA LTDA

INTERES.: BREDAS RIO TRANSPORTES LTDA

INTERES.: TRANSPORTES CAMPO GRANDE LTDA

INTERES.: ERIG TRANSPORTE LTDA

INTERES.: TEL TRANSPORTES ESTRELA SOCIEDADE ANÔNIMA

INTERES.: TRANSPORTE ESTRELA AZUL S/A

INTERES.: TRANSPORTES FUTURO LTDA

INTERES.: EMPRESA VIAÇÃO IDEAL S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO JABOUR LTDA

INTERES.: LITORAL RIO TRANSPORTES LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A
INTERES.: VIAÇÃO MADUREIRA CANDELÁRIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NORMANDY DO TRIÂNGULO LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOVACAP S/A
INTERES.: TRANSPORTES ORIENTAL S/A
INTERES.: TRANSPORTES PARANAPUAN S/A
INTERES.: VIAÇÃO PAVUNENSE S/A
INTERES.: EXPRESSO PEGASO EIRELI
INTERES.: VIAÇÃO PENHA RIO LTDA
INTERES.: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA
INTERES.: VIAÇÃO REDENTOR LTDA
INTERES.: VIAÇÃO RUBANIL LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SAENS PENA S/A
INTERES.: TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SANTA SOFIA S/A
INTERES.: SANTA MARIA TURISMO LTDA
INTERES.: TRANSPORTES SÃO SILVESTRE S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO TIJUCA S/A
INTERES.: VIAÇÃO TOP RIO LTDA
INTERES.: TRANSURB S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO TRÊS AMIGOS S A
INTERES.: VIAÇÃO VERDUN S/A
INTERES.: TRANSPORTES VILA ISABEL S/A
INTERES.: VIAÇÃO VILA REAL S/A
ADVOGADO: FERNANDO MAGALHÃES MILMAN E OUTRO(S) - RJ022527

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE AFASTAR EXIGÊNCIAS IMPOSTAS AO TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL GRATUITO AOS IDOSOS, INCLUÍDAS POR LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AFASTAMENTO DA DESERÇÃO ANTERIORMENTE DECLARADA PELA PRESIDÊNCIA DO STJ, MERA IRREGULARIDADE NO PREENCHIMENTO DAS GUIAS DE PREPARO RECOLHIDAS INTEGRAL E TEMPESTIVAMENTE.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS A ATRAIR A SÚMULA 284/STF. A MATÉRIA ACERCA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL FOI DECIDIDA PELA CORTE LOCAL ANTE A INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, INSUSCETÍVEIS DE APRECIÇÃO EM SEDE DE APELO RARO. NO MÉRITO NÃO HOUE APRECIÇÃO SOBRE VIOLAÇÃO DO ART. 39 DO ESTATUTO DO IDOSO, APENAS SE AFASTOU A SISTEMÁTICA PREVISTA EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL PARA CADASTRAMENTO PRÉVIO DOS IDOSOS E CONTROLE DO USO GRATUITO DO TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. A MULTA DO ART. 538, PARÁG. ÚNICO DO CPC/1973 DEVE SER AFASTADA QUANDO SE VERIFICAR A UTILIZAÇÃO NÃO ABUSIVA DO RECURSO INTEGRADOR, COMO OCORRE NO CASO. MULTA AFASTADA. DEVE TAMBÉM SER AFASTADA, ANTE O PRINCÍPIO DA SIMETRIA, A CONDENAÇÃO DA PARTE VENCIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO SINDICATO RIO ÔNIBUS, APENAS PARA AFASTAR AS CONDENAÇÕES À MULTA PROCESSUAL E À VERBA HONORÁRIA. AGRAVO INTERNO DO MPRJ PREJUDICADO.

1. A pena de deserção aplicada com excesso de rigor e formalismo deve ser relevada, como no presente caso por se tratar de mera indicação equivocada do recurso a ser interposto na guia, que foi paga integral e tempestivamente.
2. Aplica-se a Súmula 284/STF à alegação de nulidade do acórdão local por violação do art. 535 do CPC/1973 que se apresenta genérica.
3. As matérias relacionadas à legitimidade de parte do recorrente foram apreciadas pela Corte local mediante a interpretação de dispositivos constitucionais, razão pela qual não podem ser objeto de apreciação pelo STJ, nesta seara recursal, sob pena de usurpação da competência do colendo STF.
4. No mérito, houve o afastamento de legislação municipal face às disposições constitucionais e da legislação federal em relação ao direito dos idosos ao transporte público municipal gratuito, razão pela qual aplica-se, neste particular a Súmula 280/STF.
5. Os Aclaratórios aviados de maneira não abusiva, apesar de não se constatar no acórdão os vícios apontados não podem ensejar a multa do art. 538, parág. único do CPC/1973. Penalidade afastada.

6. A jurisprudência do STJ se consolidou pela impossibilidade de condenação do vencido à verba honorária em ACP ajuizada pelo MP, ante o princípio da simetria. Precedente recente da Corte Especial: EAREsp. 962.250/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 21.8.2018.

7. Agravo conhecido para conhecer em parte, e na parte conhecida, dar provimento ao recurso especial do sindicato rio ônibus, apenas para afastar as condenações à multa processual e à verba honorária. Agravo Interno do MPRJ prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Agravo para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, apenas para afastar as condenações à multa processual e à verba honorária, julgando prejudicado o Agravo Interno do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. ANDRÉ SILVEIRA, pela parte AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

Brasília/DF, 19 de maio de 2020 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 902.854 / RIO DE JANEIRO (2016/0096936-5)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

ADVOGADOS: SERGIO BERNUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI E OUTRO(S) - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: RODOVIÁRIA A MATIAS LTDA

INTERES.: VIAÇÃO ACARI S/A
INTERES.: EMPRESA DE VIAÇÃO ALGARVE LTDA
INTERES.: AUTO VIAÇÃO ALPHA S A
INTERES.: TRANSPORTES AMÉRICA LTDA
INTERES.: TRANSPORTES AMIGOS UNIDOS S/A
INTERES.: VIAÇÃO ANDORINHA LTDA
INTERES.: AUTO DIESEL LTDA
INTERES.: TRANSPORTES BARRA LTDA
INTERES.: EMPRESA DE TRANSPORTES BRASO LISBOA LTDA
INTERES.: BREA RIO TRANSPORTES LTDA
INTERES.: TRANSPORTES CAMPO GRANDE LTDA
INTERES.: ERIG TRANSPORTE LTDA
INTERES.: TEL TRANSPORTES ESTRELA SOCIEDADE ANÔNIMA
INTERES.: TRANSPORTE ESTRELA AZUL S/A
INTERES.: TRANSPORTES FUTURO LTDA
INTERES.: EMPRESA VIAÇÃO IDEAL S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO JABOUR LTDA
INTERES.: LITORAL RIO TRANSPORTES LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A
INTERES.: VIAÇÃO MADUREIRA CANDELÁRIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NORMANDY DO TRIÂNGULO LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOVACAP S/A
INTERES.: TRANSPORTES ORIENTAL S/A
INTERES.: TRANSPORTES PARANAPUAN S A
INTERES.: VIAÇÃO PAVUNENSE S/A
INTERES.: EXPRESSO PEGASO EIRELI
INTERES.: VIAÇÃO PENHA RIO LTDA
INTERES.: REAL AUTO ONIBUS LTDA
INTERES.: VIAÇÃO REDENTOR LTDA
INTERES.: VIAÇÃO RUBANIL LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SAENS PENA S/A
INTERES.: TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SANTA SOFIA S/A
INTERES.: SANTA MARIA TURISMO LTDA

INTERES.: TRANSPORTES SÃO SILVESTRE S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO TIJUCA S/A

INTERES.: VIAÇÃO TOP RIO LTDA

INTERES.: TRANSURB S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO TRÊS AMIGOS S/A

INTERES.: VIAÇÃO VERDUN S/A

INTERES.: TRANSPORTES VILA ISABEL S/A

INTERES.: VIAÇÃO VILA REAL S/A

ADVOGADO: FERNANDO MAGALHÃES MILMAN E OUTRO(S) - RJ022527

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo em Recurso Especial interposto pelo SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO-RIO ÔNIBUS, contra decisão que negou tramitação ao seu anterior Apelo Raro, que estava a desafiar acórdão prolatado pelo egrégio TJRJ, assim ementado:

Ação Civil Pública - Pretensão de excluir limitações impostas pelas empresas concessionárias de transporte coletivo ao acesso dos idosos aos ônibus e micro-ônibus. Empresas que condicionam o acesso gratuito dos idosos à utilização do cartão RioCard.

Preliminar de perda do objeto que se rejeita, vez que esta só ocorre quando a prestação jurisdicional reivindicada deixa de ser útil, o que não ocorreu na hipótese.

A Concorrência nº 10/2010, promovida pelo Município do Rio de Janeiro, apenas alterou a forma de organização da prestação do serviço público de transporte de passageiros no Município.

Na dicção do artigo 42, caput e parágrafo 3º do Código de Processo Civil, a Sentença proferida entre as partes originárias estende seus efeitos ao adquirente do direito litigioso, quando este for transferido, não restando alterada a legitimidade das partes.

E o Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS, que, pelo que se depreende do seu sítio eletrônico, representa os Consórcios: “O Rio Ônibus é o sindicato que representa os quatro consórcios, que somam as 43 empresas que operam no sistema de transporte coletivo na cidade do Rio de Janeiro”.

Portanto o Sindicato continua como representante processual de todas as empresas que prestam este serviço (antigas permissionárias,

cujos serviços são atualmente prestados sob regime de concessão outorgado aos Consórcios), por força do que dispõe o artigo 8º, inciso III da Constituição Federal, o que afasta a alegada ilegitimidade passiva e, por consequência, o pleito de perda de objeto.

Afastada também a alegação de que a Sentença é extra petita, pois a mesma observou os limites objetivos do pedido, não havendo qualquer violação ao princípio da correlação ou congruência.

Benefício assegurado no artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal e na Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). - Norma constitucional e Estatuto do Idoso que se sobrepõem à legislação municipal.

Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4, que julgou improcedente o pedido, considerando constitucional o artigo 39 do Estatuto do Idoso.

O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Representação nº 41/2006, declarou a inconstitucionalidade do artigo 12 da Lei Municipal 3.167/2000, em que se baseia a defesa, que determinava o uso obrigatório do RIOCARD para que os idosos gozassem do direito de gratuidade.

Exceção ao direito de gratuidade dos idosos sobre os denominados serviços regulares especiais e seletivos, que estão definidos no Decreto nº 3.893/81, no artigo 12, item 14 (“Linha Especial”) e também na Orientação Normativa nº 4 da Secretaria de Recursos Humanos, vinculada ao Ministério do Planejamento, pois são os serviços que possuem tarifa diferenciada e oferecem maior nível de conforto e transportam passageiros exclusivamente sentados.

Dever fiscalizatório do ente municipal, na qualidade de poder concedente, nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.987/95 – Reforma da Sentença – Provimento parcial da primeira Apelação, desprovimento da segunda e provimento ao terceiro recurso (fls. 3.188/3.190).

2. Nas razões do Recurso Especial, alegou-se a violação dos arts. 39 da Lei 10.741/2003; 20, §§ 3º. e 4º., 42, 472, 535 e 538, pará. único do CPC/1973. Aponta ainda que o acórdão recorrido ofende o entendimento firmado neste STJ por ocasião do julgamento da SLS 1070/RJ.

3. Contrarrazões às fls. 3.421/3.439.

4. O Apelo foi inadmitido às fls. 3.456/3.467, ante: (a) a não caracterização de nulidade do acórdão por ofensa ao art. 535 do CPC/1973; (b) no mérito, a incidência da

Súmula 280/STF, porquanto a causa foi apreciada mediante a interpretação de norma local, e; (c) a reforma pretendida pela parte recorrente demanda o reexame fático probatório, vedado pela Súmula 7/STJ, em especial, quanto aos honorários advocatícios.

5. Em seu Agravo, a parte recorrente defende estarem presentes os requisitos de admissibilidade do Apelo Raro, reiterando os pedidos anteriormente realizados. Contraminuta às fls. 3.997/4.005.

6. No STJ, a Presidência proferiu decisão não conhecendo do AREsp. por irregularidade no preenchimento das guias de preparo. Decisão que foi objeto de Recurso Interno.

7. Distribuídos os autos a este Relator, proferi decisão afastando a deserção (fls. 4.082/4.092) e para proporcionar a oportuna análise do AREsp. Houve oposição de Agravo Interno do MPRJ (fls. 4.098/4.105).

8. É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 902.854 / RIO DE JANEIRO (2016/0096936-5)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

ADVOGADOS: SERGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI E OUTRO(S) - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: RODOVIARIA A MATIAS LTDA

INTERES.: VIAÇÃO ACARI S/A

INTERES.: EMPRESA DE VIAÇÃO ALGARVE LTDA

INTERES.: AUTO VIAÇÃO ALPHA S/A

INTERES.: TRANSPORTES AMÉRICA LTDA

INTERES.: TRANSPORTES AMIGOS UNIDOS S/A

INTERES.: VIAÇÃO ANDORINHA LTDA

INTERES.: AUTO DIESEL LTDA

INTERES.: TRANSPORTES BARRA LTDA

INTERES.: EMPRESA DE TRANSPORTES BRASO LISBOA LTDA

INTERES.: BREDIA RIO TRANSPORTES LTDA

INTERES.: TRANSPORTES CAMPO GRANDE LTDA
INTERES.: ERIG TRANSPORTE LTDA
INTERES.: TEL TRANSPORTES ESTRELA SOCIEDADE ANÔNIMA
INTERES.: TRANSPORTE ESTRELA AZUL S/A
INTERES.: TRANSPORTES FUTURO LTDA
INTERES.: EMPRESA VIAÇÃO IDEAL S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO JABOUR LTDA
INTERES.: LITORAL RIO TRANSPORTES LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A
INTERES.: VIAÇÃO MADUREIRA CANDELÁRIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NORMANDY DO TRIÂNGULO LTDA
INTERES.: VIAÇÃO NOVACAP S/A
INTERES.: TRANSPORTES ORIENTAL S/A
INTERES.: TRANSPORTES PARANAPUAN S/A
INTERES.: VIAÇÃO PAVUNENSE S/A
INTERES.: EXPRESSO PEGASO EIRELI
INTERES.: VIAÇÃO PENHA RIO LTDA
INTERES.: REAL AUTO ÔNIBUS LTDA
INTERES.: VIAÇÃO REDENTOR LTDA
INTERES.: VIAÇÃO RUBANIL LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SAENS PENA S/A
INTERES.: TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA
INTERES.: VIAÇÃO SANTA SOFIA S/A
INTERES.: SANTA MARIA TURISMO LTDA
INTERES.: TRANSPORTES SÃO SILVESTRE S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO TIJUCA S/A
INTERES.: VIAÇÃO TOP RIO LTDA
INTERES.: TRANSURB S/A
INTERES.: AUTO VIAÇÃO TRÊS AMIGOS S/A
INTERES.: VIAÇÃO VERDUN S/A
INTERES.: TRANSPORTES VILA ISABEL S/A
INTERES.: VIAÇÃO VILA REAL S/A
ADVOGADO: FERNANDO MAGALHÃES MILMAN E OUTRO(S) - RJ022527

VOTO

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE AFASTAR EXIGÊNCIAS IMPOSTAS AO TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL GRATUITO AOS IDOSOS, INCLUÍDAS POR LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AFASTAMENTO DA DESERÇÃO ANTERIORMENTE DECLARADA PELA PRESIDÊNCIA DO STJ, MERA IRREGULARIDADE NO PREENCHIMENTO DAS GUIAS DE PREPARO RECOLHIDAS INTEGRAL E TEMPESTIVAMENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS A ATRAIR A SÚMULA 284/STF. A MATÉRIA ACERCA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL FOI DECIDIDA PELA CORTE LOCAL ANTE A INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, INSUSCETÍVEIS DE APRECIÇÃO EM SEDE DE APELO RARO. NO MÉRITO NÃO HOUVE APRECIÇÃO SOBRE VIOLAÇÃO DO ART. 39 DO ESTATUTO DO IDOSO, APENAS SE AFASTOU A SISTEMÁTICA PREVISTA EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL PARA CADASTRAMENTO PRÉVIO DOS IDOSOS E CONTROLE DO USO GRATUITO DO TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. A MULTA DO ART. 538, PARÁG. ÚNICO DO CPC/1973 DEVE SER AFASTADA QUANDO SE VERIFICAR A UTILIZAÇÃO NÃO ABUSIVA DO RECURSO INTEGRADOR, COMO OCORRE NO CASO. MULTA AFASTADA. DEVE TAMBÉM SER AFASTADA, ANTE O PRINCÍPIO DA SIMETRIA, A CONDENAÇÃO DA PARTE VENCIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO SINDICATO RIO ÔNIBUS, APENAS PARA AFASTAR AS CONDENAÇÕES À MULTA PROCESSUAL E À VERBA HONORÁRIA. AGRAVO INTERNO DO MPRJ PREJUDICADO.

- 1. A pena de deserção aplicada com excesso de rigor e formalismo deve ser relevada, como no presente caso por se tratar de mera indicação equivocada do recurso a ser interposto na guia, que foi paga integral e tempestivamente.*
- 2. Aplica-se a Súmula 284/STF à alegação de nulidade do acórdão local por violação do art. 535 do CPC/1973 que se apresenta genérica.*
- 3. As matérias relacionadas à legitimidade de parte do recorrente foram apreciadas pela Corte local mediante a interpretação de dispositivos constitucionais, razão pela qual não podem ser objeto de apreciação pelo STJ, nesta seara recursal, sob pena de usurpação da competência do colendo STF.*

4. No mérito, houve o afastamento de legislação municipal face às disposições constitucionais e da legislação federal em relação ao direito dos idosos ao transporte público municipal gratuito, razão pela qual aplica-se, neste particular a Súmula 280/STF.

5. Os Aclaratórios aviados de maneira não abusiva, apesar de não se constatar no acórdão os vícios apontados não podem ensejar a multa do art. 538, parág. único do CPC/1973. Penalidade afastada.

6. A jurisprudência do STJ se consolidou pela impossibilidade de condenação do vencido à verba honorária em ACP ajuizada pelo MP, ante o princípio da simetria. Precedente recente da Corte Especial: EAREsp. 962.250/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 21.8.2018.

7. Agravo conhecido para conhecer em parte, e na parte conhecida, dar provimento ao recurso especial do sindicato rio ônibus, apenas para afastar as condenações à multa processual e à verba honorária. Agravo Interno do MPRJ prejudicado.

1. De início, impende considerar que os trabalhos judiciais devem ser atentos aos princípios da eficiência e celeridade, tal qual disposto na EC 45, razão pela qual deixei de levar ao julgamento do Colegiado a matéria referente à deserção devolvida pelo Agravo Interno de fls. 4.098/4.105, para trazê-la, nesta oportunidade como tema preliminar, bem como já oportunizar a resolução total do Recurso, não gerando ainda, diversos acórdãos, num único processo. Prejudicado, portanto, está o Agravo Interno do MPRJ (fls. 4.098/4.105).

2. Desta maneira, verifica-se que a aplicação da deserção no presente caso, apenas por constar equivocadamente na guia de preparo, o tipo do recurso, a meu ver, com arrimo em forte entendimento jurisprudencial deste STJ, se apresente como excesso de rigor e apego ao formalismo.

3. Nem mesmo o MPRJ que se insurgiu internamente contra minha decisão que afastou a deserção, alegou que não houve a realização do preparo ou ainda que este foi insuficiente, mas apresentou insistência na tese de que, a mera irregularidade formal do pagamento, a despeito de ter sido realizado de maneira tempestiva e integral, impede o conhecimento do recurso, o que a meu ver deve ser afastado. Vejam-se os precedentes que dão amparo ao meu entendimento:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÉDULA DE CRÉDITO. VALIDADE DO AVAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. CUSTAS. RECOLHIMENTO. JUNTADA TARDIA. DESERÇÃO AFASTADA.

1. O tema atinente à validade do aval prestado na cédula de crédito é estranho ao julgado recorrido, incidindo quanto a ele os enunciados 282 e 356 da Súmula do STF, ausente o indispensável prequestionamento, do qual não estão isentas sequer as questões de ordem pública.

2. A juntada posterior de comprovantes de recolhimento do preparo tempestivamente feito não é capaz de ensejar a aplicação da pena de deserção. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento (AgRg no AgRg no AREsp. 750.703/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 26.4.2016).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. GRU. NÚMERO DE REFERÊNCIA AUSENTE. JUNTADA DA GUIA ORIGINAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. DESERÇÃO AFASTADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. O Supremo Tribunal Federal quando assentou a razão de não se admitir divergência na aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso, revelando natureza meramente infringente do debate sobre o equívoco ou não na aplicação da regra; ressaltou expressamente quanto ao debate de teses antagônicas à própria regra.

2. Quando a discussão se estabelece sobre a própria regra de conhecimento, esta evidentemente passível de dissenso a desafiar também a uniformização de jurisprudência.

3. Desconsidera-se a deserção por se ter em conta que o comprovante do pagamento das custas do Recurso Especial foi juntado aos autos na sua via original, o que afasta a possibilidade de fraude no recolhimento das custas.

4. Em princípio, deve sempre ser prestigiada a boa-fé do recorrente, isto é, deve-se partir da presunção de que as partes litigantes se comportarão de forma leal; assim, embora a exigência formal não seja em si descabida ou desnecessária, as consequências do seu descumprimento devem ser apreciadas sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. Embargos de Divergência acolhidos (EResp. 781.135/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20.5.2015).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECOLHIMENTO DO PREPARO DA DATA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. JUNTADA POSTERIOR. POSSIBILIDADE. DESERÇÃO AFASTADA.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. Na hipótese de ficar comprovado nos autos que a data de pagamento da guia de preparo corresponde à data da interposição do respectivo recurso, não enseja a pena de deserção o fato de haver juntada tardia dos comprovantes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento (EDcl no REsp. 1.229.608/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 3.5.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. PREPARO. PAGAMENTO NA DATA DA INTERPOSIÇÃO. JUNTADA POSTERIOR. INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Efetuado o preparo no mesmo dia da interposição do recurso, não há que se falar em deserção recursal, tornando-se irrelevante a questão da juntada tardia aos autos dos referidos comprovantes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp. 942.463/MS, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 20.8.2007).

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - PREPARO - PAGAMENTO NA DATA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO - COMPROVAÇÃO POSTERIOR - ATENDIMENTO DA EXIGÊNCIA DO ARTIGO 511 DO CPC - VALIDADE DO ATO - DESERÇÃO AFASTADA.

1. A teor da jurisprudência desta Turma, a prova de que o recolhimento do preparo aconteceu no dia da interposição do recurso de apelação, como ocorre in casu, é suficiente para que se tenha como atendida a exigência do artigo 511 do CPC, mesmo que o documento seja juntado aos autos em momento posterior, não devendo, pois, nessas circunstâncias, ser considerado deserto o recurso.

2. Recurso conhecido e provido para, afastando-se a pena de deserção, determinar o processamento do recurso de apelação (REsp. 713.355/MS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 28.11.2005).

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PREPARO. PAGAMENTO NA DATA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. VALIDADE DO ATO. DESERÇÃO AFASTADA.

I. Comprovado o preparo da apelação no mesmo dia da sua interposição, é de se afastar a deserção recursal, independentemente de a juntada da guia de pagamento ter sido efetuada posteriormente.

II. Recurso conhecido e provido (REsp. 346.283/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 15.4.2002).

4. Vê-se, ainda, que este Tribunal Superior, por meio de recente julgado da Corte Especial, tem entendido que não apenas a comprovação do pagamento tempestivo, mas também *que o preparo recursal é composto pelas custas e pelo porte de remessa e retorno, sendo que o não pagamento de uma delas caracteriza a hipótese de pagamento a menor, cuja deserção não pode ser aplicada, sem que antes se oportunize ao Recorrente a complementação devida.* Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR DE DESERÇÃO. RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO E AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS CUSTAS LOCAIS. COMPLEMENTAÇÃO DE PREPARO EFETUADA. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. SISTEMÁTICA ANTERIOR À LEI N. 11.382/2006. CONVERSÃO DA EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA EM EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA. EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO SUBSTITUTIVA. NECESSIDADE DE NOVA CITAÇÃO DO EXECUTADO, SENDO-LHE FACULTADA, APÓS A GARANTIA DO JUÍZO, O OFERECIMENTO DE EMBARGOS, OS QUAIS PODEM DISCUTIR INCLUSIVE A ORIGEM DA DÍVIDA (ART. 745 DO CPC, NA REDAÇÃO ANTERIOR). RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PRECEDENTES.

1. O preparo recursal compreende o recolhimento de todas as verbas previstas em norma legal, indispensáveis ao processamento do recurso (custas, taxas, porte de remessa e retorno etc.). Nesse contexto, admite-se a complementação do preparo, mesmo em período anterior à edição da Lei n. 9.756/1998 - que acrescentou o § 2º. ao art. 511 do CPC -, quando recolhida, ainda que parcialmente, alguma das verbas que compõem o preparo e não recolhidas integralmente as demais.

2. No caso concreto, recolhido integralmente o porte de remessa e retorno e ausente o pagamento das custas judiciais devidas na origem para o processamento do recurso especial, tem-se como correto o posterior recolhimento das referidas custas a título de complementação de preparo, na forma do art. 511, § 2º., do CPC, o qual se aplica, também,

aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ e do STF.

3. Anteriormente à Lei n. 11.382/2006, que alterou o art. 736 e revogou o art. 737, II, do CPC, os embargos à execução de entrega de coisa certa ou incerta eram cabíveis apenas depois de efetuado o depósito da coisa pelo executado.

4. Na execução por título extrajudicial para a entrega de coisa, uma vez frustrada a entrega ou o depósito do bem, podia o exequente requerer sua conversão em execução por quantia certa, caracterizando o que a doutrina denomina de execução de obrigação substitutiva, na forma do art. 627, caput, do CPC.

5. Após garantido o juízo na execução por quantia certa (execução de obrigação substitutiva), permite-se o oferecimento de embargos de devedor, nos quais é possível discutir qualquer matéria que seria lícito ao executado deduzir como defesa, inclusive a origem do débito do qual decorreu a frustrada execução para a entrega de coisa. Inteligência do art. 745 do CPC, na redação anterior à Lei n. 11.382/2006.

6. O Tribunal a quo, ao limitar a amplitude dos embargos apenas ao excesso de execução, cerceou o exercício do contraditório e da ampla defesa.

7. Preliminar de deserção afastada e recurso especial provido (Resp. 844.440/MS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 11.6.2015).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPROVANTE DO PAGAMENTO PORTE DE REMESSA E RETORNO JUNTADO AOS AUTOS NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. APRESENTAÇÃO, NO DIA SEGUINTE, DA GUIA COMPROBATÓRIA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS. DESERÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO PREPARO. UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO: RESP 844.440/MS. OMISSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O acórdão embargado incorreu em omissão, ao não analisar a insurgência da parte Embargante sob a ótica do entendimento adotado no REsp. 202.682/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 19.5.2003.

2. O Superior Tribunal Superior, por intermédio de sua Corte Especial, cumprindo seu mister constitucional de uniformizar a interpretação da

lei federal, com amparo nos referido embargos de divergência, firmou a compreensão de que [o] preparo recursal compreende o recolhimento de todas as verbas previstas em norma legal, indispensáveis ao processamento do recurso (custas, taxas, porte de remessa e retorno etc.). Nesse contexto, admite-se a complementação do preparo, mesmo em período anterior à edição da Lei n. 9.756/1998 - que acrescentou o § 2º ao art. 511 do CPC -, quando recolhida, ainda que parcialmente, alguma das verbas que compõem o preparo e não recolhidas integralmente as demais (REsp 844.440/MS, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, Julgado em 06/05/2015 e DJe de 11/06/2015).

3. A comprovação da omissão do aresto, quanto ao tema, autoriza o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes, a fim de compatibilizá-lo com a orientação pacificada nesta Corte Superior de Justiça, a exemplo de outros julgados - v.g., EDcl no AgRg no AREsp. 551.790/RS, 3ª. Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe de 20.10.2015; REsp. 1.458.483/AL, 3ª. Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 26.5.2015; AgRg no REsp. 1.504.979/RJ, 3ª. Turma, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe de 26.5.2015.

4. A situação dos autos, descrita no acórdão embargado, adequa-se ao novo entendimento perfilado nesta Corte Superior. A parte Embargante interpôs o recurso especial, no dia 25/03/2013, apenas acompanhado do porte de remessa e de retorno (fl. 272), e, no dia seguinte, em 26/03/2013, apresentou petição avulsa com a guia de recolhimento das custas judiciais (fls. 332/333).

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo regimental e, em consequência, aos embargos de divergência, afastando a deserção do recurso especial por ausência de preparo, determinando o retorno dos autos à e. Quarta Turma, para que prossiga na análise do feito, como entender de direito (EDcl no AgRg nos EAREsp. 465.771/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 4.5.2016, DJe 20.5.2016).

5. Registre-se, ainda, que todas as alegações da parte recorrente referentes à jurisprudência deste STJ estabelecida no julgamento da SLS 1070/RJ não pode ser sequer analisada, dado o equívoco de premissa do qual se origina.

6. Com efeito, o procedimento de suspensão trata-se de apreciação política, não jurídica, que visa a impedir o cumprimento provisório de tutelas antecipatórias precárias, liminares e até de sentenças, antes que se verifique o trânsito em julgado, visando a proteger a economia pública, a saúde pública, a ordem pública, para que a eventual reforma daquele pronunciamento não definitivo cause ao Erário algum prejuízo.

7. Assim, o juízo realizado por ocasião do julgamento de qualquer suspensão não aprecia o mérito da questão, mas sim confronta o conteúdo da decisão objeto do pedido de suspensão àqueles bens públicos a serem protegidos, tanto é assim que a própria legislação estipula que a decisão da suspensão, uma vez concedida, vigorará até o trânsito em julgado da sentença de mérito, ocasião em que perderá *ipso facto* sua validade.

8. Superada essa questão, passa-se à análise do Agravo em Recurso Especial, o qual deve ser conhecido em parte.

9. Assim é que, não assiste razão à parte agravante quando alega nulidade do acórdão por violação do art. 535 do CPC/1973, porquanto além o julgado não conter nenhum dos vícios ensejadores dos Aclaratórios, foi amparado em fundamentação suficiente e conforme os elementos dos autos. Além disso, a argumentação trazida para o pleito de nulidade é genérica, atraindo, pois, a aplicação da Súmula 284/STF. Nesse sentido é a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. INCENTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO CONFAZ. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTO GENÉRICO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXAME DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. ANÁLISE DE NULIDADE DA CDA. SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO RESOLVIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. A alegada ofensa ao art. 535 do CPC foi apresentada de forma genérica pela parte recorrente, tendo em vista que não demonstrou, de maneira clara e específica, a ocorrência de omissão no julgado, atraindo, assim, o enunciado da Súmula 284 da Suprema Corte.

(...).

6. A instância ordinária, ao vedar o aproveitamento integral do ICMS relativo às aquisições de mercadorias, cujas saídas ocorreram com base de cálculo reduzido, proveniente de benefícios fiscais concedidos por outra unidade da federação e não previsto em convênios celebrados entre os Estados, baseou seu entendimento em fundamento constitucional - art. 155, § 2º, XII, g, da CF.

7. Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria apenas no plano constitucional, de modo que se configura inviável a rediscussão da matéria pelo STJ, no recurso especial.

8. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp. 1.539.743/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 22.10.2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. OMISSÃO DO JULGADO ESTADUAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INÉPCIA DA INICIAL E JULGAMENTO EXTRA PETITA AFASTADOS. ERROR IN PROCEDENDO. FUNDAMENTO INATACADO.

1. *É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF. Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.084.998/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/3/2010; AgRg no REsp 702.802/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 19/11/2009, e REsp 972.559/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 9/3/2009.*

2. *O Tribunal de origem deu a correta aplicação ao art. 282 do CPC, ao considerar cumpridos os requisitos da petição inicial, não vislumbrando a alegada inépcia da inicial uma vez que os autores narram na inicial (fls. 02/05) que estavam em exercício fático da função de técnico em radiologia, apesar de contratados para função diversa, requerendo indenização pecuniária.*

(...)

5. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp. 533.421/PE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 13.3.2015).*

10. Em relação às alegações de violação aos arts. 42 e 472 do CPC/1973, tendentes ao reconhecimento da ilegitimidade do sindicato recorrente, estas não podem ser conhecidas, porquanto a egrégia Corte Fluminense apreciou o referido tema forte na interpretação de dispositivos constitucionais. Veja-se o trecho respectivo:

As 47 empresas de ônibus/rés se fizeram representar pelo Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – Rio Ônibus, com fundamento nos artigos 5º, inciso XXI e 8º, inciso III da Constituição Federal, que têm a seguinte redação:

Artigo 5º, inciso XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Artigo 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de perda do objeto sustentada na petição do item 3007. Como bem afirmado pela douta Procuradoria de Justiça, “resta claro que não ocorreu a perda superveniente do objeto da ação, vez que esta só ocorre quando a prestação jurisdicional reivindicada deixa de ser útil, ou seja, quando, por alguma razão, não for mais possível obter o resultado almejado com a propositura da lide” (item 3158), o que, por óbvio, não é o caso.

Ademais, a Concorrência nº 10/2010, promovida pelo Município do Rio de Janeiro, apenas alterou a forma de organização da prestação do serviço público de transporte de passageiros no Município, o que não afasta a necessidade do provimento jurisdicional pleiteado na exordial. Além disto, na dicção do artigo 42, caput e parágrafo 3º do Código de Processo Civil, norma aplicável à hipótese, a Sentença proferida entre as partes originárias estende seus efeitos ao adquirente do direito litigioso, quando este for transferido, não restando alterada a legitimidade das partes.

Saliente-se que a petição do item 3007 foi juntada pelo Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS, que, pelo que se depreende do seu sítio eletrônico, “O Rio Ônibus é o sindicato que representa os quatro consórcios, que somam as 43 empresas que operam no sistema de transporte coletivo na cidade do Rio de Janeiro”.

E nestes autos, portanto, o Sindicato continua como representante processual de todas as empresas que prestam este serviço (antigas permissionárias, cujos serviços são, atualmente, prestados sob regime de concessão outorgado aos Consórcios), por força do que dispõe o artigo 8º, inciso III da Constituição Federal, o que afasta a alegada ilegitimidade passiva e, por consequência, o pleito de perda de objeto (fls. 3.192/3.193).

11. A jurisprudência deste STJ entende que a análise, em sede de Recurso Especial, de decisão fundada em norma constitucional caracteriza usurpação da competência constitucional da Suprema Corte, e, portanto, não pode ser realizada. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A ilegitimidade ativa do IBAMA para a propositura de ação civil pública ambiental foi decidida com base em fundamentos eminentemente constitucionais, matéria insuscetível de análise na via do recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo interno não provido (AgInt no REsp. 1.613.127/RO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 24.4.2020).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO PIS E DA COFINS DE SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A controvérsia, a envolver a exclusão do PIS e da Cofins de suas próprias bases de cálculo, foi decidida à luz do conceito de faturamento mencionado no art. 195, I, da CF/1988, pelo que a controvérsia escapa aos limites do reclamo especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp. 1.833.170/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 17.3.2020).

12. No mérito, a alegação de ofensa ao art. 39 da Lei 10.471/2003 também não pode ser conhecida. Veja-se que a pretensão da parte recorrente diz respeito à implementação da norma municipal considerada inconstitucional em outra demanda - Lei Municipal Carioca nº. 3.167/2000 - que previa a obrigatoriedade de cadastramento prévio e utilização do sistema denominado RIOCARD (sistema que cobrava pela emissão do cartão e ainda, limitava a quantidade de viagens) para que as pessoas idosas se utilizassem da gratuidade no transporte público municipal, cuja legislação federal e a própria Carta Magna apenas previram a apresentação de documento que comprove a idade. Veja-se a respeito o trecho do acórdão recorrido:

Os provimentos conferidos pela Sentença a fim de determinar a reemissão gratuita do Cartão RIOCARD ou de não limitar o número de viagens, estão incluídos no pedido formulado pelo Ministério Público consistente em ver reconhecido, pelos réus, o direito ao acesso gratuito, livre, pleno e irrestrito dos idosos ao transporte

coletivo, abstendo-se os demandados de qualquer ato que viole ou restrinja este direito. Não há que se falar, portanto, em decisão fora do pedido, pois a tutela deferida na Sentença está abrangida nos pedidos formulados na inicial.

(...)

No mérito, a Constituição Federal, em seu artigo 230, parágrafo 2º, estabelece que:

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Parágrafo 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Observa-se que o dispositivo constitucional, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não faz qualquer limitação ou impõe condição ou restrição ao direito de gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos idosos.

O artigo 39 do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, regulamentando a norma constitucional, assegura aos maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade dos transportes coletivos públicos, urbanos e semiurbanos, nos seguintes termos:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a

critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

O parágrafo 1º do artigo 39 do Estatuto do Idoso estabelece que o acesso pressuponha, exclusivamente, “... que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade...”.

O mencionado dispositivo legal foi considerado constitucional por Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4:

(...)

Assim, qualquer lei municipal que pretenda regulamentar os dispositivos constitucional e infraconstitucional, bem como venha a exigir o porte do documento denominado RIOCARD, ou outro diverso de qualquer documento pessoal de identidade, violaria as normas legais supracitadas.

Logo, ainda que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.070 – RJ (2009/0122573-0), referente ao Agravo de Instrumento nº 37993/2008, desta Relatoria (fls. 1.162/1.166 – item 1251), afirme que o sistema de bilhetagem eletrônica não representa, por si só, afronta aos direitos dos idosos e apenas ajuda a evitar fraude e assegura uma fiscalização mais eficiente do transporte, é certo que tal exigência obstaculiza, sim, o direito garantido aos idosos, cuja legislação exige, apenas, a comprovação da idade, não havendo a necessidade de cadastramento prévio do idoso para utilizar o transporte público na forma constitucional e infraconstitucionalmente estabelecida.

A suposta alegação de fraude não pode obstar o exercício de direito legalmente protegido.

E a fraude tanto poderia ocorrer com um documento de identidade, como com a utilização do cartão RIOCARD.

Portanto, basta a simples apresentação de qualquer documento de identidade que comprove a condição de idoso e o identifique, como por exemplo, carteiras de identidade e funcionais, carteira profissional, carteira de habilitação etc., para permitir o livre acesso do idoso ao interior do coletivo.

E o benefício constitucional não visa a amparar, apenas, o idoso residente no município de emissão do cartão, mas todos os idosos

residentes no país, que poderão utilizar a norma constitucional, quando em viagem ao Rio de Janeiro.

A exigência de utilização de cartão viria, sim, a impedir que idosos de outros Estados e Municípios viessem a usufruir da benesse constitucional.

De igual forma, a alegação de que o sistema eletrônico melhor permite o controle acerca da destinação de fonte de custeio das gratuidades destinadas pelo poder público aos permissionários ou Consórcios do serviço, preconizada no artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal e no artigo 112, parágrafo 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, não pode também impedir o exercício do direito à gratuidade.

A concessão de gratuidade no serviço público prestado de forma indireta pelas empresas tem, como fonte de custeio, a inclusão de parcela para cobrir o benefício, nos estudos de viabilidade econômica do negócio assumido pelo particular, e estão entre os custos do serviço, fator na fixação da política tarifária ou de revisão da tarifa, cujo ônus será suportado pelos demais usuários do serviço, sem que isso reverbere no exercício do direito à gratuidade dos idosos no transporte público.

(...)

Além disto, é sabido nesta Corte Estadual que o Sistema de Bilhetagem Eletrônica RIOCARD apresenta constantes falhas, estando este Tribunal repleto de ações movidas por idosos, que têm seu direito cerceado quando o sistema apresenta defeito na leitura do cartão. Em tais casos, o passageiro simplesmente tem negado seu direito garantido constitucionalmente, em conduta abusiva pelos prepostos das empresas, pautada apenas na falha do sistema.

Reitere-se, ainda, que os idosos não residentes neste Município e que, ao tentarem exercer seu direito à gratuidade no transporte público, por não estarem cadastrados no sistema RIOCARD e não portarem o cartão têm também seu direito suprimido, o que constitui verdadeiro absurdo, pois seria a transposição do interesse patrimonial das empresas sobre o interesse coletivo tutelado constitucionalmente.

Assim, obviamente que condicionar o direito de o idoso utilizar o transporte gratuito à apresentação do cartão RIOCARD é cercear seu direito em detrimento das empresas de ônibus, que são verdadeiras potências econômicas e se valem dessa condição para limitar os direitos de seus passageiros.

Por tal razão, aliás, é desinfluyente o fato de o sistema RIOCARD prevenir fraudes e assegurar a fiscalização do transporte coletivo. Cabe às empresas instruir corretamente seus prepostos e adotar um sistema

efetivo que evite fraudes, sem, contudo, prejudicar os beneficiários dos direitos garantidos constitucional e legalmente.

O mínimo que se espera de empresas que atuam por permissão ou concessão do Poder Público é a prestação de suas atividades essenciais com eficiência, atenção e respeito aos cidadãos, sobretudo quando idosos.

(...)

Da mesma maneira, não se pode discriminar o idoso no concernente ao acesso a ônibus urbano com ou sem ar condicionado.

É sabido que as empresas estão trocando as frotas de coletivos, adquirindo ônibus urbanos com ar-condicionado, obviamente, visando à cobrança de tarifa mais cara. Impedir-se ou limitar-se o acesso dos idosos a estes coletivos, seria violar a norma constitucional que, repita-se, não impõe condição ou ressalvas ao direito fundamental.

Ações com esta natureza também lotam o Judiciário, pois as empresas impõem diversas limitações, como, por exemplo, a proibição do idoso exercer seu direito à gratuidade nos coletivos que possuem ar condicionado, o que é verdadeiro absurdo, ainda mais quando se trata da cidade do Rio de Janeiro. Vê-se que as empresas visam ao lucro desenfreado, atuando sempre à margem da lei e principalmente das garantias fundamentais.

Também não cabe a limitação do idoso ao interior do ônibus ou micro-ônibus, que deverá ocorrer de forma irrestrita, antes ou depois da roleta, independentemente do número e localização dos assentos reservados aos idosos, em todos os veículos de serviços regulares, com ou sem ar condicionado, repita-se, sem qualquer restrição, pena de violação ao artigo 5º da Constituição Federal, que assegura a plena igualdade de todos, idosos ou não idosos, ao interior dos veículos de transporte.

(...)

No que tange ao número mínimo de assentos, é certo que o artigo 39, parágrafo 2º da Lei nº 10.741/2003 apenas impõe o percentual (10%) que deve ser reservado preferencialmente aos idosos, estando livre o acesso destes aos coletivos e em qualquer lugar vago, ainda que os assentos preferenciais legalmente reservados estejam ocupados por idosos.

Por fim, assiste razão ao Município quanto à alegação de que não é responsável pela expedição do cartão RIOCARD, vez que o artigo 8º da Lei Municipal nº 3.167/2000, não afetado pela declaração de

inconstitucionalidade, estabelece ser de responsabilidade das empresas transportadoras a implantação e o gerenciamento do Sistema de Bilhetagem Eletrônica.

No caso, com o presente Acórdão, haverá a dispensa de expedição de cartão RIOCARD ou outro similar para o idoso, que terá o direito de utilização do transporte público coletivo mediante a simples apresentação de qualquer documento de identidade, não cabendo, portanto, a condenação do Município na emissão do mencionado cartão.

Incumbe ao Município, na qualidade de concedente, a fiscalização da prestação adequada dos serviços por suas permissionárias e concessionárias, a fim de assegurar o direito aqui reconhecido.

Saliente-se aqui que o idoso, caso queira solicitar a emissão do cartão RIOCARD, apenas para sua conveniência, poderá fazê-lo como qualquer outro passageiro, também gratuitamente, ainda que seja a segunda via. Isto porque a gratuidade conferida pela Constituição e pela legislação infraconstitucional abarca também a emissão do bilhete eletrônico, sob pena de restrição ao direito garantido (fls. 3.193/3.201).

13. A argumentação recursal neste particular, parte da premissa de que a manutenção do julgado traria prejuízos não apenas ao setor, mas também aos usuários, argumentando que o cadastramento prévio viabiliza a melhor fluência do serviço público de transporte e não viola o art. 39 do Estatuto do Idoso.

14. Ora, a análise detida do comando do acórdão local e também das razões recursais demonstra que em momento algum o egrégio Tribunal Fluminense violou a redação do referido art. 39, muito ao contrário, a Corte local apenas deu ensejo à proibição das providência estipuladas pela Lei Municipal - ao instituir do sistema de cadastramento denominado RIOCARD e que, inclusive já foi em procedimento próprio, declarada inconstitucional pelo TJRJ.

15. Assim, a essência do julgamento em suma, demonstra o entendimento de que a norma legal municipal, se afastou das disposições constitucionais e legais nacionais, a respeito da gratuidade do transporte público municipal às pessoas idosas.

16. Desta maneira, assiste razão à decisão agravada ao aplicar o óbice da Súmula 280/STF, impedindo a tramitação desta alegação meritória no presente caso.

17. Tal entendimento, ainda, encontra eco na jurisprudência deste STJ:

18. Por outro lado, verifica-se que há dois aspectos pelos quais o presente Agravo deve ser conhecido, para, apenas em relação a tais questões, proporcionar o conhecimento e provimento do Apelo Raro, a saber: a multa do art. 538, parág. único do CPC/1973 e a indevida condenação dos réus ao pagamento de verba sucumbencial ao MP, violação do art. 20 do CPC/1973.

19. Assim é que em relação à multa do art. 538, parág. único do CPC/1973, firmou-se entendimento neste STJ de que ela é cabível quando se verificar a nítida utilização indevida dos Aclaratórios, o que não é o caso, porque da análise das razões daquele Recurso Integrador (fls. 3.210/3.226), nota-se que não houve o abuso na sua oposição, muito embora não se verifiquem presentes os vícios apontados no acórdão, a pretensão recursal outrora apresentada era legítima ao seu intento e, portanto, tal conduta não pode ser objeto de apenamento. Vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DESÍDIA DA FAZENDA MUNICIPAL. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM PARA PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER PROTRELATÓRIO. SÚMULA 98/STJ.

1. Para verificar a possível afronta ao art. 535 do CPC/1973, é necessário que a parte recorrente indique especificamente qual o ponto acerca do qual deixou o Tribunal a quo de se manifestar, sob pena de configurar deficiência na fundamentação recursal. Incide, no ponto, a Súmula 284/STF.

2. O STJ, no julgamento do REsp 1.340.553/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou a compreensão de que o procedimento previsto no art. 40 da Lei 6.830/1980 se inicia automaticamente quando não houver a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou quando não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, não cabendo, portanto, ao juiz ou à Fazenda Pública a escolha do melhor momento para o início dos prazos de suspensão de um ano e da prescrição quinquenal.

3. O insurgente não impugnou o embasamento da decisão recorrida relativo à configuração de desídia ou negligência processual da Fazenda Pública. Remanescendo no julgado objurgado fundamento suficiente para a manutenção da sua conclusão e contra o qual não se insurgiu a parte recorrente, afigura-se inviável o processamento do Recurso Especial ante a incidência, por analogia, do óbice da Súmula 283/STF.

4. No que concerne à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC/1973, a irresignação é pertinente. Ora, os Aclaratórios foram opostos com o nítido caráter de prequestionamento, o que, por si só, atrai a incidência da Súmula 98/STJ, segundo a qual o recurso integrador manifestado com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, apenas para excluir a multa imposta na origem com base no art. 538, parágrafo único, do CPC/1973 (REsp. 1.839.973/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2019).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. FALHA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA 115/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 98/STJ.

1. O exame dos autos evidencia que o vício formal da instrução do feito, até então não percebido, decorreu da autuação em apartado das execuções determinada pelo Juízo de origem. Diante dessa peculiaridade, necessário se faz afastar-se a aplicação da Súmula 115/STJ ao caso concreto, notadamente porque a ausência do instrumento procuratório deveu-se a falhas provocadas pelo próprio judiciário. Nesse sentido, mutatis mutandis: EDcl no AgRg no REsp 1.243.311/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 10/11/2014.

2. O intuito prequestionador dos aclaratórios opostos pela parte adversa torna descabida a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/1973. Incidência da Súmula 98/STJ.

3. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp. 1.370.201/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 5.6.2019).

20. Dessa maneira, fica afastada a multa processual do art. 538, parág. único do CPC/193, aplicada pelo egrégio TJRJ à parte ora recorrente.

21. Finalmente, chega-se à questão da verba honorária, à qual se imputa ser incabível na presente demanda, ou ainda, extremamente excessiva, violando o art. 20, §§ 3º. e 4º. do CPC/1973, porquanto assim determinada no acórdão local:

Condeno os réus originários, representados pelo Sindicato, ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 20.000,00 para cada réu originário (empresas de ônibus), de acordo com parâmetros do artigo 20, parágrafos 3º e 4º do Código de Processo Civil, cujos honorários reverterão para o Fundo Especial do Ministério Público (fls. 3.202).

22. Ora, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, na qual, houve a condenação dos requeridos ao pagamento de verba honorária ao Fundo Especial do MP, hipótese que a jurisprudência deste STJ já se firmou pelo descabimento,

face ao princípio da simetria, ante a previsão do art. 18 da Lei 7.347/1985 que deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública. Assim, a impossibilidade de condenação do Ministério Público ou da União em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - também os impede de serem beneficiados quando vencedores na ação civil pública. Precedentes do STJ: AgInt no AREsp. 996.192/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 30.8.2017; AgInt no REsp. 1.531.504/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2016; AgInt no REsp. 1.127.319/SC, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 18.8.2017; AgInt no REsp. 1.435.350/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 31.8.2016; REsp. 1.374.541/RJ, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 16.8.2017.

23. Frise-se ainda, que tal entendimento foi recentemente referendado pela colenda Corte Especial do STJ: EAREsp. 962.250/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 21.8.2018.

24. Desta maneira, devem ser exclusas da condenação a verba honorária em favor do Ministério Público autora da presente ação civil pública.

25. Ante o exposto, mantenho o afastamento da deserção anteriormente aplicada pela Presidência do STJ, e conheço do presente Agravo, para conhecer em parte, e na parte conhecida, dar provimento ao Recurso Especial do SINDICATO RIO ÔNIBUS, apenas para excluir a sua condenação à multa processual do art. 538, parág. único do CPC/1973, e também excluir a sua condenação ao pagamento da verba sucumbencial advocatícia, porquanto incabível nesta espécie processual.

26. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0096936-5

PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 902.854 / RJ

**Números Origem: 0155732932005819 01557329320058190001 20050011577391
201624500955**

PAUTA: 19/05/2020

JULGADO: 19/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

ADVOGADOS: SERGIO BERMUDES - RJ017587

ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS - RJ064035

MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384

MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518

FREDERICO JOSE FERREIRA - RJ107016

RAFAELA FILGUEIRAS FUCCI E OUTRO(S) - RJ147427

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: RODOVIÁRIA A MATIAS LTDA

INTERES.: VIAÇÃO ACARI S/A

INTERES.: EMPRESA DE VIAÇÃO ALGARVE LTDA

INTERES.: AUTO VIAÇÃO ALPHA S/A

INTERES.: TRANSPORTES AMÉRICA LTDA

INTERES.: TRANSPORTES AMIGOS UNIDOS S/A

INTERES.: VIAÇÃO ANDORINHA LTDA

INTERES.: AUTO DIESEL LTDA

INTERES.: TRANSPORTES BARRA LTDA

INTERES.: EMPRESA DE TRANSPORTES BRASO LISBOA LTDA

INTERES.: BREDIA RIO TRANSPORTES LTDA

INTERES.: TRANSPORTES CAMPO GRANDE LTDA

INTERES.: ERIG TRANSPORTE LTDA

INTERES.: TEL TRANSPORTES ESTRELA SOCIEDADE ANÔNIMA

INTERES.: TRANSPORTE ESTRELA AZUL S/A

INTERES.: TRANSPORTES FUTURO LTDA

INTERES.: EMPRESA VIAÇÃO IDEAL S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO JABOUR LTDA

INTERES.: LITORAL RIO TRANSPORTES LTDA

INTERES.: VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A

INTERES.: VIAÇÃO MADUREIRA CANDELÁRIA LTDA

INTERES.: VIAÇÃO NORMANDY DO TRIÂNGULO LTDA

INTERES.: VIAÇÃO NOVACAP S/A

INTERES.: TRANSPORTES ORIENTAL S/A

INTERES.: TRANSPORTES PARANAPUAN S A

INTERES.: VIAÇÃO PAVUNENSE S/A

INTERES.: EXPRESSO PEGASO EIRELI

INTERES.: VIAÇÃO PENHA RIO LTDA

INTERES.: REAL AUTO ONIBUS LTDA

INTERES.: VIAÇÃO REDENTOR LTDA

INTERES.: VIAÇÃO RUBANIL LTDA

INTERES.: VIAÇÃO SAENS PENA S/A

INTERES.: TRANSPORTES SANTA MARIA LTDA

INTERES.: VIAÇÃO SANTA SOFIA S/A

INTERES.: SANTA MARIA TURISMO LTDA

INTERES.: TRANSPORTES SÃO SILVESTRE S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO TIJUCA S/A

INTERES.: VIAÇÃO TOP RIO LTDA

INTERES.: TRANSURB S/A

INTERES.: AUTO VIAÇÃO TRÊS AMIGOS S A

INTERES.: VIAÇÃO VERDUN S/A

INTERES.: TRANSPORTES VILA ISABEL S/A

INTERES.: VIAÇÃO VILA REAL S/A

ADVOGADO: FERNANDO MAGALHÃES MILMAN E OUTRO(S) - RJ022527

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- Serviços - Concessão / Permissão / Autorização - Transporte Terrestre**

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. ANDRÉ SILVEIRA, pela parte AGRAVANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ÔNIBUS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - RIO ÔNIBUS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, conheceu do Agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, apenas para

afastar as condenações à multa processual e à verba honorária, julgando prejudicado o agravo interno do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

The background of the book cover is a collage. On the right side, there is a classical marble statue of a muscular male figure, possibly a deity or hero, shown from the waist up. The rest of the cover is filled with a pattern of small, repeating circular motifs in shades of purple and blue. The title is centered over the top half of the cover.

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), constituída pelos seguintes juizes:

Elizabeth Odio Benito, Presidenta;
L. Patricio Pazmiño Freire, Vice-Presidente;
Eduardo Vio Grossi, Juiz;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz; e
Ricardo Pérez Manrique, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e
Romina I. Sijniensky, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante denominado “Regulamento” ou “Regulamento da Corte”), profere a presente Sentença, que se estrutura na ordem que se segue. 2

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III COMPETÊNCIA

IV EXCEÇÕES PRELIMINARES

A. Alegada inadmissibilidade da apresentação do caso à Corte em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito por parte da Comissão

A.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

A.2. Considerações da Corte

B. Alegada incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho

B.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

B.2. Considerações da Corte

C. Alegada falta de esgotamento dos recursos internos

C.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

C.2. Considerações da Corte

V CONSIDERAÇÃO PRÉVIA

A. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

B. Considerações da Corte

B.1 A respeito das supostas vítimas falecidas e sobreviventes

B.2 A respeito dos familiares das supostas vítimas falecidas

VI PROVA

A. Admissibilidade da prova documental

B. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial

VII FATOS

A. Contexto

A.1 Características relevantes da população da região de Santo Antônio de Jesus

A.2 A produção de fogos de artifício no Município de Santo Antônio de Jesus

B. O trabalho na fábrica de “Vardo dos Fogos”

C. A explosão na fábrica de fogos

D. Os processos internos

D.1 Processo penal

D.2 Processos civis

D.3 Processos trabalhistas

D.4 Processo administrativo

E. Estrutura normativa vigente na data dos fatos

E.1 Em relação ao controle de atividades perigosas

E.2 Em relação ao direito ao trabalho

VIII MÉRITO

VIII-1 DIREITOS À VIDA, À INTEGRIDADE PESSOAL E DAS CRIANÇAS EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 4.1, 5.1 E 19 DA CONVENÇÃO AMERICANA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

B. Considerações da Corte

B.1 Regulamentação da fabricação de fogos de artifício no Brasil

B.2 Análise da suposta atribuição de responsabilidade ao Estado no
presente caso

B.3 Conclusão

VIII-2 DIREITOS DAS CRIANÇAS, À IGUAL PROTEÇÃO DA LEI, À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E AO TRABALHO, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 19, 24 E 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

B. Considerações da Corte

B.1 O direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a
segurança, a saúde e a higiene no trabalho

B.1.1 O conteúdo do direito a condições equitativas e satisfatórias que
garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho

B.1.2 Dano ao direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias
no caso concreto

B.2 Proibição do trabalho infantil

B.3 Proibição de discriminação

B.4. Conclusão

VIII-3 DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 8.1 E 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

B. Considerações da Corte

B.1 A devida diligência e o prazo razoável

B.1.1 O processo penal

B.1.2 As ações civis

B.1.3 Os processos trabalhistas

B.2 Ausência de proteção judicial efetiva

B.3. Conclusão

VIII-4 DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES DAS SUPOSTAS VÍTIMAS (ARTIGO 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Alegações das partes e da Comissão

B. Considerações da Corte

IX REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Parte lesada

B. Obrigação de investigar

C. Medidas de reabilitação

D. Medidas de satisfação

D.1. Publicação da sentença

D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade

E. Garantias de não repetição

F. Indenizações compensatórias

F.1. Danos materiais

F.2. Danos imateriais

G. Custas e gastos

H. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

X PONTOS RESOLUTIVOS

ANEXO 1

PESSOAS FALECIDAS E SOBREVIVENTES DA EXPLOÇÃO

ANEXO 2

FAMILIARES DAS VÍTIMAS FALECIDAS E SOBREVIVENTES DA EXPLOÇÃO

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. *O caso submetido à Corte.* – Em 19 de setembro de 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares contra a República Federativa do Brasil* (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). De acordo com a Comissão Interamericana, o caso se relaciona à explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram e seis sobreviveram, entre elas 22 crianças. A Comissão determinou que o Estado violou: i) os direitos à vida e à integridade pessoal das supostas vítimas e de seus familiares, uma vez que não cumpriu suas obrigações de inspeção e fiscalização, conforme a legislação interna e o Direito Internacional;

ii) os direitos da criança; iii) o direito ao trabalho, pois sabia que na fábrica vinham sendo cometidas graves irregularidades que implicavam alto risco e iminente perigo para a vida e a integridade pessoal dos trabalhadores; iv) o princípio de igualdade e não discriminação, pois a fabricação de fogos de artifício era, no momento dos fatos, a principal e, inclusive, a única opção de trabalho dos habitantes do município, os quais, dada sua situação de pobreza, não tinham outra alternativa senão aceitar um trabalho de alto risco, com baixa remuneração e sem medidas de segurança adequadas; e v) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas.

2. *Tramitação perante a Comissão.* – A tramitação perante a Comissão foi a seguinte:

a) *Petição.* – Em 3 de dezembro de 2001, a Justiça Global, o Movimento 11 de Dezembro, a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Subseção de Salvador, o Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia, Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica Pereira e Nelson Portela Pellegrino apresentaram a petição inicial em representação das supostas vítimas.

b) *Audiência Pública perante a Comissão, reconhecimento de responsabilidade e solução amistosa.* - Em 19 de outubro de 2006, a Comissão promoveu uma audiência pública sobre o caso. Nessa audiência, o Estado informou que não questionaria a admissibilidade do caso e reconheceu sua responsabilidade quanto à falta de fiscalização. Do mesmo modo, propôs que as partes iniciassem um processo de solução amistosa. No dia seguinte, isto é, em 20 de outubro de 2006, foi realizada uma reunião de trabalho, na qual as partes acordaram iniciar um processo de solução amistosa.¹ No entanto, em 18 de outubro de 2010, a parte peticionária solicitou à Comissão que suspendesse o procedimento de solução amistosa e emitisse o Relatório de Mérito,² pedido ratificado em 17 de dezembro de 2015.³ Essa solicitação se fundamentou em que as violações alegadas continuavam sem reparação.

c) *Relatório de Admissibilidade e Mérito.* – Em 2 de março de 2018, a Comissão emitiu o Relatório de Admissibilidade e Mérito N° 25/18

¹ Cf. Ata da reunião de início do processo de solução amistosa, 20 de outubro de 2006 (expediente de prova, folhas 803 a 804).

² Cf. Comunicação N° 090/10 JG/RJ, remetida pelos peticionários à Comissão Interamericana, 18 de outubro de 2010 (expediente de prova, folhas 191 a 193).

³ Cf. Comunicação N° JG 76/15, remetida pelos peticionários à Comissão Interamericana, 17 de dezembro de 2015 (expediente de prova, folhas 618 a 623).

(doravante denominado “Relatório de Admissibilidade e Mérito” ou “Relatório Nº 25/18”), no qual chegou a uma série de conclusões⁴ e formulou várias recomendações ao Estado.

d) *Notificação ao Estado*. – Esse relatório foi notificado ao Brasil mediante comunicação de 19 de junho de 2018, concedendo-lhe um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. O Estado não apresentou informação a respeito.

3. *Apresentação à Corte*. – Em 19 de setembro de 2018, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte a totalidade dos fatos e supostas violações de direitos humanos descritas no Relatório No. 25/18, “pela necessidade de obtenção de justiça e reparação para as supostas vítimas e seus familiares”.⁵

4. *Solicitações da Comissão Interamericana*. – Com base no acima exposto, a Comissão solicitou à Corte que concluísse e declarasse a responsabilidade internacional do Estado pelas violações constantes de seu Relatório de Admissibilidade e Mérito (*supra* par. 2.d) e ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, aquelas incluídas no referido relatório. Este Tribunal nota com preocupação que, entre a apresentação da petição inicial à Comissão e a apresentação do caso à Corte, transcorreram quase 17 anos.

II

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. *Notificação ao Estado e aos representantes*. – A apresentação do caso foi notificada ao Estado e aos representantes das supostas vítimas⁶ em 30 de outubro de 2018.

6. *Escrito de solicitações, argumentos e provas*. – Em 8 de janeiro de 2019, o Movimento 11 de Dezembro, a Justiça Global, a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, o Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia, Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica e Nelson Portela Pellegrino (doravante denominados “representantes”) apresentaram seu escrito de solicitações, argumentos e provas

⁴ A Comissão concluiu que o Estado é responsável pelas violações dos direitos à vida e à integridade pessoal, em relação ao dever de especial proteção da infância; do direito ao trabalho, à igualdade e não discriminação e dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, estabelecidos nos artigos 4.1, 5.1, 19, 24, 26, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em prejuízo das supostas vítimas individualizadas no Relatório de Admissibilidade e Mérito.

⁵ A Comissão designou como delegadas e delegado a Comissária Antonia Urrejola Noguera, o Secretário Executivo Paulo Abrão e a Relatora Especial sobre os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, Soledad García Muñoz, bem como as senhoras Silvia Serrano Guzmán e Paulina Corominas Etchegaray e o senhor Luis Carlos Buob Concha, advogadas e advogado da Secretaria Executiva, como assessoras e assessor jurídicos.

⁶ Os representantes das supostas vítimas são o Movimento 11 de Dezembro, a Justiça Global, a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, o Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia, Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica e Nelson Portela Pellegrino.

(doravante denominado “escrito de solicitações e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento da Corte. Coincidiram com as conclusões da Comissão sobre os artigos convencionais violados e alegaram a violação dos direitos à vida e à integridade pessoal também em relação à proteção da família, estabelecida no artigo 17 da Convenção. Solicitaram que se ordenasse ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação e o reembolso de custas e gastos.

7. *Escrito de contestação.* – Em 18 de março de 2019, o Estado⁷ apresentou seu escrito de contestação à apresentação do caso e ao escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado “contestação” ou “escrito de contestação”), no qual interpôs quatro exceções preliminares⁸ e se opôs às violações alegadas e às solicitações de medidas de reparação apresentadas pela Comissão e pelos representantes.

8. *Observações sobre as exceções preliminares.* – Em 26 de abril de 2019, a Comissão Interamericana e os representantes apresentaram suas observações sobre as exceções preliminares apresentadas pelo Estado.

⁷ Em 15 de março de 2019, o Estado remeteu à Corte IDH uma lista atualizada de seus agentes designados no presente caso: Ministro João Lucas Quental Novaes de Almeida; Conselheiro Marco Túlio Scarpelli Cabral; Secretária Bruna Vieira de Paula Silveira, Subchefe da Divisão de Direitos Humanos; Secretária Vanessa Sant’Anna Bonifácio Tavares, assessora da Divisão de Direitos Humanos; Secretário Daniel Leão Sousa, assessor da Divisão de Direitos Humanos; Secretária Débora Antônia Lobato Cândido, assessora da Divisão de Direitos Humanos; Sávio Luciano de Andrade Filho, assessor do Gabinete do Ministro da Defesa; Vital Lima Santos, assessor do Gabinete do Ministro da Defesa; Homero Andretta Junior, Diretor do Departamento Internacional da Advocacia-Geral da União (“AGU”); Tony Teixeira de Lima, advogado da União; Taiz Marrão Batista da Costa, advogada da União; Daniela Oliveira Rodrigues, advogada da União; Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega, advogada da União; Andrea Vergara da Silva, advogada da União; Milton Nunes Toledo Junior, chefe da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); Juliana Mendes Rodrigues, coordenadora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH; Tatiana Leite Lopes Romani, assessora da Assessoria de Assuntos Internacionais do MMFDH; Stéfane Natália Ribeiro e Silva, assessora da Assessoria de Assuntos Internacionais do MMFDH; Thiago de Oliveira Gonçalves, consultor jurídico do MMFDH; Aline Albuquerque Sant’Anna de Oliveira, coordenadora da Coordenação-Geral de Assuntos Internacionais e Judiciais da Consultoria Jurídica do MMFDH; Danuta Rafaela Nogueira de Souza Calazans, coordenadora da Coordenação-Geral de Assuntos Internacionais e Judiciais da Consultoria Jurídica do MMFDH; Renata Maia Barbosa Namekata, auditora fiscal do trabalho da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério da Economia; José Honorino de Macedo Neto, auditor fiscal do trabalho da Superintendência Regional do Trabalho na Bahia; Maria Dolores P. de A. Cunha, Ministra na Embaixada do Brasil em San José; Sylvia Ruschel de Leoni Ramos, Conselheira da Embaixada do Brasil em San José; e Marcelo Gameiro, Segundo Secretário na Embaixada do Brasil em San José. Em 1º de abril de 2019, o Estado comunicou à Corte os seguintes acréscimos à lista atualizada de agentes do Estado: Coronel Luciano Antônio Sibinel e Tenente-Coronel André de Freitas Porto. Em 10 de janeiro de 2020, o Estado acrescentou à lista de agentes Antônio Francisco da Costa e Silva Neto, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário do Brasil na Costa Rica; Coronel Décio Adriano da Silva, representante do Exército Brasileiro; Dênis Rodrigues da Silva, coordenador de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH; e Clara Fontes Ferreira, assistente técnica da Coordenação de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH. Em 21 de janeiro de 2020, o Estado solicitou o acréscimo de João Henrique Nascimento de Freitas, presidente da Comissão de Anistia e Assessor Especial do Vice-Presidente da República, à lista de agentes do Estado.

⁸ O Estado apresentou objeção a uma testemunha dos representantes como uma de suas exceções preliminares, a qual denominou “impropriedade da prova testemunhal solicitada pelos representantes”. A objeção foi resolvida mediante resolução de 27 de novembro de 2019, motivo pelo qual o Tribunal não irá se pronunciar sobre esse assunto na presente sentença.

9. *Audiência Pública*. – Mediante resolução de 27 de novembro de 2019, a Presidência convocou as partes e a Comissão para a realização de uma audiência pública para receber suas alegações finais orais e observações finais orais, respectivamente, sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas.⁹ A audiência foi realizada em 31 de janeiro de 2020, na sede da Corte, no decorrer do 133º Período Ordinário de Sessões.¹⁰ No curso dessa audiência, integrantes deste Tribunal solicitaram informações e esclarecimentos às partes e à Comissão.

10. *Amici curiae*. – O Tribunal recebeu sete escritos na qualidade de *amicus curiae* apresentados: 1) pela Iniciativa para os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (IDESCA) do Laboratório de Direitos Humanos e Justiça Global (LabDH) e pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH);¹¹ 2) pelo Ministério Público do Trabalho do Brasil;¹² 3) pela Clínica de Defesa de Políticas Públicas na América Latina da Universidade de Nova York;¹³ 4) pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia;¹⁴ 5) pela Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (CDH- IDP);¹⁵ 6) pela Clínica de Direitos Humanos e

⁹ Cf. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Convocação para audiência*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 27 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/fabrica_de_fuegos_29_11_2019_por.pdf.

¹⁰ A essa audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Paulina Corominas, Assessora; Jorge H. Meza Flores, Assessor; e Cristian González, Assessor; b) pelos representantes: Eduardo Baker Valls Pereira, da Justiça Global; Raphaela de Araújo Lima Lopes, da Justiça Global; Rosângela Santos Rocha, do Movimento 11 de Dezembro; Sandra Carvalho, da Justiça Global; Benedita Lima Lopes Coelho e Felipe Bastos Coelho; e c) pelo Estado: Embaixador Antônio Francisco da Costa e Silva Neto, Chefe da Delegação; Taiz Marrão Batista da Costa, advogada da União; Bruna Vieira de Paula, Chefe da Divisão de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores; Daniel Leão Sousa, assessor da Divisão de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores; Marcelo Gameiro de Moura, Chefe do Setor Político e de Cooperação Técnica da Embaixada do Brasil em San José; Coronel Décio Adriano da Silva, representante do Exército Brasileiro; Tenente-Coronel André de Freitas Porto, representante do Exército Brasileiro; Vital Lima Santos, representante do Ministério da Defesa; Savio Luciano de Andrade Filho, representante do Ministério da Defesa; Dênis Rodrigues da Silva, coordenador de Casos Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); Clara Fontes Ferreira, assistente técnica da Coordenação de Contenciosos Internacionais de Direitos Humanos da Assessoria Especial de Assuntos Internacionais do MMFDH; Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira, representante da Consultoria Jurídica do MMFDH; Renata Maia Barbosa Namekata, auditora fiscal do trabalho do Ministério da Economia; Ana Guiselle Rodríguez Guzmán, assistente administrativa da Embaixada do Brasil em San José; e João Henrique Nascimento de Freitas, presidente da Comissão de Anistia e Assessor Especial do Vice-presidente da República.

¹¹ O escrito foi assinado por Rodrigo Vitorino Souza Alves, César Oliveira de Barros Leal, Natalia Brigagão F. A. Carvalho e José Renato V. Resende. O escrito aborda o direito à igualdade e à não discriminação nos direitos econômicos e sociais em Santo Antônio de Jesus e a coexistência e a complementaridade das obrigações corporativas e estatais de observância dos direitos humanos econômicos e sociais.

¹² O escrito foi assinado por Alberto Bastos Balazeiro, Procurador-Geral do Trabalho. O escrito descreve as ações que o Ministério Público do Trabalho da região de Santo Antônio de Jesus desenvolve em relação às empresas que trabalham na fabricação de fogos de artifício.

¹³ O escrito foi assinado por María Florencia Saulino. O escrito aborda a responsabilidade do Estado pela falta de mecanismos de prevenção de violações de direitos humanos cometidas por terceiros.

¹⁴ O escrito foi assinado por Bruna Rafaela de Santana Santos, Bruno Simões Biscaia, Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos, Bruna Matos da Silva, Carolina Muniz de Oliveira, Christian Lopes Oliveira Alves, Gabriel Santiago dos Santos Gonçalves e Matheus Ferreira Goés Fontes. O escrito aborda pobreza e direitos humanos, o contexto histórico-social do "Recôncavo Baiano", medidas de reparação em geral e medidas de não repetição, em particular.

¹⁵ O escrito foi assinado por Priscilla Sodré e Wellington Pantaleão. O escrito aborda questões relativas às violações do direito a um trabalho digno, especialmente relacionadas às piores formas de trabalho infantil e ao trabalho indecente ou degradante.

Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas;¹⁶ e 7) por estudantes do Mestrado em Direito Internacional da Universidade de La Sabana.¹⁷

11. *Alegações e observações finais escritas.* – Em 2 de março de 2020, os representantes e o Estado remeteram suas alegações finais escritas e documentos anexos, e a Comissão apresentou suas observações finais escritas.

12. *Objções do Estado aos amici curiae.* – Em 20 de maio de 2020, o Estado apresentou um escrito mediante o qual questionou cinco escritos de *amicus curiae* apresentados e solicitou que se declarasse sua inadmissibilidade. A esse respeito, a Corte salienta que as observações do Estado sobre a admissibilidade dos *amici curiae* não foram apresentadas no prazo estabelecido para esse efeito, ou seja, nas alegações finais escritas, de forma que são consideradas extemporâneas.¹⁸

13. *Observações das partes e da Comissão.* – Em 23 de março de 2020, a Comissão apresentou um escrito no qual mencionou que não formularia observações sobre os anexos apresentados juntamente com as alegações finais escritas do Estado e dos representantes das supostas vítimas. Em 29 de maio de 2020, o Estado apresentou observações sobre os anexos às alegações finais dos representantes.

14. *Deliberação do presente caso.* – A Corte deliberou sobre a presente Sentença, por meio de uma sessão virtual, nos dias 13, 14 e 15 de julho de 2020.¹⁹

III COMPETÊNCIA

15. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, em virtude de o Brasil ser Estado Parte

¹⁶ O escrito foi assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Ana Paula Simonete Castelo Branco Bremgartner, Débora Lira de Lacerda, Elize Lacerda Vasconcellos, Emily Silva Assad, Gabriel Henrique Pinheiro Andion, Laís Rachel Brandão de Mello, Luane Antella Moreira, Paula Melissa Coelho da Silva Saraiva, Paula Mércia Coimbra Brasil e Rildo Amorim da Silva Júnior. O escrito apresenta uma análise do contexto fático da fabricação de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus e da legislação que regulamenta as relações de trabalho, especialmente na atividade pirotécnica, no Brasil. Além disso, aborda a proteção do trabalho infantil; descreve o papel dos auditores fiscais do trabalho na fiscalização das atividades laborais; traz considerações jurídicas sobre impactos da implementação de reformas legislativas no Brasil e sobre o tema empresas e direitos humanos.

¹⁷ O escrito foi assinado por Juan Pablo Acosta Peñaloza, Carolina Gómez López, Mónica María Soler Ayala e María Alejandra Vega García. O escrito traz uma análise sobre as normas de proteção internacional dos direitos humanos exigíveis dos Estados em matéria de empresas e direitos humanos.

¹⁸ Sem prejuízo do exposto, este Tribunal salienta, como o fez no *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil*, que, de acordo com o artigo 2.3 do Regulamento, quem apresenta um *amicus curiae* é uma pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo em trâmite perante a Corte, com a finalidade de oferecer argumentos sobre os fatos constantes da apresentação do caso ou formular considerações jurídicas sobre a matéria do processo. Além disso, a Corte constata que as observações sobre o conteúdo e alcance dos referidos *amici curiae* não afetam sua admissibilidade. Cf. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C N° 346, par. 13.

¹⁹ Em virtude das circunstâncias excepcionais causadas pela pandemia de COVID-19, esta Sentença foi deliberada e aprovada no decorrer do 135º Período Ordinário de Sessões, realizado de forma não presencial, mediante o uso de meios tecnológicos, em conformidade com o estabelecido no Regulamento da Corte.

na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992, e de ter reconhecido a competência contenciosa deste Tribunal em 10 de dezembro de 1998.

IV EXCEÇÕES PRELIMINARES

16. No presente caso, o Brasil apresentou três exceções preliminares relativas às alegadas: a) inadmissibilidade da apresentação do caso, em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito por parte da Comissão; b) incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho; e c) falta de esgotamento de recursos internos. Apresentou também como exceção preliminar uma alegação que denominou “incompetência *ratione personae* a respeito das supostas vítimas não identificadas ou não adequadamente representadas”. A Corte salienta que essa alegação não constitui uma exceção preliminar, uma vez que sua análise não pode redundar na inadmissibilidade do caso ou na incompetência deste Tribunal para dele conhecer.²⁰ Por esse motivo, este Tribunal examinará esse assunto como consideração prévia (*infra* par. 34 a 49).

A. Alegada inadmissibilidade da apresentação do caso à Corte em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito por parte da Comissão

A.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

17. O Estado salientou que a Comissão, ao publicar em sua página eletrônica o Relatório de Admissibilidade e Mérito do presente caso, optou pela máxima sanção estabelecida no artigo 51 da Convenção Americana, o que impediria a apresentação do caso à Corte. A esse respeito, citou a interpretação feita por esta Corte acerca dos artigos 50 e 51 da Convenção, no Parecer Consultivo OC-13/93, e mencionou que esses artigos estabelecem etapas sucessivas. Desse modo, na hipótese de o caso ter sido submetido à Corte, a Comissão não está autorizada a publicar o relatório, pois este será, conforme o artigo 50, o relatório preliminar. Ademais, respaldou sua posição com o exposto no voto dissidente do Juiz Máximo Pacheco Gómez, no Parecer Consultivo OC-15/97. Para o Estado, a publicação do relatório demonstra seu caráter definitivo, o que impede a apresentação do caso à Corte. Subsidiariamente, o Estado solicitou que a Corte declare que a conduta da Comissão de publicar seus relatórios preliminares viola os artigos 50 e 51 da Convenção e que, portanto, requeira à Comissão que retire o relatório de sua página eletrônica.

18. A Comissão ressaltou que a alegação do Estado não constitui uma exceção preliminar, pois não se refere a questões de competência nem aos requisitos de

²⁰ Cf. *Caso Rodríguez Revolorio e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C N° 387, par. 18; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de março de 2020. Série C N 401, par. 12.

admissibilidade. Citou, ademais, que o mesmo argumento já foi exposto pelo Estado em outros casos,²¹ nos quais a Corte negou a procedência dessa exceção preliminar por considerar que a prática de publicação do relatório após a apresentação do caso à Corte não infringe norma alguma, convencional ou regulamentar.

19. Os *representantes* reiteraram os argumentos apresentados pela Comissão.

A.2. Considerações da Corte

20. A Corte reitera, conforme indicou nos *Casos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*,²² *Favela Nova Brasília*²³ e *Povo Indígena Xucuru*,²⁴ nos quais o Brasil apresentou o mesmo argumento, que a publicação do Relatório de Mérito na forma realizada pela Comissão não implica a preclusão do caso nem viola nenhuma norma convencional ou regulamentar. Além disso, o Estado não demonstrou que a publicação do Relatório de Mérito fora feita de forma diferente do exposto pela Comissão, ou que, nesse caso, a publicação tivesse sido feita de forma contrária ao disposto pela Convenção Americana. Por essa razão, o argumento do Estado é improcedente e, portanto, se desconsidera a exceção preliminar oposta.

B. Alegada incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho

B.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

21. O *Estado* salientou que a Corte não é competente para se pronunciar a respeito da alegada violação do direito ao trabalho nos termos do artigo 26 da Convenção. Isso porque os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser submetidos ao regime de petições individuais regulamentado nos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana e, portanto, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.

22. A *Comissão* e os *representantes* solicitaram que essa exceção fosse julgada improcedente, pois, ao abordar a interpretação do artigo 26 da Convenção, não constitui uma exceção preliminar, mas um assunto que deve ser resolvido na parte de mérito do caso. Do mesmo modo, manifestaram que, desde a sentença do *Caso Lagos del Campo vs. Peru*, a alegação sobre a incompetência da Corte para se pronunciar a respeito da violação do artigo 26 é um tema amplamente superado.

²¹ A Comissão se referiu aos seguintes casos: *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C Nº 318, par. 25 a 27; *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C Nº 333, par. 24 a 29; e *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, supra*, par. 24 e 25.

²² Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, supra*, par. 23 a 28.

²³ Cf. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, supra*, par. 24 a 29.

²⁴ Cf. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, supra*, par. 24 e 25.

B.2. Considerações da Corte

23. Este Tribunal reafirma sua competência para conhecer e resolver controvérsias relativas ao artigo 26 da Convenção Americana como parte integrante dos direitos enumerados em seu texto, a respeito dos quais o artigo 1.1 confere obrigações de respeito e garantia.²⁵ Conforme expressou em decisões anteriores,²⁶ as considerações relacionadas à possível ocorrência dessas violações devem ser examinadas no mérito deste assunto. Por essa razão, a Corte julga improcedente esta exceção preliminar.

C. Alegada falta de esgotamento dos recursos internos

C.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

24. O Estado argumentou que, no momento da petição inicial, ainda não haviam sido esgotados e, em alguns casos, interpostos, os recursos idôneos em âmbito interno para elucidar os fatos e as responsabilidades relacionados à explosão da fábrica de fogos. Especificou que o esgotamento dos recursos posteriormente à apresentação da petição inverte a ordem de complementaridade entre o sistema doméstico e o interamericano e que, embora a Corte tenha declarado que é possível esgotar esses recursos após a apresentação do caso, o esgotamento deve ocorrer antes que o Estado seja notificado para apresentar suas primeiras considerações sobre a demanda.²⁷ Finalmente, salientou que interpôs essa exceção perante a Comissão no momento processual oportuno.

25. De forma específica, sobre o processo penal, estabeleceu que, na data de apresentação do caso à Comissão, haviam transcorrido somente três anos da explosão e pouco mais de dois anos da apresentação formal da ação por parte do Ministério Público do Brasil (abril de 1999), tempo que, em sua consideração, é mais do que razoável

²⁵ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C N° 340, par. 142 e 154; *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C N° 344, par. 192; *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C N° 348, par. 220; *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C N° 349, par. 100; *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C N° 359, par. 75 a 97; *Caso Muelle Flores Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C N° 375, par. 34 a 37; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C N° 394, par. 33 a 34; *Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C N° 395, par. 62; *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C N° 400, par. 195; e *Caso Spoltore Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de junho de 2020. Série C N° 404, par. 85.

²⁶ Cf. *Caso Muelle Flores Vs. Peru*, *supra*, par. 37; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 37.

²⁷ O Estado citou como respaldo o exposto no *Caso Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C N° 41, par. 54 e 55.

em investigações policiais e ações penais em que estão implicados vários acusados e vítimas. Em virtude do exposto, acrescentou que várias etapas do processo penal interno aconteceram paralelamente ao procedimento perante a Comissão. Sobre os processos civis, salientou que não foram esgotados previamente e que, de fato, foram e continuam sendo regulamentar e progressivamente esgotados, com resultados favoráveis às supostas vítimas. Sobre os processos trabalhistas, destacou que foram iniciados pelas supostas vítimas sobreviventes e herdeiros nos anos 2000 e 2001, razão pela qual, na denúncia apresentada à Comissão, não se anexou evidência de seu esgotamento, e que várias etapas aconteceram paralelamente ao processo perante a Comissão. Sobre o processo administrativo, destacou que a atuação do Estado diante da explosão foi rápida e eficaz, e contribuiu para a determinação das responsabilidades administrativas dos proprietários da fábrica de fogos e para seu fechamento.

26. Finalmente, o Estado salientou que nenhuma das exceções à necessidade de esgotamento dos recursos internos, previstas no artigo 46.2 da Convenção é aplicável, pois: 1) o sistema jurídico brasileiro contava e conta com uma robusta legislação de direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais para proteger os direitos supostamente violados; 2) o Estado não negou às supostas vítimas acesso aos recursos internos, nem impediu seu esgotamento; de fato, as demandas penais e civis foram suscitadas pelos órgãos estatais competentes; e 3) o Estado não incorreu em demora injustificada na tramitação dos recursos internos. Nesse ponto, ressaltou que, contrariamente à lógica estabelecida pela Convenção, a Comissão, em lugar de analisar o requisito de “demora injustificada” no período compreendido entre a ocorrência do fato e o momento da petição, tentou justificar a admissibilidade do caso quase 17 anos depois de sua apresentação, utilizando um período muito mais longo.

27. A *Comissão*, em seu escrito de observações sobre as exceções preliminares, reiterou o exposto em seu Relatório de Admissibilidade e Mérito, no sentido de que “embora em suas primeiras exposições o Estado tenha alegado falta de esgotamento dos recursos internos, renunciou posteriormente, de maneira expressa, a questionar a admissibilidade do caso”.²⁸ A Comissão aludiu à posição do Estado durante a audiência realizada em 19 de outubro de 2006, na qual salientou que não questionaria a admissibilidade do caso, e considerou que invocar um requisito de admissibilidade cujo cumprimento desistira de questionar de maneira expressa constitui uma violação do princípio de *estoppel*. Sem prejuízo do exposto, e de maneira subsidiária, a Comissão destacou que, em seu Relatório de Admissibilidade e Mérito, se pronunciou sobre o requisito de esgotamento dos recursos internos, aplicando a exceção de demora injustificada contemplada no artigo 46.2.c) da Convenção Americana. Finalmente, fez referência ao declarado pela Corte no *Caso Wong Ho Wing Vs. Peru*, no sentido de que o esgotamento dos recursos internos deve ser verificado no momento

²⁸ Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão Interamericana, N° 25/18, Caso N° 12428, Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares - Brasil, 2 de março de 2018, OEA/Ser.L/V/II.167 Doc. 29 (expediente de mérito, folha 13).

do pronunciamento de admissibilidade e não necessariamente no momento da apresentação da petição.

28. Os *representantes* declararam que o momento oportuno para a análise do requisito de esgotamento prévio dos recursos internos é na decisão sobre a admissibilidade do caso. Salientaram que a etapa de admissibilidade ocorreu juntamente com a etapa de mérito e se encerrou com a emissão do Relatório de Admissibilidade e Mérito quase 20 anos depois do fato que causou as violações de direitos humanos, sem que as supostas vítimas houvessem recebido de maneira integral nenhuma das indenizações devidas nas searas trabalhista, civil ou penal. Destacaram, ademais, que o Estado não pode utilizar o argumento de que a Comissão tenha enfraquecido a complementaridade do Sistema Interamericano, dado que teve várias oportunidades, inclusive durante o curso do processo junto a esse órgão, para resolver a questão.

C.2. Considerações da Corte

29. O artigo 46.1.a) da Convenção dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada à Comissão, em conformidade com os artigos 44 e 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional em geral reconhecidos.²⁹

30. Além disso, esta Corte elaborou diretrizes claras para analisar uma exceção preliminar baseada em um suposto descumprimento do requisito de esgotamento dos recursos internos. Em primeiro lugar, a Corte interpretou a exceção como uma defesa disponível para o Estado, “pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam imputados, antes de haver tido a oportunidade de remediá-los por seus próprios meios”³⁰ e, como meio de defesa, é renunciável expressa ou tacitamente.³¹ Em segundo lugar, essa exceção deve ser apresentada oportunamente, com o objetivo de que o Estado possa exercer seu direito à defesa. Em terceiro lugar, a Corte afirmou que o Estado que apresenta essa exceção deve especificar os recursos internos que ainda não tenham sido esgotados e demonstrar que esses recursos são aplicáveis e efetivos.³² Quanto ao momento processual oportuno

²⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 85; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2020. Série C Nº 398, par. 24.

³⁰ *Caso Cruz Sánchez e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C Nº 292, par. 48.

³¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 88; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 25.

³² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 88; e *Caso Carranza Alarcón Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de fevereiro de 2020. Série C Nº 399, par. 15.

para apresentar a objeção relativa à falta de esgotamento de recursos internos, a Corte sustentou que esse deve ser o procedimento de admissibilidade perante a Comissão.³³

31. A Corte observa que, na petição inicial dos representantes, de 23 de novembro de 2001,³⁴ se alega a excessiva demora na decisão dos processos judiciais que tramitavam na jurisdição interna. Ao passo que o Estado, em seu escrito de 12 de outubro de 2005, afirmou que ainda restavam por esgotar vários recursos internos importantes, adequados e eficazes, antes que a petição pudesse ser admitida perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.³⁵ Desse modo, a Corte constata que o Estado, com efeito, apresentou a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos no momento processual oportuno, em suas primeiras ações na tramitação desse processo. Não obstante isso, a Comissão alegou que o Estado, durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão, sobretudo na audiência pública celebrada em 19 de outubro de 2006, declarou que não questionaria a admissibilidade do caso. O Brasil, por sua vez, declarou na audiência perante a Corte,³⁶ bem como em suas alegações finais escritas, que a declaração em questão se enquadrava no processo de solução amistosa iniciado pelas partes em outubro de 2006. Dessa forma, cabe à Corte analisar o conteúdo e as circunstâncias da mencionada declaração do Estado.

32. De acordo com o acervo probatório do presente caso, a Comissão Interamericana convocou as partes para uma audiência pública para tratar da admissibilidade do caso, em 19 de outubro de 2006. Nessa audiência, a Agente do Estado comunicou “a todos os peticionários e membros da Comissão que não ir[iam] tratar de nenhuma questão ou contestar a admissibilidade desse caso”.³⁷ Mediante a citada declaração, o Estado não só deixou de alegar a falta de esgotamento de recursos internos ou de apresentar outra objeção à admissibilidade do caso, mas declarou expressamente que não questionaria sua admissibilidade. Em 20 de outubro, ou seja, no dia seguinte dessa declaração, a Comissão promoveu uma reunião de trabalho para discutir a possibilidade de iniciar um processo de solução amistosa. Assim, a análise do conteúdo da declaração do Estado e do momento em que ocorreu permite a este Tribunal chegar à conclusão de que esta ocorreu na audiência de admissibilidade do caso, previamente ao início do processo de solução amistosa.

33. Isso posto, após ter o Estado desistido de questionar a admissibilidade do caso *sub judice*, na audiência pública perante a Comissão, passou a apresentar perante a Corte a exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos. O exposto configura uma mudança na posição previamente assumida, que não é

³³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 88; e *Caso Carranza Alarcón Vs. Equador, supra*, par. 15.

³⁴ Cf. Comunicação N° JG-RJ N° 212/2001, enviada pelos representantes à Comissão Interamericana, 23 de novembro de 2001 (expediente de prova, folhas 407 e 408).

³⁵ Cf. Comunicação enviada pelo Estado à Comissão Interamericana, 12 de outubro de 2005 (expediente de prova, folhas 238 a 249).

³⁶ Cf. Alegações orais do Estado em Audiência Pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH.

³⁷ Cf. Arquivo de áudio da audiência realizada em 19 de outubro de 2006 no 126° Período Ordinário de Sessões da Comissão Interamericana, correspondente ao anexo n° 4 do Relatório de Admissibilidade e Mérito.

admissível segundo o princípio de *estoppel*. Nesse sentido, este Tribunal lembra que, segundo a prática internacional e conforme sua jurisprudência, quando uma parte em litígio adota uma atitude determinada que redunde em prejuízo próprio ou em benefício da parte contrária, não pode, em virtude do princípio de *estoppel*, assumir outra conduta que seja contraditória com a primeira.³⁸ Por conseguinte, a Corte julga improcedente esta exceção preliminar.

V CONSIDERAÇÃO PRÉVIA

A. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

34. O *Estado* apresentou uma série de objeções em relação às pessoas identificadas como supostas vítimas pelos representantes e pela Comissão, em especial a respeito de: a) uma das pessoas que foi identificada como falecida na explosão e 26 familiares identificados pelos representantes no escrito de solicitações e argumentos, porque não foram mencionados pela Comissão no Relatório de Admissibilidade e Mérito; b) 18 pessoas mencionadas no expediente, mas que não teriam concedido formalmente procurações aos representantes para a interposição da ação junto ao Sistema Interamericano; e c) 26 familiares apresentados como supostas vítimas sem que se tenha comprovado ou alegado de forma específica em que medida foram afetados seus direitos. O Estado também fez objeção à inclusão de duas procurações no escrito de licitações e argumentos, referentes a Andressa Santos Costa e Vera Lúcia Silva, cujos nomes não figuram em nenhuma das listas de supostas vítimas oferecidas pela Comissão ou pelos representantes, razão pela qual sustentou que não podem ser incluídas como supostas vítimas do presente caso.

35. A *Comissão* fez referência às hipóteses em que é aplicável a exceção prevista no artigo 35.2 do Regulamento e destacou, entre elas, a situação de pobreza e vulnerabilidade das supostas vítimas. Nesse sentido, estabeleceu que compete à Corte avaliar a aplicabilidade dessa exceção no presente caso.

36. A respeito das representações, a Comissão ressaltou que, embora o número de pessoas que outorgam formalmente procuração aos representantes seja menor que a totalidade de supostas vítimas constantes da relação apresentada, em razão da complexidade do caso, e aplicando-se a flexibilidade que a jurisprudência vem estabelecendo nesse aspecto, a Corte poderia se pronunciar a respeito das supostas vítimas que não outorgaram procurações, ou proceder a alguma determinação para solucionar essa falha.

37. Os *representantes* salientaram, por um lado, que a lista apresentada no escrito de solicitações e argumentos foi respaldada pelo Estado, em seus processos

³⁸ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 11 de dezembro de 1991. Série C Nº 13, par. 29; e *Caso Munárriz Escobar e outros Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de agosto de 2018. Série C Nº 355, par. 23.

internos. Além disso, se referiram à necessidade de atualizar a lista enviada pela Comissão, em aplicação do artigo 35.2 do Regulamento. Por outro lado, a respeito da falta de representação de algumas pessoas, ressaltaram vários documentos anexados aos autos que respaldam a existência de procuração conferida aos representantes de algumas das supostas vítimas impugnadas.

B. Considerações da Corte

38. Em conformidade com o artigo 35.1 do Regulamento da Corte e a jurisprudência constante deste Tribunal, as supostas vítimas devem ser identificadas no Relatório de Mérito, emitido conforme o artigo 50 da Convenção.³⁹ No entanto, o artigo 35.2 do Regulamento estabelece que, quando se justifique que não foi possível identificar algumas supostas vítimas por se tratar de violações em massa ou coletivas, este Tribunal decidirá se as considera como tais.⁴⁰ Nesse sentido, em atenção às particularidades do caso e à dimensão da violação, a Corte admitiu como supostas vítimas pessoas não relacionadas no Relatório de Mérito, desde que se tenha respeitado o direito de defesa e que estejam relacionadas aos fatos descritos nesse Relatório e à prova apresentada.⁴¹

39. Desse modo, esta Corte tem avaliado a aplicação do artigo 35.2 em relação às características particulares de cada caso e já o aplicou quando houve dificuldade para identificar ou contatar todas as supostas vítimas. Isso ocorreu, por exemplo, em virtude da presença de um conflito armado,⁴² do deslocamento forçado⁴³ ou do assassinato em massa de famílias, da queima de corpos e da ausência de registros ou certidões que pudessem identificá-las,⁴⁴ ou em casos em que famílias inteiras desapareceram.⁴⁵ Também já levou em conta a dificuldade de acesso à área onde ocorreram os fatos⁴⁶; a falta de registros a respeito dos habitantes do lugar⁴⁷; e o

³⁹ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai*, *supra*, par. 15.

⁴⁰ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 48; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*, *supra*, par. 35.

⁴¹ Cf. *Caso do Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C Nº 105, par. 48; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 45.

⁴² Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do município de Rabinal Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 328, par. 65.

⁴³ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do município de Rabinal Vs. Guatemala*, *supra*, par. 65.

⁴⁴ Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C Nº 252, par. 50.

⁴⁵ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48.

⁴⁶ Cf. *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Río Cacarica (Operação Gênese) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C. Nº 270, par. 41.

⁴⁷ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48; e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador*, *supra*, par. 50.

transcurso do tempo⁴⁸; bem como características particulares das supostas vítimas do caso, por exemplo, quando constituíam clãs familiares com nomes e sobrenomes semelhantes⁴⁹; e quando se tratavam de migrantes⁵⁰ ou de comunidades nômades cuja estrutura social ancestral envolve a dinâmica de unir-se em novas comunidades e separar-se para criar outras.⁵¹ Considerou, ainda, a conduta do Estado, por exemplo, quando existem alegações de que a falta de investigação contribuiu para a incompleta identificação das supostas vítimas⁵², e em um caso de escravidão.⁵³

40. Neste caso, esta Corte constata que, com efeito, a informação das supostas vítimas listadas no Relatório de Admissibilidade e Mérito não coincide com a remetida pelos representantes, ademais de algumas outras inconsistências que foram alegadas pelo Estado. A esse respeito reitera que, em princípio, compete à Comissão, e não a este Tribunal, identificar com precisão e na devida oportunidade as supostas vítimas de um caso. No entanto, este caso se refere a uma alegada violação coletiva de direitos humanos. Essa situação, somada ao tempo transcorrido e à dificuldade para contatar as supostas vítimas por sua condição de exclusão e vulnerabilidade, dá lugar à aplicação do artigo 35.2 do Regulamento da Corte. Por conseguinte, a seguir, este Tribunal procederá às respectivas determinações.

B.1 A respeito das supostas vítimas falecidas e sobreviventes

41. No escrito de submissão do caso e no Relatório de Admissibilidade e Mérito, a Comissão informou que 64 pessoas perderam a vida na explosão da fábrica de fogos, e seis sobreviveram a ela, num total de 70 supostas vítimas. No entanto, ao comparar a lista anexada ao Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão com a lista anexada ao escrito de solicitações e argumentos dos representantes das supostas vítimas, foram encontradas algumas incoerências que, uma vez depuradas, permitem identificar 60 supostas vítimas falecidas e seis supostas vítimas sobreviventes.⁵⁴

⁴⁸ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 51; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do município de Rabinal Vs. Guatemala*, *supra*, par. 65.

⁴⁹ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48.

⁵⁰ Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C Nº 251, par. 30.

⁵¹ Cf. *Caso Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*, *supra*, par. 35.

⁵² Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 48; e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador*, *supra*, par. 50.

⁵³ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 48.

⁵⁴ Tanto no escrito de apresentação do caso como no Relatório de Admissibilidade e Mérito, a Comissão informou que são 64 as pessoas que perderam a vida e seis as que sofreram ferimentos graves, num total de 70 supostas vítimas diretas da explosão (expediente de mérito, folhas 2 e 9). No entanto, na revisão da lista anexada ao Relatório de Admissibilidade e Mérito, foram encontradas algumas incoerências que, uma vez depuradas, permitem estabelecer que o número correto é o mencionado neste parágrafo. A Corte constatou e corrigiu as seguintes incoerências:

(1) a Comissão não apresentou uma relação total de 70, mas de 68 supostas vítimas. Essa incoerência é produto de um erro na numeração da relação anexada pela Comissão, a qual, como se percebe na folha 47 do expediente de mérito, omite os números 45 e 46, razão pela qual passa do número 44 (Francineide Jose Bispo Santos) para o número 47 (Alexandra Gonçalves da Silva).

Entre as pessoas que supostamente perderam a vida, se encontravam 20 crianças entre 11 e 17 anos de idade e, entre as seis supostas sobreviventes, se encontravam uma menina e dois meninos.⁵⁵ Entre as pessoas identificadas pela Comissão como sobreviventes se encontrava, ademais, uma não nascida, Vitória França da Silva, que teria sobrevivido apesar da morte da mãe,⁵⁶ e, entre as pessoas que supostamente faleceram, se encontravam quatro mulheres grávidas, duas delas menores de idade e as outras duas de 18 e 19 anos.

42. O Estado, em seu escrito de contestação, fez objeção à inclusão de “Maria de Jesus Santos Costa” no escrito de solicitações e argumentos como suposta vítima direta da explosão, por não haver sido identificada na lista anexada ao Relatório de Admissibilidade e Mérito. Após o exame do expediente, a Corte considera que a inclusão desse nome pode se dever a um caso de duplicidade, pois o escrito de solicitações e argumentos inclui duas pessoas da mesma idade (15 anos), uma identificada como “Mairla Santos Costa” e outra cujo nome é “Maria de Jesus Santos Costa”, ao passo que o anexo do Relatório de Admissibilidade e Mérito inclui somente o nome de “Mairla de Jesus Santos Costa”, de 15 anos. Essa conclusão é respaldada pelas alegações finais dos representantes, que nelas se referem às objeções do Estado, segundo as quais Mairla de Jesus Santos não estaria na lista enviada pela Comissão. A esse respeito, salientaram que de fato se encontra ali e corresponde a número 18.⁵⁷ No entanto,

(2) Foram encontrados dois nomes repetidos na lista: Karla Reis dos Santos/Carla Reis dos Santos e Arlete Silva Santos/Arlete Silva Santos.

(3) Em uma das linhas da lista, a Comissão só menciona o nome “Maise”, que não foi incluído na lista apresentada pelos representantes no escrito de solicitações e argumentos ou nas alegações finais, motivo por que se considera um erro.

Após esse exame, tem-se um total de 59 pessoas presumidamente falecidas e seis sobreviventes. No entanto, a lista da Comissão não inclui Izabel Alexandrina da Silva como suposta vítima mortal da explosão, a qual, é sim mencionada na relação dos representantes. Dessa suposta vítima há comprovação em vários documentos que constam do expediente (expediente de prova, folhas 170, 849 e 2012) e o Estado não fez objeção a sua inclusão na lista enviada pelos representantes. Com essa inclusão, chega-se à conclusão de que há um total de 60 supostas vítimas falecidas e seis sobreviventes.

⁵⁵ O Relatório de Admissibilidade e Mérito expõe algumas incoerências em relação às seguintes supostas vítimas crianças:

(1) inclui duas vezes Arlete Silva Santos e informa uma idade diferente em cada registro (14 e 15 anos). Esta Corte aceitará somente um dos registros (expediente de mérito, folha 47); e

(2) não menciona a idade de Alex Santos Costa, de 14 anos, nem de Maria Joelma de Jesus Santos, de 17 anos, as quais são, de fato, apresentadas pelos representantes (expediente de mérito, folhas 279 e 280).

Por outro lado, os representantes ressaltaram que o número de crianças que faleceram foi de 25. No entanto, das provas se infere que o número de crianças é o indicado neste parágrafo. Assim, por exemplo, o escrito de solicitações e argumentos mostra que Edilene Silva dos Santos tinha 17 anos, o que contrasta com o informado pela Comissão em seu Relatório de Admissibilidade e Mérito, no qual declarou que tinha 18 anos. Esta última é a idade que deve ser levada em conta, segundo a informação constante das folhas 167 e 615 do expediente de prova.

⁵⁶ Segundo a Comissão e os representantes, no momento da explosão da fábrica de fogos de artifício, a mãe de Vitória França da Silva estava no quinto mês de gestação. Alegam também que, tanto o nascimento prematuro de Vitória, como os alegados problemas físicos e psicológicos que apresentou desde criança até hoje foram consequência direta da explosão da fábrica. Por essa razão, a Corte considerará Vitória França da Silva como suposta vítima sobrevivente na presente sentença, além de familiar de uma suposta vítima falecida (Rosângela de Jesus França, mãe de Vitória França da Silva).

⁵⁷ Em seu escrito de contestação, o Estado afirmou: “Maria de Jesus Santos Costa, identificada como suposta vítima na relação anexada ao escrito de solicitações e argumentos, mas não identificada como

o Estado, na realidade, questionou a inclusão de Maria de Jesus Santos Costa. Em função disso, nota-se que os representantes consideraram “Mairla” e “Maria” como uma mesma pessoa. A Corte constata, ademais, que não consta do expediente prova alguma que respalde a existência de Maria de Jesus Santos Costa, enquanto Mairla Santos Costa está adequadamente identificada.⁵⁸

43. Em conclusão, esta Corte julga improcedente a objeção apresentada pelo Estado a respeito de uma das pessoas supostamente falecidas na explosão, por entender que se trata de um caso de duplicidade no registro. Além disso, uma vez revisados os documentos juntados ao processo, conclui que são 60 as supostas vítimas falecidas e seis as supostas vítimas sobreviventes.

B.2 A respeito dos familiares das supostas vítimas falecidas

44. O Estado questionou a inclusão de alguns familiares das pessoas falecidas na explosão, ou das que a ela sobreviveram, como supostas vítimas porque (i) não teriam sido incluídas no Relatório de Admissibilidade e Mérito, mas, sim, no escrito de solicitações e argumentos; (ii) não teriam conferido formalmente poder aos representantes; e (iii) não teria sido provado o vínculo que deu lugar a um eventual dano a seus direitos.

45. A Corte considera que as características específicas deste caso lhe permitem concluir que existem causas razoáveis que justificam o fato de que a lista de supostas vítimas incluída no Relatório de Admissibilidade e Mérito possa conter incoerências tanto na identificação plena das supostas vítimas como em sua representação. Nesse sentido, a Corte constata que, neste caso, é aplicável a circunstância excepcional contemplada no artigo 35.2 do Regulamento da Corte, segundo a qual, quando se trata de violações em massa ou coletivas, esta Corte pode determinar se considerará determinadas pessoas como supostas vítimas.⁵⁹ Por conseguinte, este Tribunal não aceitará as objeções referentes à falta de inclusão de alguns dos familiares das supostas vítimas no Relatório de Admissibilidade e Mérito ou à falta de representação, porque o contexto do caso, somado ao tempo transcorrido e à dificuldade para contatá-los, justifica que a lista apresentada pela Comissão estivesse incompleta ou que não tenha sido apresentada prova da representação em alguns casos.

suposta vítima no anexo único do Relatório da CIDH” (expediente de mérito, folha 409). Por sua vez, nas alegações finais, os representantes salientaram: “Mairla de Jesus Santos: o Estado afirma que a vítima não constaria da lista enviada pela CIDH, mas ela corresponde ao número 18 da relação” (expediente de mérito, folha 1542). 17

⁵⁸ A Comissão enviou como anexo do Relatório de Admissibilidade e Mérito um “*Folheto com as fotos de todas as vítimas com seus respectivos nomes e idades*”, no qual aparece o nome “Mairla de Jesus Santos Costa (15)” (expediente de prova, folha 524). Por outro lado, Mairla Santos Costa foi reconhecida como vítima deste caso nas instâncias internas do Estado, segundo consta do acervo probatório (expediente de prova, folhas 1993, 2063, 2091 e 2140).

⁵⁹ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 49; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*, *supra*, par. 31.

46. Por outro lado, o Estado, em seu escrito de contestação, fez objeção a 26 familiares por não haver encontrado prova do vínculo que propiciou a eventual violação de seu direito à integridade pessoal. Essas objeções se referem a familiares citados no Relatório de Admissibilidade e Mérito e no escrito de solicitações e argumentos. Uma vez que essa objeção se refere à prova do eventual dano do direito à integridade sofrida pelos familiares das supostas vítimas, será avaliada na seção correspondente (par. 248-256 *infra*) e não como uma questão preliminar.

47. Em relação à objeção referente à inclusão de duas procurações no escrito de solicitações e argumentos, correspondentes a Andressa Santos Costa e Vera Lúcia Silva, cujos nomes não figuram em nenhuma das listas de supostas vítimas oferecidas pela Comissão ou pelos representantes, a Corte constata que assiste razão ao Estado e que essas pessoas não devem ser consideradas supostas vítimas deste caso, pois em nenhum documento são apresentadas como tais.

48. Finalmente, a Corte constatou e corrigiu algumas incoerências em relação à lista de familiares apresentada pela Comissão. Assim, Adriana Santos Rocha era mencionada como suposta vítima da explosão e, na lista de familiares, esse mesmo nome aparecia como se fosse irmã de Adriana Santos Rocha, quer dizer, como sua própria irmã. O mesmo ocorria com Fabiana Santos Rocha.

49. Em conformidade com o acima exposto, a Corte constata que, neste caso, 100 pessoas, constantes do Anexo 2 desta sentença, foram identificadas como familiares das pessoas supostamente falecidas na explosão, ou que a ela sobreviveram e, por essa razão, serão consideradas supostas vítimas.

VI PROVA

A. Admissibilidade da prova documental

50. A Corte recebeu diversos documentos, apresentados como prova pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, anexados a seus escritos principais (*supra* par. 1, 6, 7 e 8). Recebeu também documentos anexados às alegações finais escritas dos representantes e do Estado (*supra* par. 11).

51. Este Tribunal, como o faz reiteradamente, admite os documentos apresentados na devida oportunidade processual pelas partes e pela Comissão, cuja admissibilidade não tenha sido questionada ou objetada, e cuja autenticidade não tenha sido posta em dúvida.⁶⁰ Com efeito, as partes e a Comissão não apresentaram objeções à admissibilidade da citada documentação.

⁶⁰ Cf. Artigo 57 do Regulamento; e *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de março de 2020. Série C Nº 402, par. 34.

52. Por outro lado, a Corte observa que os representantes apresentaram, juntamente com suas alegações finais escritas, uma tabela com todos os gastos relativos à tramitação do caso perante a Corte, bem como os respectivos comprovantes. A Corte faz notar que vários dos gastos comprovados teriam sido efetuados anteriormente à apresentação do escrito de solicitações e argumentos e, apesar disso, não foram encaminhados junto a esse documento. O Tribunal considera que, em conformidade com o artigo 40.b de seu Regulamento, esse oferecimento de prova é extemporâneo, razão pela qual, por conseguinte, não levará em consideração para o cálculo das custas e gastos qualquer comprovante enviado com as alegações finais cuja data seja anterior à apresentação do escrito de solicitações e argumentos, em 8 de janeiro de 2019.

B. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial

53. A Corte ouviu em audiência pública os depoimentos de Maria Balbina dos Santos, Leila Cerqueira dos Santos, Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni e Viviane de Jesus Forte. Além disso, recebeu depoimentos, prestados perante tabelião público (*affidavit*), das supostas vítimas Bruno Silva dos Santos e Claudia Reis dos Santos, da testemunha Aline Cotrim Chamadoira e dos peritos Christian Courtis e Miguel Cillero Bruñol. Os depoimentos mencionados são admitidos, na medida em que se ajustem ao objeto definido pela resolução que ordenou recebê-los e ao objeto do presente caso.⁶¹

VII FATOS

54. Levando em conta o quadro fático estabelecido no Relatório de Admissibilidade e Mérito, as alegações apresentadas pelas partes e pela Comissão, bem como o acervo probatório, a Corte passará a expor os fatos provados da seguinte forma: a) contexto; b) o trabalho na fábrica de “Vardo dos Fogos”⁶²; c) a explosão na fábrica de fogos; d) os processos internos; e e) a estrutura normativa vigente na data dos fatos.

55. Os fatos anteriores à data de ratificação da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil (10 de dezembro de 1998) são enunciados unicamente como antecedentes.

⁶¹ Os objetos das declarações se encontram dispostos na resolução do então Presidente da Corte, de 27 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/fabrica_de_fuegos_29_11_2019_por.pdf.

⁶² “Vardo dos Fogos” era o nome pelo qual a fábrica de fogos objeto do presente caso era conhecida entre a população de Santo Antônio de Jesus. “Vardo” refere-se a um apelido atribuído a um dos proprietários da fábrica. No decorrer desta sentença, os termos “fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus” ou “fábrica do Vardo dos Fogos” serão utilizados indistintamente, para se fazer referência à fábrica de fogos de artifício que é objeto do caso *sub judice*.

A. Contexto

A.1 Características relevantes da população da região de Santo Antônio de Jesus

56. O Município de Santo Antônio de Jesus está localizado na região do Recôncavo Baiano e se encontra a 187 km de Salvador, capital do Estado da Bahia,⁶³ à margem de uma das vias mais movimentadas do país.

57. A região do Recôncavo Baiano é conhecida por uma significativa presença histórica de pessoas afrodescendentes, devido, em parte, a que no século XVI recebeu um grande número de pessoas escravizadas para trabalhar na produção agrícola, especialmente nas lavouras de cana-de-açúcar e no cultivo de tabaco. A população afrodescendente no Brasil, inclusive depois da conquista da liberdade, enfrentou a negação de uma série de direitos por parte do Estado, pois o exercício da cidadania era extremamente restrito, e os direitos à moradia, à propriedade e à entrada no mercado de trabalho foram dificultados.⁶⁴

58. Na região dos fatos, no período posterior à abolição da escravidão,⁶⁵ muitos antigos escravos permaneceram em condições de servidão. Ademais, durante anos, viram-se imersos em relações trabalhistas marcadas pela informalidade e pelo uso predominante de mão de obra não qualificada, o que manteve boa parte da população em condições de pobreza.

59. Segundo o Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2010, 76,5% da população de Santo Antônio de Jesus se autorreconhecia como afrodescendente.⁶⁶ Além disso, 38,9% da população de Santo Antônio de Jesus e dos demais municípios do Recôncavo Baiano possuía renda mensal nominal per capita de até 1/2 salário mínimo.⁶⁷ Nesse mesmo sentido, os dados mostram que as pessoas cuja renda era a metade ou a quarta parte do salário mínimo correspondiam, respectivamente, a 42,18% e 16,4% da população de Santo Antônio de Jesus.⁶⁸ Em 2010, 13,3% da população entre 15 e 24 anos não estudava nem trabalhava, e 38,9% das pessoas maiores de 18 anos que não haviam concluído a então denominada escola primária executava trabalhos informais, como a produção

⁶³ Cf. *Amicus curiae* do Ministério Público do Trabalho, apresentado em 14 de fevereiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 952 a 985).

⁶⁴ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Bahia, apresentado em 14 de fevereiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 1005 a 1074).

⁶⁵ A abolição legal da escravidão no Brasil ocorreu em 1888. O Brasil foi o último país do hemisfério ocidental a abolir a escravidão. Cf. Nações Unidas. "A experiência do Brasil. Discriminação racial e mestiçagem". Disponível em: <https://www.un.org/es/cr/C3%B3nica-onu/discriminaci%C3%B3n-racial-y-mestizaje>.

⁶⁶ Segundo a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 52,6% da população de Santo Antônio de Jesus se considerava "parda", ao passo que 23,8% se considerava "negra". Dados disponíveis em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2093#/n1/all/n6/2928703/v/allxp/p/last%201/c86/all/c2/0/c1/0/c58/0/d/v93%200/l/v,p+c86+c2,t+c1+c58/resultado>.

⁶⁷ O salário mínimo em 1998 correspondia a R\$ 130,00 (cento e trinta reais) mensais, o que equivalia a USD\$ 104.00 (cento e quatro dólares estadunidenses).

⁶⁸ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Bahia, *supra*.

de fogos de artifício.⁶⁹ A esse respeito, o Estado reconheceu, na audiência realizada em 19 de outubro de 2006 perante a Comissão, que “há muita pobreza em Santo Antônio de Jesus, razão pela qual muitas famílias trabalham em fábricas clandestinas”.⁷⁰

60. Dados extraídos do Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, referentes ao ano 2000, dois anos depois de ocorridos os fatos do presente caso, mostram uma situação de vulnerabilidade social no Município de Santo Antônio de Jesus. Nesse contexto, 65% da população era constituída por pessoas vulneráveis à pobreza e 25,51% das crianças viviam em condições de pobreza extrema. Do mesmo modo, embora 69% das pessoas maiores de 18 anos estivessem empregadas, 58% desse grupo estava envolvido em trabalho informal e precário.⁷¹

A.1 A produção de fogos de artifício no Município de Santo Antônio de Jesus

61. O Brasil ocupa atualmente o segundo lugar na produção mundial de fogos de artifício, depois da China⁷², e Santo Antônio de Jesus é a segunda cidade com maior produção no Brasil⁷³ e o polo de produção mais importante do nordeste do país.⁷⁴ Não obstante isso, essa produção se caracteriza pela participação de trabalhadoras e trabalhadores em alto grau de informalidade.⁷⁵ Não se sabe exatamente quando teve início a produção em massa de fogos de artifício na cidade. No entanto, existem documentos do ano de 1603 que vinculam a cidade à produção de fogos de artifício, em virtude da celebração de festas religiosas relacionadas à Igreja católica. Hoje, a produção pirotécnica acontece durante todo o ano, mas especialmente para atender às demandas das festividades de junho e das celebrações de fim de ano.⁷⁶

62. Com frequência, a fabricação de fogos de artifício acontece em tendas clandestinas e insalubres, localizadas em regiões periféricas da cidade, e que carecem

⁶⁹ Cf. Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Perfil de Santo Antônio de Jesus, BA. Disponível em: http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/perfil_m/santo-antonio-de-jesus_ba.

⁷⁰ Cf. Manifestação do Estado na audiência pública de admissibilidade perante a Comissão Interamericana, em 19 de outubro de 2006 (anexo 4 do Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão; expediente de prova, folha 11), a partir do minuto 38:25.

⁷¹ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito do Instituto *Brasiliense* de Direito Público, apresentado em 17 de fevereiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 1076 a 1104), e Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. Perfil de Santo Antônio de Jesus, BA, *supra*.

⁷² Cf. Matéria publicada no “Russia Beyond”, em 21 de janeiro de 2014, com o título “Para alcançar líder China, Rússia quer exportar pirotecnia” (expediente de mérito, link citado pelos representantes no escrito de solicitações e argumentos, folha 283). Disponível em: https://br.brth.com/economia/2014/01/21/para_alcançar_líder_china_rússia_quer_exportar_pirotecnia_23777.

⁷³ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, apresentado em 15 de fevereiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 1106 a 1237).

⁷⁴ Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, Departamento de Ciências Humanas, Universidade do Estado da Bahia, Dissertação de Mestrado, 2008 (expediente de prova, folhas 1200 a 1333).

⁷⁵ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, dezembro de 2007 (expediente de prova, folhas 24 a 37) e SANTOS, Ana Maria. “A Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, Curso de Serviço Social, Faculdade Delta – UNIME Salvador, 2012 (expediente de prova, folhas 1524 a 1578).

⁷⁶ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, *supra*.

das condições mínimas de segurança exigidas para uma atividade dessa natureza. Além da possibilidade de queimaduras, a atividade pirotécnica implica outros riscos para a saúde do trabalhador, como lesões por esforço repetitivo, irritação ocular e das vias respiratórias superiores e doenças pulmonares.⁷⁷

63. A produção clandestina⁷⁸ e sem respeito às normas de segurança de fogos de artifício, apesar do perigo iminente, gera emprego e renda no município.⁷⁹ Assim, em 2005, estimava-se que 10% da população de 80.000 habitantes sobrevivia com a remuneração proveniente dessa atividade.⁸⁰ Outras fontes afirmam que, em 2008, entre dez mil e quinze mil pessoas trabalhavam na produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus.⁸¹

64. Os bairros onde vive a maioria das trabalhadoras e trabalhadores da fábrica a que se refere este caso – “Irmã Dulce” e “São Paulo” – são bairros periféricos de Santo Antônio de Jesus, que se caracterizam não só pela pobreza, mas também pela falta de acesso à educação formal. Esses lugares apresentam, ademais, problemas de falta de infraestrutura, especialmente em relação ao saneamento básico,⁸² e predomínio de pessoas com baixos níveis de educação e, por conseguinte, com baixa renda. Também prevalecem problemas estruturais que produzem e reproduzem o trabalho informal e precário de fabricação de traque ou estalo de salão.⁸³⁻⁸⁴

65. A atividade pirotécnica de fabricação de estalo de salão se distingue pelo trabalho feminino (mulheres, crianças e idosas) e “é marcada por uma intensa precarização, subordinação e exclusão do trabalho formal, dos direitos trabalhistas e da cidadania”.⁸⁵ As trabalhadoras desse setor são normalmente mulheres que não concluíram o ensino fundamental, que começaram a trabalhar na indústria entre os 10 e os 13 anos, e que aprenderam de vizinhos e familiares, sem receber nenhum tipo de capacitação formal. Trata-se de mulheres marginalizadas na sociedade, sem outras opções de trabalho.⁸⁶ Outrossim, as mulheres e as meninas que se dedicam à

⁷⁷ Cf. *Amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito do Instituto *Brasiliense* de Direito Público, *supra*.

⁷⁸ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*.

⁷⁹ Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*.

⁸⁰ Cf. PACHECO, José. Reportagem “Brincar com fogo, nunca mais” (expediente de prova, folhas 2 a 4).

⁸¹ Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*; e SANTOS, Ana Maria. “A Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, *supra*.

⁸² Cf. TOMASONI, Sônia Marise Rodrigues Pereira. “Dinâmica socioespacial da produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus-BA”, Tese de Doutorado, Universidade Federal de Sergipe, 2015 (expediente de prova, folhas 1335 a 1504).

⁸³ Na presente sentença, os termos “traque” e “estalo de salão” aparecem como sinônimos, e se referem a uma espécie de fogos de artifício.

⁸⁴ Cf. SANTOS, Ana Maria. “A Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, *supra*; e TOMASONI, Sônia Marise Rodrigues Pereira. “Dinâmica socioespacial da produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus-BA”, *supra*.

⁸⁵ Cf. TOMASONI, Sônia Marise Rodrigues Pereira. “Dinâmica socioespacial da produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus-BA”, *supra*.

⁸⁶ Cf. Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni em Audiência Pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH.

fabricação de traque trabalham nessa atividade graças a sua habilidade manual, que as tornam preferidas para esse tipo de trabalho.⁸⁷ Em 1998, havia aproximadamente 2.000 mulheres dedicadas à fabricação de fogos de artifício, das quais mais de 60% eram afrodescendentes. Além disso, do total de pessoas trabalhando, entre 30% e 40% eram crianças. Das provas que constam dos autos, infere-se que as mulheres introduziam os filhos na fabricação de traque, não só porque isso lhes permitia aumentar a produtividade, mas também porque não tinham aos cuidados de quem deixá-los.⁸⁸

66. O trabalho de fabricação de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus não era exclusivamente feminino, e também incluía homens, mas em atividades diferentes da produção de traque e em lugares diferentes dos destinados a sua elaboração. Os homens, em geral, se ocupavam da chamada “massa”⁸⁹.

67. A produção de fogos de artifício no município se caracterizava por um elevado grau de informalidade, clandestinidade, utilização de mão de obra infantil e trabalho de mulheres – inclusive nas próprias casas –, essencialmente artesanal e com baixíssimo grau de incorporação tecnológica.⁹⁰ Além disso, uma das principais fontes do trabalho do município era, e continua sendo, a fabricação de fogos de artifício de maneira sumamente arriscada para a vida e a integridade pessoal das trabalhadoras e dos trabalhadores⁹¹, a ponto de a explosão de 11 de dezembro de 1998 não ter sido a primeira. Com efeito, em 22 de abril de 1996, um dos donos da fábrica de fogos à qual se refere este caso – Osvaldo Prazeres Bastos – foi condenado em um processo penal por uma explosão ocorrida no contexto de suas atividades com fogos de artifício.⁹² Também entre 1991 e 1998, haviam sido registradas 46 mortes no país relacionadas a fogos de artifício.⁹³

B. O trabalho na fábrica de “Vardo dos Fogos”

68. A fábrica de fogos de artifício que explodiu em 11 de dezembro de 1998, em Santo Antônio de Jesus, era conhecida pela população como a fábrica do “Vardo dos Fogos”. Estava localizada na Fazenda Joeirana, de propriedade do senhor Osvaldo

⁸⁷ Cf. Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

⁸⁸ Cf. Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*; e SANTOS, Ana Maria. “A Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, *supra*; e TOMASONI, Sônia Marise Rodrigues Pereira. “Dinâmica socioespacial da produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus-BA”, *supra*.

⁸⁹ A massa é uma mistura de nitrato de prata, areia, álcool e ácido nítrico. Cf. Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

⁹⁰ Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*; e Sentença da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus do processo número 42.01.00.1357-01, de 29 de março de 2001 (expediente de provas, folhas 14 a 22).

⁹¹ Cf. PACHECO, José. Reportagem “Brincar com fogo nunca mais”, *supra*.

⁹² Cf. Certidão de antecedentes criminais de Osvaldo Prazeres Bastos, firmado por Iracema Silva de Jesus, de 12 de abril de 1999 (expediente de prova, folhas 8 e 9) e denúncia oferecida pela promotora Kristiany Lima de Abreu (expediente de prova, folhas 1585 a 1588).

⁹³ Cf. Matéria jornalística “Mais de 60 mortes”, publicada na Revista Veja, em 23 de dezembro de 1998 (expediente de prova, folha 6).

Prazeres Bastos,⁹⁴ na zona rural de Santo Antônio de Jesus, Estado da Bahia. A fábrica estava registrada em nome do filho deste último, Mário Fróes Prazeres Bastos.⁹⁵

69. A fábrica consistia em um conjunto de tendas em uma área de pasto, que dispunham de algumas mesas compartilhadas de trabalho. Grande parte dos materiais explosivos se encontravam nos mesmos espaços em que estavam as trabalhadoras. Não havia espaços específicos destinados a períodos de descanso ou de alimentação, nem banheiros.⁹⁶

70. No que se refere às trabalhadoras da fábrica de fogos, tratava-se de mulheres afrodescendentes, na grande maioria,⁹⁷ que viviam em condição de pobreza,⁹⁸ e que tinham baixo nível de escolaridade.⁹⁹ Além disso, eram contratadas informalmente, por meio de contratos verbais, e não eram regularmente registradas como empregadas.¹⁰⁰

71. Outrossim, recebiam salários muito baixos¹⁰¹ e não ganhavam nenhuma quantia adicional pelo risco a que eram submetidas diariamente em seu trabalho. Quanto ao pagamento pelo trabalho realizado, as trabalhadoras recebiam R\$ 0,50 (cinquenta centavos de real¹⁰²) pela produção de mil traques.¹⁰³ Os habitantes do Município de Santo Antônio de Jesus trabalhavam na fábrica de fogos devido à falta de outra alternativa econômica e em virtude de sua condição de pobreza. As empregadas da fábrica de fogos não podiam ter acesso a um trabalho no comércio em razão de sua falta de alfabetização¹⁰⁴ e não eram aceitas para trabalhar no serviço doméstico em função de estereótipos que as associavam, por exemplo, à criminalidade.¹⁰⁵

⁹⁴ Durante a tramitação da ação penal, o Ministério Público do Estado da Bahia e a juíza reconheceram que Osvaldo Prazeres Bastos era o verdadeiro dono da fábrica de fogos. Cf. Sentença da Vara Criminal de Santo Antônio de Jesus, de 9 de novembro de 2004 (expediente de prova, folhas 107 a 109).

⁹⁵ Cf. Certificado de Registro número 381 - SFPC/6, de 19 de dezembro de 1995, em favor de Mário Fróes Prazeres Bastos (expediente de prova, folha 48).

⁹⁶ Cf. Depoimento prestado por Maria Balbina dos Santos em audiência pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH.

⁹⁷ Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos em audiência pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH; e declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

⁹⁸ Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*; e Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

⁹⁹ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*; e Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

¹⁰⁰ Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*.

¹⁰¹ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*.

¹⁰² Na data dos fatos deste caso, um dólar estadunidense equivalia a 1,2 real.

¹⁰³ O estalo de salão ou traque se compõe da seguinte matéria-prima: areia, ácido, prata, enxofre e alumínio, fundidos em fogo quente e armazenados em uma bolsa plástica. Para serem armazenados, devem ser umedecidos com álcool a tempo de evitar um acidente. Cf. SANTOS, Ana Maria. "A *Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus - Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce*", *supra*.

¹⁰⁴ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*.

¹⁰⁵ De acordo com o depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, "ou trabalhávamos na fábrica ou em casas de famílias, mas muitas famílias não nos empregavam porque pensavam que éramos de um bairro pobre e que poderíamos furtar ou cometer furtos, e então nos discriminavam, não nos aceitavam e nos diziam venham amanhã, e sempre acontecia essa história". Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*. No mesmo sentido: Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

72. Às trabalhadoras da fábrica não eram oferecidos equipamentos de proteção individual,¹⁰⁶ nem treinamento ou capacitação para exercer seu trabalho.¹⁰⁷ Além disso, havia várias crianças trabalhando na fábrica,¹⁰⁸ inclusive desde os seis anos de idade.¹⁰⁹ As crianças trabalhavam seis horas diárias durante o período letivo e o dia inteiro nas férias, nos fins de semana e nas datas festivas.¹¹⁰ As mulheres, em geral, trabalhavam o dia todo,¹¹¹ das 6h da manhã às 5h30 da tarde,¹¹² e conseguiam fazer entre três e seis mil traques.¹¹³

73. A fabricação de fogos de artifício na região não parece ter mudado muito.¹¹⁴ Assim, por exemplo, a decisão da Vara do Trabalho, de 29 de março de 2001, apontou que as atividades irregulares de produção de fogos de artifício continuavam sendo realizadas na cidade de Santo Antônio de Jesus. Além disso, reportagens da rede de televisão brasileira “Record”, dos dias 21 a 23 de março de 2007, revelaram que, naquela época, a família “Prazeres” continuava empregando, em condições de grande risco, mão de obra de pessoas pobres (algumas delas crianças), e que lhes pagavam somente 50 centavos de real por mil fogos de artifício produzidos.¹¹⁵

C. A explosão na fábrica de fogos

74. Em 11 de dezembro de 1998, aproximadamente ao meio-dia, ocorreu uma explosão na fábrica de “Vardo dos Fogos”.¹¹⁶ Segundo consta da denúncia do Ministério Público, os donos da fábrica tinham conhecimento de que “era perigosa e poderia explodir a qualquer momento e provocar uma tragédia” e, embora tivessem recebido autorização do Ministério do Exército¹¹⁷, as atividades eram realizadas “de forma irregular”.¹¹⁸

¹⁰⁶ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*; Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*; Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*; e Depoimento prestado perante tabelião público por Bruno Silva dos Santos, em 7 de janeiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 876 e 877).

¹⁰⁷ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*; e Depoimento prestado perante tabelião público por Bruno Silva dos Santos, *supra*.

¹⁰⁸ Cf. Declaração pericial oferecida por Viviane de Jesus Forte em audiência pública realizada em 31 de janeiro de 2020 perante a Corte IDH.

¹⁰⁹ Cf. Declaração pericial oferecida por Viviane de Jesus Forte, *supra*.

¹¹⁰ Cf. Depoimento prestado perante tabelião público por Bruno Silva dos Santos, *supra*.

¹¹¹ Cf. Depoimento prestado perante tabelião público por Claudia Reis dos Santos, em 7 de janeiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 878 e 879). 24

¹¹² De acordo com o depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos em audiência pública perante a Corte IDH, trabalhavam de seis da manhã às cinco e meia da tarde. Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*. Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*.

¹¹³ Cf. Depoimento prestado por Maria Balbina dos Santos, *supra*.

¹¹⁴ Cf. Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*.

¹¹⁵ Cf. Reportagem veiculada pela “Record”, de 21 de março de 2007 (expediente de prova, folha 82).

¹¹⁶ Cf. Denúncia do Ministério Público, de 12 de abril de 1999, processo penal 0000447- 05.1999.8.05.0229 (expediente de prova, folhas 39 a 43).

¹¹⁷ O então Ministério do Exército (1967 a 1999) é hoje o Ministério da Defesa. Até o ano de 1967, esse Ministério se chamava Ministério da Guerra.

¹¹⁸ Cf. Denúncia do Ministério Público, de 12 de abril de 1999, *supra*.

75. Como consequência da explosão, morreram 60 pessoas e seis sobreviveram. Entre as pessoas que perderam a vida, se encontravam 40 mulheres, 19 meninas e um menino. Entre as pessoas que sobreviveram, havia três mulheres, dois meninos e uma menina, perfazendo um total de 23 crianças, além de Vitória França da Silva, que, diante do grave estado de saúde de sua mãe grávida (que posteriormente faleceu), nasceu de forma prematura, em razão da explosão, apresentando por isso problemas de saúde.¹¹⁹ Por outro lado, quatro das mulheres falecidas se encontravam em estado de gestação. Os corpos das pessoas falecidas apresentaram queimaduras graves, e alguns estavam mutilados.¹²⁰

76. As pessoas sobreviventes foram atendidas pelo hospital local da cidade de Salvador, capital da Bahia, já que a cidade de Santo Antônio de Jesus não dispunha de um hospital com uma unidade para tratar pessoas queimadas. No entanto, nenhuma delas recebeu tratamento médico adequado para que se recuperassem das consequências do acidente. A maioria das sobreviventes sofreu lesões corporais graves, desde a perda auditiva até queimaduras que chegaram a quase 70% do corpo. Uma das sobreviventes da explosão, Leila Cerqueira dos Santos, declarou à Corte que teve queimaduras de terceiro grau no rosto, nos braços e nas pernas, problemas de inflamação no ouvido, além de muitas dores.¹²¹ Outros dois sobreviventes, um menino da data dos fatos e uma mulher, declararam que não receberam assistência médica para atender às sequelas da explosão.¹²²

77. Leila Cerqueira dos Santos relatou que foi resgatada por um casal que a levou ao hospital em Santo Antônio de Jesus em um carro pequeno, sem nenhum tipo de atenção médica. Afirmou, ademais, que daquele hospital a transferiram com os demais sobreviventes para o hospital da cidade de Salvador, também sem cuidado médico algum; tão somente tiraram-lhe a roupa.¹²³

78. No momento da explosão, a fábrica tinha autorização do Ministério do Exército e do Município,¹²⁴ bem como dispunha do Certificado de Registro número 381, emitido em 19 de dezembro de 1995, com vigência até 31 de dezembro de 1998. Mediante esse certificado, a empresa foi autorizada a armazenar 20.000 kg de nitrato de potássio e 2.500 kg de pólvora negra.¹²⁵ No entanto, desde o registro da fábrica de fogos, até o momento da explosão, não há notícia de nenhuma atividade de fiscalização levada a cabo pelas autoridades estatais,¹²⁶ tanto no que se refere a

¹¹⁹ Os representantes afirmam, por exemplo, que Vitória até hoje sofre ataques epiléticos e apresenta uma condição psicológica que comprometeu todo o seu processo de aprendizagem.

¹²⁰ Cf. Matéria jornalística “Mais de 60 mortes”, *supra*.

¹²¹ Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*.

¹²² Cf. Depoimentos prestados perante tabelião público por Bruno Silva dos Santos e Claudia Reis dos Santos, *supra*.

¹²³ Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*.

¹²⁴ Cf. Sentença da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, *supra*; e Alvará de funcionamento concedida pela Prefeitura de Santo Antônio de Jesus, inscrição municipal no. 004-312/001-50 (expediente de prova, folha 1776).

¹²⁵ Cf. Certificado de Registro número 381 - SFPC/6, de 19 de dezembro de 1995, do Ministério do Exército, em favor de Mário Fróes Prazeres Bastos (expediente de prova, folha 48).

¹²⁶ Cf. Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*.

condições de trabalho, quanto no que concerne ao controle de atividades perigosas. Nesse sentido, o Estado afirmou, na audiência pública realizada em 2006 perante a Comissão, que havia falhado ao não haver fiscalizado a fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus.¹²⁷

79. Transcorridos dois dias da explosão, no âmbito do processo administrativo em razão dela iniciado, o 1º Tenente do Exército Ednaldo Ribeiro Santana Júnior compareceu ao lugar dos fatos e confirmou o depósito de diversos materiais, em violação às normas de segurança quanto ao manejo e armazenamento de explosivos, e à guarda de produtos sem autorização, de maneira que procedeu a sua apreensão.¹²⁸

80. Em 8 de janeiro de 1999, a Polícia Civil procedeu a uma perícia técnica, a qual determinou que a explosão fora causada pela falta de segurança vigente no local, não somente em relação ao armazenamento dos propulsores e acessórios explosivos, mas também pelo fato de o material ter sido indevidamente manipulado por pessoas não capacitadas para isso.¹²⁹

81. O Comando Militar do Nordeste No. 6, no âmbito do processo administrativo citado, emitiu um parecer conclusivo, no qual expôs que a empresa havia cometido uma série de irregularidades (par. 92 *infra*).¹³⁰ Em 23 de junho de 1999, seis meses depois da explosão, o certificado de registro da fábrica foi cassado.¹³¹ No entanto, consta que, até 26 de outubro de 1999, Mário Fróes Prazeres Bastos continuava exercendo atividades irregulares de produção de fogos de artifício.¹³²

D. Os processos internos

82. Em relação à explosão de 11 de dezembro de 1998, foram iniciados processos civis, trabalhistas, penais e administrativos. Até a data de aprovação do Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão, só haviam sido concluídos os processos na via administrativa e alguns trabalhistas, sem que se houvesse conseguido a execução da reparação nesses últimos. Os demais processos, passados mais de 18 anos, se encontravam pendentes em diversas etapas.

¹²⁷ Cf. Audiência de Admissibilidade perante a CIDH, Caso 12.428, a partir do minuto 38:25 da gravação (expediente de prova, folha 11). No mesmo sentido, na decisão sobre o recurso da demanda das vítimas contra o Governo Federal e o Estado da Bahia, o Tribunal Regional Federal concluiu que, após a concessão da licença de funcionamento da fábrica não houve nenhuma atividade de inspeção por parte do órgão federal responsável, exceto depois da ocorrência do acidente. Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que resolveu o recurso interposto no âmbito da ação civil nº 2002.33.00.005225-1, proposta pelas supostas vítimas contra o Governo Federal e o Estado da Bahia (expediente de prova, folhas 2194 a 2295).

¹²⁸ Cf. Certidão de confisco do Ministério do Exército, de 13 de dezembro de 1998 (expediente de prova, folhas 56 e 57).

¹²⁹ Cf. Exame Pericial da Secretaria de Segurança Pública, de 8 de janeiro de 1999 (expediente de prova, folhas 59 a 63).

¹³⁰ Cf. Solução do processo administrativo do Departamento de Material Bélico do Ministério da Defesa de 6 de junho de 1999 (expediente de prova, folha 53).

¹³¹ Cf. Ofícios Nº 592-SFPC/6 e 612-SFPC/6; e Portaria Nº 13/DMB, de 1999 (expediente de prova, folhas 50 a 54).

¹³² Cf. Sentença da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, *supra*.

D.1 Processo penal

83. Após a explosão de 11 de dezembro de 1998, a Polícia Civil iniciou uma investigação de ofício, em função da qual, em 12 de abril de 1999, o Ministério Público do Estado da Bahia apresentou uma acusação formal pelos crimes de homicídio doloso e tentativa de homicídio contra o dono da fábrica Mário Fróes Prazeres Bastos, seu pai, Osvaldo Prazeres Bastos, e seis pessoas que exerciam funções administrativas na fábrica.¹³³

84. Em 9 de novembro de 2004, o juiz da Vara Criminal de Santo Antônio de Jesus, ao encontrar indícios suficientes sobre a possível prática de um crime, resolveu que os acusados deviam ser submetidos ao Tribunal do Júri.¹³⁴ Em 18 de julho de 2007, o Ministério Público solicitou ao Tribunal de Justiça da Bahia que transferisse o caso para a cidade de Salvador, por considerar que a influência econômica e política dos acusados poderia dificultar a tomada de decisão. Essa solicitação foi acolhida em 7 de novembro de 2007.¹³⁵

85. Em 20 de outubro de 2010, foram condenadas cinco pessoas, entre elas o dono da fábrica e seu pai, e absolvidos três acusados.¹³⁶ Contra essa decisão, os condenados interpuseram recursos de apelação, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de Justiça da Bahia em 26 de abril de 2012. Enquanto continuava pendente um recurso no Supremo Tribunal Federal, interposto em 12 de novembro de 2018, os condenados impetraram *habeas corpus* durante o ano de 2019. Em virtude do *habeas corpus* apresentado por Osvaldo Prazeres Bastos, o Tribunal de Justiça da Bahia declarou¹³⁷ a extinção de sua pena por prescrição.¹³⁸ Os demais *habeas corpus*,

¹³³ Cf. Denúncia do Ministério Público, *supra*.

¹³⁴ Cf. Sentença do juiz da Vara Criminal de Santo Antônio de Jesus, de 9 de novembro de 2004 (expediente de prova, folhas 107 a 109).

¹³⁵ Cf. Resumo do processo penal nº 0000447-05.1999.8.05.0229 no Portal de Serviços e-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (expediente de prova, folhas 134 a 138).

¹³⁶ Cf. Resumo do processo penal nº 0000447-05.1999.8.05.0229, *supra*.

¹³⁷ Cf. Decisão do Tribunal de Justiça da Bahia no Processo de *Habeas Corpus* nº 8016892- 66.2019.8.05.0000 (expediente de prova, folhas 4472 a 4475).

¹³⁸ A prescrição está regulamentada nos artigos 109 a 119 do Código Penal brasileiro. Segundo essa norma, a prescrição pode ser dividida em duas espécies: prescrição da pretensão *punitiva*, a qual pode ocorrer enquanto não houver uma sentença penal condenatória definitiva, e prescrição da pretensão *executória*, que pode ocorrer somente após a sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Os prazos da prescrição da pretensão *punitiva*, que começam a ser contados, em geral, a partir do dia em que o crime foi consumado, variam de um crime para outro, e são definidos em função da pena máxima estabelecida, em abstrato, para a conduta delitiva. Por sua vez, os prazos da prescrição da pretensão *executória* são regidos pela pena efetivamente aplicada por meio da sentença condenatória e começam a ser contados a partir do dia do trânsito em julgado. No entanto, só se pode reconhecer esse tipo de prescrição depois que a condenação se torne definitiva para ambas as partes. De acordo com a legislação penal brasileira, há também uma terceira espécie de prescrição, a qual ocorre depois da sentença penal condenatória, quando somente a defesa tenha interposto recurso, ou seja, quando a sentença já tenha se tornado definitiva para a acusação. A partir desse momento, o prazo de prescrição será calculado em função da pena aplicada (e já não da pena máxima em abstrato). A prescrição da pretensão *punitiva* pode ser interrompida pelos seguintes fatos: a admissibilidade da denúncia ou queixa, a decisão de apresentação do caso ao Tribunal do Júri ("*decisão de pronúncia*"), a decisão que confirma essa apresentação e a publicação das sentenças não definitivas. Uma vez interrompida, a contagem do prazo de prescrição começará novamente do zero, a partir da data da interrupção. Outra disposição relevante do Código Penal brasileiro dispõe que o prazo de prescrição será reduzido à metade quando o infrator tenha menos de 21 anos na data do delito ou mais

impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tinham por objetivo anular a decisão dos recursos de apelação, pois os advogados dos acusados não haviam sido convocados para a sessão de julgamento de tais recursos.¹³⁹ Esses recursos foram providos, motivo pelo qual se determinou que as apelações deveriam ser novamente julgadas, com a devida notificação aos advogados da defesa.¹⁴⁰ Portanto, o processo penal ainda não foi concluído.

D.2 Processos civis

86. No âmbito civil, foram iniciados dois processos: i) contra o Estado do Brasil, contra o Estado da Bahia, contra o Município de Santo Antônio de Jesus e contra a empresa de Mário Fróes Prazeres Bastos; e ii) contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos.

a. Ação civil contra o Estado do Brasil, o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa de Mário Fróes Prazeres Bastos (fábrica de fogos)

87. Em 4 de março de 2002, as supostas vítimas e seus familiares apresentaram uma demanda contra o Estado do Brasil, o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa de Mário Fróes Prazeres Bastos, por danos morais e materiais. Nessa demanda solicitaram, ademais, a tutela antecipada¹⁴¹ para os menores de 18 anos cujas mães haviam falecido na explosão.¹⁴² A solicitação de tutela antecipada foi aceita pelo Juiz Federal em 5 de março de 2002.¹⁴³ Em seu escrito apresentado à Comissão em 18 de outubro de 2010, os peticionários salientaram que, das 44 pessoas que perderam os pais e figuravam no polo ativo da demanda, apenas 39 foram beneficiadas pela decisão de antecipação da tutela, referente a uma pensão mensal de um salário mínimo. Destas, somente 16 receberam efetivamente esse

de 70 na data da sentença. Cf. Código Penal brasileiro. Decreto Legislativo Nº 2.848, promulgado em 7 de dezembro de 1940, artigos 109 a 119. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

¹³⁹ Cf. Decisão liminar no Processo do *habeas corpus* no. 527.573, de 26 de agosto de 2019 (expediente de prova, folhas 4477 a 4478); e Decisão sobre pedido de extensão dos efeitos de medida liminar no processo de *habeas corpus* no. 527.573-BA, de 28 de agosto de 2019 (expediente de prova, folha 4480).

¹⁴⁰ Cf. Decisão do STJ de anulação do julgamento do recurso de apelação no processo de *habeas corpus* nº 527.573, de 25 de setembro de 2019 (expediente de prova, folhas 4483 e 4484); e Decisão do STJ de anulação do julgamento do recurso de apelação no processo de *habeas corpus* nº 527.605, de 25 de outubro de 2019 (expediente de prova, folhas 4486 e 4487).

¹⁴¹ A antecipação de tutela, conforme expôs o Estado em seu escrito de contestação, tem por objetivo que, nos casos em que a duração do processo possa prejudicar a eficácia e a obtenção de justiça, se possa antecipar a proteção reivindicada, quando determinados requisitos são cumpridos. Atualmente, o tema é regulamentado pelos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, de 2015. Cf. Código de Processo Civil do Brasil. Lei Nº 13.105, promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046.

¹⁴² Cf. Petição inicial apresentada à Justiça Federal no Estado da Bahia, processo número 2002.33.00.005225-1, de 4 de março de 2002 (expediente de prova, folhas 140 a 185).

¹⁴³ Cf. Decisão do Juiz Federal de primeira instância sobre a tutela antecipada, expediente nº 2002.33.00.005225-1, de 5 de março de 2002 (expediente de prova, folhas 187 a 189).

pagamento, pois, em virtude do transcurso do tempo, as demais já tinham 18 anos (idade máxima para receber a pensão, segundo a determinação judicial). Os demais familiares não teriam recebido reparação alguma do Estado.¹⁴⁴

88. Continuando com o processo principal, depois da decisão de antecipação da tutela, foi realizado um desmembramento do processo devido ao alto número de litisconsortes (84). Em decorrência dessa decisão, foram iniciados 14 processos distintos, cada um com um máximo de cinco demandantes.¹⁴⁵ Os representantes informaram que as decisões de primeira instância foram proferidas entre 7 de julho de 2010 e 26 de agosto de 2011, e contra elas foram interpostos recursos, que foram negados, entre 31 de agosto de 2013 e 20 de março de 2017. Foram apresentados, ademais, embargos de declaração contra as decisões de apelação, os quais foram decididos entre 26 de outubro de 2015 e 5 de maio de 2018. Finalmente, o Governo Federal e o Estado da Bahia interpuseram recursos especiais e extraordinários em 12 dos 14 processos, de modo que dez permanecem pendentes e dois tiveram decisões que se tornaram definitivas em setembro de 2017 e abril de 2018. A Comissão salientou que não dispõe de informação sobre o pagamento de reparações por parte do Estado, além dos pagamentos parciais relativos à decisão de antecipação de tutela. O Estado tampouco apresentou informação sobre o tema.

b. Ação Civil *ex delicto* contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos

89. O Estado ressaltou que, no mesmo ano da explosão da fábrica de fogos, isto é, em 1998, o Ministério Público do Estado da Bahia ajuizou, perante ao 1ª Vara Cível da Comarca de Santo Antônio de Jesus, a ação cautelar inominada número 0002335-43.1998.805.0229, por meio da qual solicitou o bloqueio dos bens dos acusados Osvaldo Prazeres Bastos e Mário Prazeres Bastos, com o objetivo de garantir as reparações de danos em favor das vítimas sobreviventes e herdeiros das vítimas falecidas na explosão.

90. Em 9 de janeiro de 1999, o Ministério Público do Estado da Bahia, de ofício, juntamente com vários familiares das vítimas da explosão, ajuizou a ação civil no. 0000186-40.1999.805.0229, perante o juiz da 1ª Vara Cível, contra Osvaldo Prazeres Bastos, Mário Fróes Prazeres Bastos e Maria Julieta Fróes Bastos, com a finalidade de obter reparações.¹⁴⁶ Este processo foi concluído em primeira instância devido a um acordo entre as vítimas da explosão, seus parentes e os demandados, assinado em

¹⁴⁴ Cf. Ofício N° 090/10 JG/RG dos representantes, de 18 de outubro de 2010 (expediente de prova, folhas 191 a 193).

¹⁴⁵ Cf. Tabela de processos civis que tramitam na Justiça Federal (expediente de prova, folhas 1617 a 1619). No resumo dos processos, que o Estado apresenta em sua contestação, não se menciona o processo n° 2004.33.00.021817-9.

¹⁴⁶ O Estado do Brasil destacou em sua contestação que, conforme a legislação brasileira, os processos penais, civis e administrativos são independentes entre si, razão pela qual o Ministério Público pôde, em 1998, iniciar um processo civil com vistas a indenizar as vítimas, quando o processo penal ainda não havia sido concluído.

8 de outubro de 2013,¹⁴⁷ o qual foi homologado pelo juiz da 1ª Vara Cível em 10 de dezembro de 2013. O acordo estabeleceu uma indenização de aproximadamente R\$ 1.280.000,00 (um milhão, duzentos e oitenta mil reais), os quais seriam divididos entre os titulares dos créditos. Em vista do descumprimento do acordo por parte dos demandados, o Ministério Público apresentou uma petição de cumprimento de sentença na qual solicitou a imposição de uma multa. Além disso, apresentou uma lista de propriedades de Osvaldo Prazeres Bastos, a fim de proceder a seu embargo, caso a dívida não fosse paga.¹⁴⁸ O Estado, em sua contestação, informou que, até outubro de 2017, os demandados haviam pago a quantia de R\$ 1.940.000 (um milhão, novecentos e quarenta mil reais). Posteriormente, segundo informou o Estado, o demandado efetuou três depósitos, no total de R\$ 270.000 (duzentos e setenta mil reais) e uma de suas propriedades foi leiloada, arrecadando a quantia de R\$ 84.500 (oitenta e quatro mil e quinhentos reais). Desse modo, a dívida atual dos executados alcança a soma de R\$ 475.038 (quatrocentos e setenta e cinco mil e trinta e oito reais). Entre 25 de novembro de 2016 e 4 de maio de 2018, foram expedidos alvarás judiciais para o pagamento dos valores arrecadados a cada vítima.¹⁴⁹ A Promotoria local continuou solicitando o cumprimento do pagamento da dívida restante,¹⁵⁰ o que culminou, em março de 2019, com a homologação pelo juiz civil de um novo acordo, com vistas a promover o pagamento das quantias faltantes.¹⁵¹

D.3 Processos trabalhistas

91. No âmbito da Justiça do Trabalho, nos anos de 2000 e 2001, foram ajuizadas 76 demandas perante a Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, dos quais 30 foram arquivadas definitivamente e outros 46 foram declaradas improcedentes em primeira instância. Diante das decisões que declararam improcedentes as demandas, foram interpostos recursos ordinários, em decorrência dos quais o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região deu razão às trabalhadoras da fábrica de fogos e ordenou um novo pronunciamento.¹⁵² As novas decisões reconheceram o vínculo empregatício das trabalhadoras com Mário Frões Prazeres Bastos e declararam parcialmente procedentes 18 das demandas apresentadas, e uma totalmente procedente. Seis

¹⁴⁷ Cf. Acordo promovido pelo Ministério Público da Bahia, em 8 de outubro de 2013 (expediente de prova, folhas 1956 a 1959).

¹⁴⁸ Cf. Resumo do processo civil nº 0000186-40.1999.8.05.0229 no Portal de Serviços e-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (expediente de prova, folhas 216 a 230). 29

¹⁴⁹ Cf. Alvarás Judiciais expedidos pela Juíza da 1ª Vara Cível de Santo Antônio de Jesus (expediente de prova, folhas 1964 a 2189).

¹⁵⁰ Cf. Petição do Ministério Público do Estado de Bahia, Processo nº 0000186-40.1999.8.05.0299, de 17 de junho de 2018 (expediente de prova, folha 2191 e 2192).

¹⁵¹ Cf. Resumo do processo civil nº 0000186-40.1999.8.05.0229 no Portal de Serviços e-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (expediente de prova, folhas 4924 a 4957); e Certidão da 1ª Vara Cível de Santo Antônio de Jesus, de 26 de março de 2019 (expediente de prova, folhas 3997 a 4002).

¹⁵² Cf. Relatório do Diretor Adjunto da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, de 5 de outubro de 2005 (expediente de prova, folha 233).

desses processos permaneceram em arquivo provisório por vários anos,¹⁵³ pois não haviam sido encontrados bens do condenado (Mario Prazeres Bastos) que permitissem sua execução.¹⁵⁴ Em agosto de 2018, no âmbito do processo trabalhista de Leila Cerqueira dos Santos, foi embargado um bem de Osvaldo Prazeres Bastos, pai de Mário Fróes Prazeres Bastos, no montante de R\$ 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil reais), que seria suficiente para indenizar as vítimas de todas as ações cujas execuções estavam ativas.¹⁵⁵

D.4 Processo administrativo

92. Um processo administrativo foi iniciado de ofício pela Sexta Região Militar do Exército. No âmbito desse processo, dois dias depois da explosão, em 13 de dezembro de 1998, foram confiscados produtos irregulares encontrados na fábrica de fogos.¹⁵⁶ Em 15 de dezembro do mesmo ano, se informou sobre a destruição dos materiais apreendidos.¹⁵⁷ Em 6 de junho de 1999,¹⁵⁸ foi decidido o processo administrativo, determinando-se o cancelamento definitivo do registro da empresa, ao serem constatadas as seguintes irregularidades: 1) falta de segurança nas instalações; 2) depósitos não registrados junto aos pavilhões de fabricação; 3) fabricação de pólvora negra sem a respectiva autorização; 4) armazenagem de grandes quantidades de pólvora branca sem a devida autorização ou registro; 5) falta de extintores na maioria dos depósitos; 6) armazenagem de pacotes de fogos de artifício de marcas com as quais não se mantinha nenhuma relação comercial; 7) falta de justificativa da origem de parte dos produtos controlados encontrados nos depósitos; 8) armazenamento indevido, ao guardar em um mesmo depósito clorato de potássio, nitrato de potássio, pólvora negra, pólvora branca e fogos de artifício já confeccionados.¹⁵⁹

¹⁵³ A Corte não dispõe de informação exata sobre a tramitação de cada processo trabalhista. No entanto, se infere da ficha de tramitação da ação promovida por Leila Cerqueira dos Santos, apresentada pelo Estado em sua contestação, que seu processo esteve arquivado provisoriamente entre 8 de novembro de 2002 e 27 de outubro de 2009 e, por conta da frustração da execução, foi suspenso de 6 de agosto de 2010 a 24 de novembro de 2011 e de 18 de dezembro de 2013 a 14 de maio de 2014 (expediente de prova, folha 2624).

¹⁵⁴ Cf. Relatório do Diretor Adjunto da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, *supra*.

¹⁵⁵ Cf. Comunicação da Juíza Cássia Magali Moreira Daltro da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus à Advocacia-Geral da União, de 21 de fevereiro de 2019 (expediente de mérito, folha 4106).

¹⁵⁶ Cf. Termo de apreensão da Sexta Região do Comando Militar do Nordeste, de 13 de dezembro de 1998 (expediente de prova, folha 1875 e 1876).

¹⁵⁷ Cf. Termo de destruição da Sexta Região do Comando Militar do Nordeste, de 15 de dezembro de 1998 (expediente de mérito, folha 1878).

¹⁵⁸ Foram informadas duas datas como sendo a da emissão dessa decisão. A Comissão e os representantes declararam que a conclusão do processo ocorreu em 2 de dezembro de 1999. No entanto, essa data está incorreta, pois tomaram como referência a data em que foi publicada a decisão em questão, e não a da sua emissão. O Estado destacou que a data é 6 de julho de 1999, o que é respaldado pela data que, com efeito, consta da Resolução do Departamento de Material Bélico do Ministério da Defesa. No entanto, do exposto, embora isso não tenha sido registrado por nenhuma das partes, se considera que pode existir um erro na data que consta do documento apresentado como prova, pois o cancelamento do registro da empresa se deu em 23 de junho de 1999, razão pela qual a decisão que a ordena não poderia ter sido emitida posteriormente, ou seja, em 6 de julho de 1999. Desse modo, se considera provável que a data real dessa decisão seja 6 de junho de 1999. Cf. Solução de Processo Administrativo do Departamento de Material Bélico do Ministério da Defesa de 6 de junho de 1999 (expediente de prova, folhas 53 e 1868 a 1869).

¹⁵⁹ Cf. Solução de Processo Administrativo do Departamento de Material Bélico do Ministério da Defesa, *supra*.

93. Em cumprimento à decisão anterior, em 23 de junho de 1999, mediante o Decreto No. 013/DMB, o Ministério do Exército cancelou o Certificado de Registro da fábrica em questão (*supra* par. 81). Em 13 de outubro de 1999, o Comandante da Sexta Região Militar comunicou ao Chefe da Polícia Civil de Santo Antônio de Jesus que o material encontrado nas naves de fabricação seria destruído e os produtos guardados nos armazéns seriam apreendidos para ser inspecionados e evitar o risco de novas explosões.¹⁶⁰

E. Estrutura normativa vigente na data dos fatos

E.1 Em relação ao controle de atividades perigosas

94. A atividade de fabricação de fogos de artifício está prevista e definida sob o número 8121-05 no Código Brasileiro de Profissões;¹⁶¹ o trabalhador do setor recebe o nome genérico de pirotécnico.

95. Havia no Brasil, na data dos fatos, uma regulamentação sobre o controle de atividades perigosas. O Decreto No. 55.649, de 28 de janeiro de 1965,¹⁶² dispunha, no artigo 11, que era responsabilidade do Ministério da Guerra autorizar a produção e fiscalizar o comércio de produtos controlados, inclusive os fogos de artifício, e que essa tarefa, conforme o artigo 4º da mesma norma, poderia ser delegada a outros órgãos do Governo Federal, como aos estados ou aos municípios, mediante convênio.

96. O mencionado Decreto estabelecia, ademais, que o registro era uma medida obrigatória e geral para as empresas que produziam fogos de artifício, entre outros, e que o documento que as habilitava para funcionamento era o denominado “Título de Registro”, cuja validade era de três anos.¹⁶³

97. Ademais, a legislação impunha ao então Ministério da Guerra as seguintes competências:

- a) decidir sobre os produtos que devam ser considerados controlados; b) decidir sobre registro de empresas civis que se incumbam da fabricação, recuperação, manutenção, utilização industrial, manuseio, exportação, importação, armazenamento

¹⁶⁰ Cf. Ofício Nº 592-SFPC/6 do Comandante da Sexta Região Militar, de 13 de outubro de 1999 (expediente de provas, folha 50 e 51).

¹⁶¹ Cf. Ministério do Trabalho. Classificação Brasileira de Ocupações, Nº 8121-05: Pirotécnico e 8121-10: Trabalhador da fabricação de munição e explosivos. Disponível em: <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>.

¹⁶² Cf. Decreto Nº 55.649, de 28 de janeiro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D55649.htm. O Decreto Nº 55.649, de 28 de janeiro de 1965, foi revogado pelo Decreto Nº 2.998, de 23 de março de 1999, que, por sua vez, foi revogado pelo Decreto Nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Este também foi revogado pelo Decreto Nº 9.493 de 5 de setembro de 2018, o qual foi revogado pelo Decreto Nº 10.030, de 30 de setembro de 2019, vigente até a data.

¹⁶³ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigos 32 e 33.

e comércio de produtos controlados, inclusive as fábricas de artigos pirotécnicos; c) decidir sobre o cancelamento dos Registros concedidos quando não atenderem às exigências legais e regulamentares, ou face ao estabelecido no Capítulo Penalidades deste Regulamento [...]; g) fiscalizar a fabricação, recuperação, manutenção, utilização industrial, o manuseio, a exportação, importação, o desembaraço alfandegário, armazenamento, comércio e tráfego de produtos controlados.¹⁶⁴

98. Quanto à obrigatoriedade do registro e fiscalização por parte do Estado, o Decreto 55.649 destacava que cabia a cada região militar, entre outras, registrar as empresas, levar a cabo a fiscalização e realizar inspeções.¹⁶⁵

99. Especificamente quanto à fiscalização, o citado decreto determinava que a inspeção dos depósitos das fábricas seria feita pelos departamentos de inspeção do Ministério da Guerra, em colaboração com a Polícia Civil e os governos municipais. O dispositivo também atribuía às polícias locais a verificação constante dos estoques mantidos nos depósitos, bem como a implementação das determinações técnicas e condições de segurança, de modo que qualquer irregularidade devia ser comunicada ao órgão de fiscalização do Ministério da Guerra.¹⁶⁶

100. Outrossim, o Decreto 55.649 estabelecia que, após a verificação pessoal, ou em vista de denúncias ou informações sobre a existência de violações da legislação, crimes ou infrações penais, a autoridade militar encarregada de inspecionar os produtos controlados pelo Ministério da Guerra devia proceder aos atos preparatórios para a investigação regulamentar de uma eventual infração.¹⁶⁷

101. A legislação do Estado da Bahia também continha disposições no mesmo sentido. Com efeito, o Decreto Estadual 6.465, de 1997, confiava à Secretaria de Segurança Pública do estado a atribuição de autorizar o funcionamento de estabelecimentos que produziam ou comercializavam fogos de artifício e de inspecionar a produção, venda, queima e uso de fogos de artifício.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 21.

¹⁶⁵ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 23.

¹⁶⁶ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 256.

¹⁶⁷ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 279.

¹⁶⁸ Cf. *Amicus Curiae* da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, *supra*; e Decreto do Estado da Bahia Nº. 6.465, de 9 de junho de 1997, disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/79274/decreto-6465-97>.

E.2 Em relação ao direito ao trabalho

102. A Constituição da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Constituição do Brasil” ou “Constituição”),¹⁶⁹ promulgada em 1988, se refere ao direito ao trabalho e às garantias que dele decorrem. Nesse sentido, salienta, nos artigos 6º e 7º:

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.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) 4. salário mínimo (...); 8. décimo terceiro salário (...); 16. remuneração do serviço extraordinário (...); (...) 22. redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; 23. adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (...); 28. seguro contra acidentes (...); 33. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (...).

103. As normas sociais previstas na Constituição se reafirmam na Consolidação das Leis do Trabalho (doravante denominada “CLT”),¹⁷⁰ a qual se aplica a todos os trabalhadores do país. Com efeito, a CLT também prevê o salário mínimo,¹⁷¹ o décimo terceiro salário,¹⁷² a remuneração por serviço extraordinário,¹⁷³ a remuneração adicional por atividades penosas, insalubres ou perigosas,¹⁷⁴ o seguro contra acidentes,¹⁷⁵ a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, entre os 14 e os 16 anos,¹⁷⁶ entre muitos outros direitos que assistem aos trabalhadores no território brasileiro.

104. A CLT dispõe também de um capítulo específico que se refere às normas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho, embora não existisse em 1998 legislação específica sobre prevenção de acidentes no setor de fogos de artifício.¹⁷⁷ Nesse sentido, a CLT, no artigo 166, obriga a empresa a fornecer aos empregados, de

¹⁶⁹ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁷⁰ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto Legislativo Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

¹⁷¹ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigos 76 a 83.

¹⁷² Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 611-B, V.

¹⁷³ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigos 142, §5 e 611-B, X.

¹⁷⁴ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 193, § 1.

¹⁷⁵ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 458, IV.

¹⁷⁶ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 611-B, XXIII.

¹⁷⁷ Cf. Declaração pericial oferecida por Viviane de Jesus Forte, *supra*.

forma gratuita, equipamentos de proteção individual adequados ao risco, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde do empregado. Além disso, o artigo 193 da CLT dispõe que são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que impliquem o contato permanente com explosivos em condição de risco acentuado.¹⁷⁸ Por sua vez, o artigo 195 dispõe que a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, serão feitas por meio de perícia a cargo de um médico ou engenheiro registrado no Ministério, sem prejuízo da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho ou da inspeção de ofício desse órgão.

105. A CLT também impõe importantes salvaguardas em relação ao trabalho dos menores de idade. Desse modo, proíbe expressamente que se realize em lugares que prejudiquem a formação acadêmica da criança, ou que seja perigoso, insalubre, e em horários que afetem a frequência à escola.¹⁷⁹

106. A CLT se complementa com as normas administrativas emitidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamentam as profissões de maneira mais detalhada, proporcionando, por exemplo, os critérios que o empregador deve seguir para um trabalho saudável e seguro.

107. A Portaria número 3.214, de 1978, que contém a Norma Regulamentadora Nº 16, regulamentou as condições de periculosidade. Essa norma definiu as atividades perigosas, entre elas, o armazenamento de explosivos e as operações de manipulação de explosivos.¹⁸⁰

108. Além disso, a Norma Regulamentadora Nº 16,¹⁸¹ do Ministério do Trabalho, bem como o artigo 193, parágrafo 1º, da CLT (*supra* par. 104), estipulam o pagamento adicional de 30% sobre o salário regulamentar para trabalhadores em atividades perigosas, ao passo que a Norma Regulamentadora Nº 19¹⁸² do mesmo órgão disciplinou as atividades com explosivos e estabeleceu disposições relativas à segurança no trabalho e normas relativas ao local de trabalho.

109. Finalmente, além dos diplomas legislativos já mencionados, o Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante denominado “ECA”, na sigla em português)

¹⁷⁸ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 193.

¹⁷⁹ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigos 403 a 405.

¹⁸⁰ Cf. Norma Regulamentadora Nº 16 (NR 16 – Atividades e operações perigosas), disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-16-atualizada-2019.pdf; e Portaria No. 3.214, de 8 de junho de 1978, disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_Legislacao/SST_Legislacao_Portarias_1978/00---Portaria-MTb-n.-3.214_78.pdf.

¹⁸¹ Cf. Norma Regulamentadora Nº 16, *supra*, artigo 16.2.

¹⁸² Cf. Norma Regulamentadora Nº 19 (NR 19 – Explosivos), Decreto Nº 3.214, de 8 de junho de 1978. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-19.pdf.

proíbe qualquer trabalho para crianças menores de quatorze anos.¹⁸³ O ECA também veda o trabalho perigoso, insalubre ou penoso a adolescentes.¹⁸⁴

VIII MÉRITO

110. Os fatos deste caso se relacionam com a suposta responsabilidade internacional do Estado brasileiro por conta das alegadas violações de direitos humanos ocorridas por ocasião da explosão de uma fábrica de fogos em que faleceram 60 pessoas (40 mulheres adultas, 19 meninas e um menino) e seis sobreviveram (três mulheres adultas, uma menina, dois meninos e uma menina que nasceu logo após e como consequência direta da explosão).

111. No presente capítulo, a Corte abordará o exame de mérito do caso. Para precisar o alcance da responsabilidade internacional do Brasil, analisará as violações alegadas da seguinte forma: 1) em primeiro lugar, se referirá aos possíveis danos ao direito à vida e à integridade pessoal e aos direitos das crianças (artigos 4.1, 5.1 e 19 da Convenção) em relação ao artigo 1.1 da Convenção; 2) posteriormente, fará referência ao direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, aos direitos das crianças, ao direito à igualdade e à proibição de discriminação (artigos 1.1, 19, 24 e 26 da Convenção); 3) em terceiro lugar, se referirá aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25 da Convenção); e, por último, 4) abordará a análise do direito à integridade pessoal dos familiares das supostas vítimas (artigo 5 da Convenção).

VIII-1

DIREITOS À VIDA, À INTEGRIDADE PESSOAL E DAS CRIANÇAS EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 4.1, 5.1 e 19 DA CONVENÇÃO AMERICANA EM RELAÇÃO AOARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

112. A *Comissão* salientou que, conforme a legislação brasileira, as atividades vinculadas a explosivos deviam ser autorizadas e inspecionadas pelo Estado. No presente caso, a fábrica de fogos onde ocorreu a explosão tinha permissão do Exército para funcionar. Com base nisso, concluiu que o Estado tinha relação direta com as atividades que vinham sendo realizadas na fábrica, razão pela qual sabia do risco potencial para a vida e a integridade pessoal a que estavam expostos os trabalhadores, bem como devia saber que ali existia uma das piores formas de trabalho infantil. Apesar disso, ressaltou a Comissão, o Estado não prestou nenhuma informação que

¹⁸³ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 60. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

¹⁸⁴ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, *supra*, artigo 67, II. O termo adolescente nesse contexto se refere a crianças entre 14 e 18 anos.

provasse que, durante os três anos transcorridos desde a concessão da autorização até a explosão, alguma inspeção ou fiscalização tivesse sido realizada na fábrica, o que foi reconhecido na audiência perante a Comissão Interamericana. Desse modo, no parecer da Comissão, não haver realizado nenhuma inspeção ou fiscalização na fábrica, conhecendo o contexto generalizado de atividades perigosas com fogos de artifício nessa área, é suficiente para estabelecer que o Estado não só não cumpria seus deveres, mas que foi tolerante e aquiescente com o ocorrido, razão pela qual é responsável pelo descumprimento do dever de respeito e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana.

113. *Os representantes* acrescentaram que, de acordo com a legislação vigente, era responsabilidade do Ministério do Exército autorizar a produção e fiscalizar a fabricação, o armazenamento e o comércio de produtos controlados, e que essa tarefa podia ser delegada a outros órgãos do Governo Federal, dos estados ou dos municípios. Assim, concluíram que o Estado é responsável pela violação do direito à vida das vítimas da explosão, pois não existe prova de nenhum ato de fiscalização por parte de nenhuma instituição do Estado, embora a fabricação clandestina de fogos de artifício na cidade de Santo Antônio de Jesus fosse fato público e notório. Sobre as vítimas sobreviventes, salientaram que sofreram graves danos a sua integridade física e psicológica, em violação do artigo 5.1 da Convenção, em virtude das lesões e sequelas causadas pelas queimaduras e pela perda de seus seres queridos. Esse sofrimento teria sido agravado pela total ausência de assistência médica, psiquiátrica e psicológica.

114. O *Estado* destacou que não pode ser considerado responsável pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, pois não se comprovou que tenha havido consentimento consciente por parte de agentes estatais para a produção do ato ilícito. Destacou também que, pelo contrário, a exigência da licença para o funcionamento da empresa foi devidamente cumprida, mediante a determinação da capacidade dos particulares para atuar no campo da fabricação de fogos de artifício, sem que o Exército e outros órgãos de inspeção no âmbito estadual ou municipal fossem especificamente notificados da ocorrência de ilegalidades anteriores à explosão da fábrica. Salientou que o Estado demonstrou o cumprimento de suas obrigações relativas à proteção do direito à vida, pois, após a explosão, colocou à disposição das supostas vítimas os recursos internos, alguns dos quais foram objeto de decisões preliminares ou definitivas e permitiram a determinação dos culpados e a reparação dos prejudicados. Em vista do exposto, solicitou à Corte que, com o objetivo de reconhecer que a responsabilidade primária da proteção dos direitos humanos foi exercida de forma regular pelo Estado brasileiro, e a fim de que esse órgão internacional não atue como quarta instância, considere as decisões internas sobre o tema.

B. Considerações da Corte

115. De acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana, os Estados têm a obrigação *erga omnes* de respeitar e garantir as normas de proteção e a efetividade dos direitos humanos reconhecidos em seu texto.¹⁸⁵ Desse modo, a responsabilidade internacional do Estado se fundamenta em ações ou omissões de qualquer de seus órgãos ou poderes, independentemente de sua hierarquia, que violem os direitos reconhecidos na Convenção.¹⁸⁶ Por conseguinte, os Estados se comprometem não só a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (obrigação negativa), mas também a adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).¹⁸⁷ Nesse sentido, a Corte estabeleceu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre.¹⁸⁸

116. Adicionalmente, a Corte estabeleceu de forma reiterada que o direito à vida exerce um papel fundamental na Convenção Americana e que sua garantia é indispensável para o exercício dos demais direitos.¹⁸⁹ A esse respeito, entendeu que, do artigo 4, em relação ao artigo 1.1 da Convenção, se depreende que nenhuma pessoa pode ser privada da vida arbitrariamente (obrigação negativa), e que os Estados devem adotar todas as medidas adequadas para proteger e preservar esse direito (obrigação positiva).¹⁹⁰ Nesse sentido, o artigo 4 da Convenção implica o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar uma estrutura normativa adequada que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida.¹⁹¹ Em relação ao direito à integridade pessoal, o artigo 5.1 da Convenção o consagra em termos gerais, ao referir-se à integridade física, psíquica e moral. A Corte já reconheceu que sua eventual violação pode ocorrer em diferentes níveis, e que as sequelas físicas e psíquicas de sua suposta violação variam de intensidade segundo fatores endógenos e exógenos, que devem ser demonstrados em cada caso concreto.¹⁹² Por outro lado, devido a que, neste caso, algumas das supostas vítimas eram crianças, é necessário destacar

¹⁸⁵ Cf. *Caso do "Massacre de Mampiripán" Vs. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, par. 111; e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C N° 341, par. 82.

¹⁸⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 164; e *Caso Díaz Loreto e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2019. Série C N° 392, par. 69.

¹⁸⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 165 e 166; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 65.

¹⁸⁸ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 111; e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia, supra*, par. 82.

¹⁸⁹ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, par. 144; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 65.

¹⁹⁰ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala, supra*, par. 139; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 65.

¹⁹¹ Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 153; e *Caso Ortiz Hernández e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de agosto de 2017. Série C N° 338, par. 110.

¹⁹² Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N° 33, par. 57; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 150.

que, de acordo com o artigo 19 da Convenção Americana, têm direito às medidas de proteção de que, por sua condição de menores de idade, necessitam.

117. Isso posto, a obrigação de garantia se projeta para além da relação entre os agentes estatais e as pessoas submetidas a sua jurisdição, e abarca o dever de prevenir, na esfera privada, que terceiros violem os bens jurídicos protegidos.¹⁹³ Não obstante, a Corte considera que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida por particulares sob sua jurisdição. O caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica sua responsabilidade ilimitada frente a qualquer ato de particulares. Desse modo, ainda que uma ação, omissão ou ato de um particular tenha como consequência jurídica a violação dos direitos de outrem, não são automaticamente atribuíveis ao Estado, devendo-se analisar as circunstâncias particulares do caso e a concretização das obrigações de garantia.¹⁹⁴ Nesse sentido, a Corte deverá verificar se é atribuível responsabilidade internacional ao Estado no caso concreto.¹⁹⁵

118. Neste caso, a Corte constata que os Estados têm o dever de regulamentar, supervisionar e fiscalizar a prática de atividades perigosas, que impliquem riscos significativos para a vida e a integridade das pessoas submetidas a sua jurisdição, como medida para proteger e preservar esses direitos.

119. A Corte se pronunciou em diferentes oportunidades sobre a obrigação de regulamentação, especialmente em relação à prestação de serviços públicos de saúde.¹⁹⁶ A esse respeito, salientou que o Estado tem o dever de regulamentar de forma específica as atividades que impliquem riscos significativos para a saúde das pessoas, como o funcionamento de bancos de sangue.¹⁹⁷ Em relação ao dever de regulamentar também se pronunciou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em um caso referente a uma explosão de metano em um aterro de resíduos. Nessa decisão, o Tribunal Europeu constatou que a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para salvaguardar o direito à vida implica o dever do Estado de estabelecer uma estrutura legislativa e administrativa que dissuada as ameaças ao direito, e que essa obrigação se aplica indiscutivelmente ao contexto de atividades perigosas.¹⁹⁸

120. No que diz respeito à supervisão e fiscalização, a Corte entende que se trata de um dever do Estado, inclusive quando a atividade é exercida por uma entidade privada. Nesse sentido, este Tribunal estabeleceu a responsabilidade estatal pelos

¹⁹³ Cf. *Caso do "Massacre de Mampiripán" Vs. Colômbia*, *supra*, par. 111; e *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil*, *supra*, par. 173.

¹⁹⁴ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, *supra*, par. 123; e *Caso Gómez Virula e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 393, par. 56.

¹⁹⁵ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 99 e 125; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298, par. 170.

¹⁹⁶ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, par. 99; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C Nº 261, par. 134; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 177.

¹⁹⁷ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 178.

¹⁹⁸ Cf. TEDH, *Caso Öneriyıldız Vs. Turquia*, No. 48939/99, Sentença de 30 de novembro de 2004, par. 89 e 90.

danos causados por terceiros que prestavam um serviço de saúde, quando esta se deve à falta de fiscalização do Estado,¹⁹⁹ e salientou que a obrigação de fiscalização estatal compreende tanto os serviços prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, quanto os oferecidos por particulares.²⁰⁰ A Corte explicitou o alcance da responsabilidade do Estado quando descumpre essas obrigações frente a entidades privadas, nos seguintes termos:

Quando se trata de competências essenciais relacionadas com a supervisão e fiscalização da prestação de serviços de interesse público, como a saúde, seja por entidades públicas ou privadas (como é o caso de um hospital privado), a responsabilidade resulta pela omissão no cumprimento do dever de supervisionar a prestação do serviço para proteger o bem respectivo.²⁰¹

121. Isso posto, o presente caso não implica a prestação de serviços de saúde, mas a realização de uma atividade especialmente perigosa sob a supervisão e fiscalização do Estado.²⁰² A respeito dessa atividade, pelos riscos específicos que implicava para a vida e a integridade das pessoas, o Estado tinha a obrigação de regulamentar, supervisionar e fiscalizar seu exercício, para prevenir a violação dos direitos dos indivíduos que nela trabalhavam.

122. Conforme o acima exposto, a Corte passa a estabelecer se é possível atribuir responsabilidade internacional ao Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal das supostas vítimas falecidas na explosão da fábrica do “Vardo dos Fogos”, bem como daquelas que a ela sobreviveram. Para isso, a seguir, (1) se fará referência à regulamentação que, na época dos fatos, impunha ao Estado o dever de fiscalizar o exercício de atividades perigosas. Posteriormente, (2) se procederá à análise da atribuição de responsabilidade no caso concreto. Nessa seção, o Tribunal passará a estabelecer se o Brasil se omitiu em relação a suas obrigações em matéria de regulamentação, supervisão e fiscalização do exercício de uma atividade perigosa, e se essa conduta omissa teve impacto na violação dos direitos à vida e à integridade pessoal no caso concreto.

¹⁹⁹ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, par. 95; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, *supra*, par. 144; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 191.

²⁰⁰ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, par. 141; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador*, *supra*, par. 149; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 184.

²⁰¹ *Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, par. 119.

²⁰² De acordo com a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, é possível atribuir responsabilidade ao Estado quando se trata de uma conduta sob sua direção ou controle. Nesse sentido, o artigo 8 da Resolução dispõe: “Será considerado ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, se essa pessoa ou esse grupo de pessoas estiver de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle desse Estado, ao observar essa conduta”. Assembleia Geral das Nações Unidas, *Responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos*, 28 de janeiro de 2002, UN Doc. AG/56/83, artigo 8.

123. Finalmente, é necessário salientar que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 (*supra*, par. 15), ou seja, um dia antes da explosão da fábrica de fogos a que se refere este caso. Não obstante, o Brasil havia ratificado a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992, data a partir da qual a Convenção começou a ter efeitos para o Estado brasileiro e a partir da qual são exigíveis do Estado as obrigações nela contidas.

B.1 Regulamentação da fabricação de fogos de artifício no Brasil

124. O Brasil, na data da explosão da fábrica de fogos, dispunha de regulamentação federal e estadual que catalogava a fabricação de fogos de artifício como uma atividade perigosa e que impunha o dever de que essa atividade fosse fiscalizada. Assim, o Decreto número 55.649, de 28 de janeiro de 1965, determinava, no artigo 11²⁰³, que era responsabilidade do Ministério da Guerra autorizar a produção e fiscalizar o comércio de produtos controlados, inclusive os fogos de artifício, e que essa tarefa, conforme o artigo 4 da mesma legislação, poderia ser delegada a outros órgãos do Governo Federal, dos estados ou dos municípios, mediante convênio.

125. O mencionado decreto estabelece, ademais, que o registro era uma medida obrigatória e geral para as empresas que produziam, entre outros, fogos de artifício, e que o documento que as habilita para funcionamento é o denominado “Título de Registro”, cuja validade é de três anos.²⁰⁴

126. Ademais, a legislação em comento impunha ao Ministério da Guerra as seguintes competências:

- a) decidir sobre os produtos que devam ser considerados controlados;
- b) decidir sobre registro de empresas civis que se incumbem da fabricação, a recuperação, manutenção, utilização industrial, manuseio, a exportação, importação, armazenamento e comércio de produtos controlados, inclusive as fábricas de artigos pirotécnicos;
- c) decidir sobre o cancelamento dos Registros concedidos quando não atenderem as exigências legais e regulamentares, ou face ao estabelecido no Capítulo Penalidades deste Regulamento [...];
- g) fiscalizar a fabricação, recuperação, utilização industrial, o manuseio, a exportação, importação, o desembaraço alfandegário, armazenamento, comércio e tráfego de produtos controlados.²⁰⁵

²⁰³ Cf. Decreto N° 55.649, *supra*, artigo 11.

²⁰⁴ Cf. Decreto N° 55.649, *supra*, artigos 32 e 33. 38

²⁰⁵ Cf. Decreto N° 55.649, *supra*, artigo 21.

127. Quanto à obrigatoriedade do registro e fiscalização por parte do Estado, o Decreto 55.649 dispunha que cabia a cada região militar, entre outras, registrar as empresas e nelas realizar inspeções.²⁰⁶

128. Especificamente quanto à fiscalização, o citado decreto determinava que a vistoria dos depósitos das fábricas seria feita pelos departamentos de inspeção do Ministério da Guerra, em colaboração com a Polícia Civil e os governos municipais. A disposição também atribuía às polícias locais a verificação constante dos estoques mantidos nos depósitos, bem como a implementação das determinações técnicas e condições de segurança, de modo que qualquer irregularidade devia ser comunicada ao órgão de fiscalização do Ministério da Guerra.²⁰⁷

129. O Decreto 55.649 também estabelecia que, após a verificação pessoal, ou em vista de denúncias ou informações sobre a existência de violações da legislação, crimes ou infrações penais, a autoridade militar encarregada de inspecionar os produtos controlados pelo Ministério da Guerra devia proceder aos atos preparatórios para a investigação regulamentar de uma eventual infração.²⁰⁸

130. A legislação do Estado da Bahia também continha disposições no mesmo sentido. Com efeito, o Decreto Estadual 6.465, de 1997, confiava à Secretaria de Segurança Pública do estado a atribuição de autorizar o funcionamento de estabelecimentos que produziam ou comercializavam fogos de artifício, e de inspecionar a produção, venda, queima e uso de fogos de artifício.²⁰⁹

131. Conforme o exposto, as atividades que implicavam contato ou manipulação de explosivos eram consideradas perigosas; as empresas que as realizavam deviam ser registradas, e as autoridades das esferas nacional, estadual e municipal, em especial o então Ministério do Exército, as Secretarias de Segurança Pública, a Polícia Civil e os governos municipais, no âmbito de suas competências, deviam fiscalizar as atividades ali realizadas. Além disso, o nível de supervisão e fiscalização sobre essa atividade devia ser o mais alto possível, levando em conta os riscos que o exercício de uma atividade desse grau de periculosidade implicava.

132. Desse modo, a Corte observa que, no momento dos fatos, o Brasil dispunha de regulamentação específica sobre a fabricação de fogos de artifício e sobre o controle e fiscalização das atividades que envolviam explosivos, ou seja, havia cumprido sua obrigação de regulamentação da atividade e dispunha de legislação que reconhecia que a fabricação de fogos de artifício era uma atividade perigosa. Essa legislação tinha por objetivo evitar acidentes mediante a fiscalização da produção de fogos de artifício. Cabe então determinar se as obrigações que decorrem da regulamentação dessa atividade perigosa foram cumpridas pelo Estado do Brasil.

²⁰⁶ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 23.

²⁰⁷ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 256.

²⁰⁸ Cf. Decreto Nº 55.649, *supra*, artigo 279.

²⁰⁹ Cf. *Amicus Curiae* apresentado pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, *supra*; e Decreto do Estado da Bahia Nº 6.465, *supra*.

B.2 Análise da suposta atribuição de responsabilidade ao Estado no presente caso

133. Com relação à responsabilidade do Estado pelas violações aos direitos à vida e à integridade pessoal dos indivíduos falecidos na explosão ocorrida em 11 de dezembro de 1998, bem como daqueles que sobreviveram a ela, a Corte constata que o Estado catalogou a fabricação de fogos de artifício como atividade perigosa (*supra* par. 124) e regulamentou as condições em que devia ser exercida. Nesse sentido, essa atividade só podia ser executada após um registro e de acordo com licenças estritas (*supra* par. 125). Neste caso, essas licenças foram concedidas e o funcionamento da fábrica em questão, embora irregular, não era clandestino, ou seja, o Estado havia concedido licença para o funcionamento da fábrica e, por isso, sabia o tipo de atividade que se realizava no local. Nessa medida, tinha a obrigação clara e exigível de supervisionar e fiscalizar seu funcionamento. Esse dever compreendia a produção de fogos de artifício e a manipulação e armazenamento dos estoques de pólvora, e envolvia autoridades das esferas nacional, estadual e municipal.

134. No entanto, apesar de as autoridades terem concedido a licença para o funcionamento da fábrica e que, em consequência dessa licença, o Estado tivesse a obrigação de fiscalizar, o Estado não informou, nem se extrai dos autos, que tenha realizado qualquer ação de controle ou fiscalização antes da explosão. Ao contrário, durante a audiência realizada em 19 de outubro de 2006 perante a Comissão Interamericana, o Estado reconheceu que “falhou ao fiscalizar.”²¹⁰

135. Inclusive, uma sentença proferida num dos processos internos relativos a esses fatos, ao julgar parcialmente procedente a demanda das vítimas contra o Governo Federal e o Estado da Bahia,²¹¹ ratificou que o Estado havia incorrido em responsabilidade ao descumprir seu dever de fiscalização. No mesmo sentido, uma das sentenças em matéria trabalhista afirmou que a produção de fogos de artifício era uma atividade comum e perigosa, de conhecimento “público e notório”, e reconheceu a falta de fiscalização.²¹²

136. A falta de fiscalização por parte do Estado também foi objeto de uma denúncia feita por um comandante do Exército brasileiro, em 26 de outubro de 1999, à Vara Criminal de Santo Antônio de Jesus, na qual destacou que “a fabricação de traque é realizada livremente, com a anuência do Governo Municipal”. Nesse sentido, durante a audiência pública realizada em 31 de janeiro de 2020, os agentes do Estado reconheceram que, levando em conta a extensão territorial do Estado, existem “limitações razoáveis” para realizar atividades de auditoria e fiscalização das

²¹⁰ Cf. Manifestação do Estado na audiência pública de admissibilidade perante a Comissão Interamericana, em 19 de outubro de 2006, *supra*.

²¹¹ Cf. Decisão da apelação do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Processo no. 0005241-13.2002.4.01.3300 (expediente de prova, folha 2200).

²¹² Cf. Sentença da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, *supra*.

diferentes atividades econômicas, e que o Estado não pode “garantir que 100% dos estabelecimentos e das situações sejam supervisionados”.²¹³

137. Em suma, após a análise das provas que constam dos autos e das obrigações do Estado, a Corte constata que o Estado do Brasil falhou em seu dever de fiscalizar a fábrica de fogos do “Vardo dos Fogos” e permitiu que os procedimentos necessários à fabricação dos fogos de artifício ocorressem à margem das normas mínimas exigidas na legislação interna para esse tipo de atividade. Isto, por sua vez, foi a causa da explosão da fábrica de fogos, conforme se depreende das perícias elaboradas em âmbito interno pelas autoridades competentes (*supra* par. 80). Por tanto, a conduta omissiva do Estado contribuiu para que se produzisse a explosão.

138. Essa conduta omissa do Estado, em suas diferentes instâncias, propiciou a violação dos direitos à vida das 60 pessoas que perderam a vida em consequência direta da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, e do direito à integridade pessoal das seis pessoas que sobreviveram. Em especial, em relação aos sobreviventes, para esta Corte, é possível afirmar que sofreram dano a seu direito à integridade pessoal, por conta das sequelas físicas e psicológicas padecidas. Assim, os sobreviventes enfrentaram a morte de seus companheiros, entre os quais se encontravam meninos, meninas e mulheres, e, entre as meninas e mulheres, algumas delas grávidas, e que eram, em alguns casos, seus familiares; suportaram um grave sofrimento físico e psicológico por conta da explosão, evidenciado, por exemplo, pelas graves queimaduras e outras doenças, e sofreram com a falta de atenção adequada aos danos físicos e psicológicas de que foram vítimas. A juízo da Corte, esse sofrimento constitui uma violação ao direito à integridade pessoal com impactos duradouros em suas vidas. Além disso, devido à presença de crianças entre as pessoas falecidas e sobreviventes, a Corte constata que, neste caso, se violou o artigo 19 da Convenção Americana.

B.3 Conclusão

139. Em virtude da análise a que se procedeu nos parágrafos acima e das determinações realizadas neste capítulo, a Corte conclui que o Brasil é responsável pela violação dos artigos 4.1 e 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das 60 pessoas falecidas, entre as quais se encontravam 20 crianças,²¹⁴ e dos artigos 5.1 e 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das seis pessoas sobreviventes, três

²¹³ Cf. Manifestação do Estado na audiência pública realizada no presente caso, em 31 de janeiro de 2020.

²¹⁴ O Estado é responsável pela violação dos artigos 4.1 e 19 da Convenção em relação ao artigo 1.1 da Convenção, em detrimento das crianças Adriana dos Santos, Adriana Santos Rocha, Aldeci Silva dos Santos, Aldeni Silva dos Santos, Alex Santos Costa, Andreia dos Santos, Aristela Santos de Jesus, Arlete Silva Santos, Carla Alexandra Cerqueira Santos, Carla Reis dos Santos, Daiane dos Santos Conceição, Daniela Cerqueira Reis, Fabiana Santos Rocha, Francisneide Bispo dos Santos, Girlene dos Santos Souza, Luciene Oliveira dos Santos, Luciene dos Santos Ribeiro, Mairla Santos Costa, Núbia Silva dos Santos e Rosângela de Jesus França, falecidas na explosão.

das quais eram crianças,²¹⁵ conforme são identificados no Anexo No. 1 desta sentença, como resultado das omissões estatais que levaram à explosão da fábrica do “Vardo dos Fogos” em Santo Antônio de Jesus, em 11 de dezembro de 1998.

VIII-2
DIREITOS DAS CRIANÇAS, À IGUAL PROTEÇÃO DA LEI, À PROIBIÇÃO
DE DISCRIMINAÇÃO E AO TRABALHO, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES
DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 19, 24 E 26 DA CONVENÇÃO
AMERICANA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

140. A *Comissão* salientou que a Carta da OEA estabelece, no artigo 45, que o trabalho é um direito e um dever social que confere dignidade a quem o realiza, e que deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno. Acrescentou que o artigo 34.g do mesmo instrumento inclui, entre as metas para a consecução de um desenvolvimento integral, salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos. Do mesmo modo, a Declaração Americana estabelece, no artigo XIV, o “direito ao trabalho em condições dignas” e, no mesmo sentido, o Protocolo de San Salvador dispõe que “[t]oda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna”. Considerando o exposto, concluiu que o direito ao trabalho constitui uma das normas econômicas e sociais mencionadas no artigo 26 da Convenção, razão pela qual os Estados devem zelar por seu desenvolvimento progressivo e implementar as medidas necessárias para torná-lo efetivo.

141. Por outro lado, uma vez que no presente caso várias crianças foram vítimas da explosão, a Comissão considerou necessário incorporar à análise as normas internacionais específicas sobre trabalho infantil. Recordou que, conforme o estabelecido pela Corte, as crianças são titulares dos direitos reconhecidos na Convenção Americana, e que o Estado deve, por esse motivo, dispensar atenção a suas necessidades e direitos.

142. A Comissão ressaltou também que, neste caso, há um nexo claro entre o descumprimento das obrigações do Estado, a situação de pobreza das vítimas e a falta de opções de emprego. Nesse sentido, afirmou que “a fabricação de fogos de artifício era, no momento dos fatos, a principal, para não dizer a única, opção de trabalho dos habitantes de Santo Antônio de Jesus, os quais, dada sua situação de pobreza, não tinham alternativa senão aceitar um trabalho de alto risco, com baixa remuneração, e sem medidas de segurança adequadas”. Destacou, ademais, o risco maior de violações

²¹⁵ O Estado é responsável pela violação dos artigos 5.1 e 19 da Convenção em relação ao artigo 1.1 a respeito da menina Maria Joelma de Jesus Santos e a respeito dos meninos Bruno Silva dos Santos e Wellington Silva dos Santos, sobreviventes da explosão.

dos direitos humanos que se depreende das condições de pobreza e que, no caso de crianças, as expõe ao trabalho informal e às piores formas de trabalho infantil.

143. Conforme os argumentos acima expostos, a Comissão concluiu que o Estado violou, em detrimento das vítimas, o direito ao trabalho, estabelecido no artigo 26 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, bem como o artigo 19, no caso das crianças. Além disso, que, por haver um nexo claro entre o descumprimento dessas obrigações e a situação de pobreza das vítimas, o Estado também é responsável pela violação do princípio de igualdade e não discriminação estabelecido nos artigos 24 e 1.1 da Convenção.

144. Os *representantes*, além do declarado pela Comissão, ressaltaram que, na data da explosão, tanto a Constituição como as leis do trabalho e as normas administrativas do Ministério do Trabalho do Brasil garantiam uma série de direitos ao trabalhador. Ressaltaram também que o Estado dispunha e dispõe de normas que protegem os trabalhadores de atividades perigosas. No entanto, essas normas não foram nem são devidamente implementadas. De forma adicional, apresentaram três estudos e fizeram menção a que neles se estabelece que a situação de desigualdade, bem como de precarização laboral, risco e ausência de fiscalização, se mantém no Município de Santo Antônio de Jesus.²¹⁶

145. Finalmente, com respeito à violação do artigo 19 da Convenção, salientaram que, conforme dispõe o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados são obrigados a proteger as crianças, e delas cuidar, tanto antes como depois de seu nascimento.

146. O *Estado*, sobre a violação do artigo 24 da Convenção, ressaltou que dispõe de uma estrutura jurídica efetiva para a proteção dos direitos sociais, destinada à redução das desigualdades. Ressaltou também que cumpriu de forma fiel o dever progressivo de garantia desses direitos, pois, durante a tramitação conduzida na Comissão, diversas políticas públicas federais, estaduais e municipais foram levadas a cabo com esse objetivo. Especificamente, fez referência ao programa *Bolsa Família* do qual teriam se beneficiado, até dezembro de 2018, 9.418 famílias do Município de Santo Antônio de Jesus, num montante total de R\$ 1.509.750. Ressaltou também a implementação dos programas de erradicação do trabalho infantil (PETI) e de erradicação do trabalho escravo, cujo resultado teria reduzido a presença de crianças e adultos em trabalhos precários e de alto risco. Finalmente, salientou que, em aplicação do tema “empresas e direitos humanos”, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos do Brasil executou diversas ações, entre elas, a implementação de atividades de fomento e fortalecimento relativas ao Decreto No. 9.571, de 22 de novembro de

²¹⁶ Cf. BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*; SANTOS, Ana Maria. “Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, *supra*; e TOMASONI, Sônia Marise Rodrigues Pereira. “Dinâmica socioespacial da produção de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus-BA”, *supra*.

2018, que prescreve as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos para médias e grandes empresas, inclusive transnacionais com atividade no país.

147. Sobre a violação do direito ao trabalho, argumentou, em primeiro lugar, que esse direito não é diretamente protegido no Sistema Interamericano. Sem prejuízo do exposto, declarou que o Brasil dispunha e dispõe de uma ampla estrutura jurídica que protege os direitos dos trabalhadores, inclusive aqueles que desempenham atividades perigosas. Do mesmo modo, explicitou que cumpriu o dever de desenvolvimento progressivo do direito ao trabalho, sem que se vislumbrem retrocessos. Finalmente, destacou que não se demonstrou, de forma específica, o nexo causal ou a previsibilidade do risco real e imediato que supostamente representava a fábrica para, em aplicação da jurisprudência da Corte, atribuir responsabilidade ao Estado por atos de particulares.

B. Considerações da Corte

148. Em primeiro lugar, a Corte lembra que a explosão objeto do presente caso ocorreu em uma fábrica de fogos de propriedade privada e que, tal como se estabeleceu no capítulo VIII-1, o Estado não pode ser considerado responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida em sua jurisdição por particulares. Desse modo, cumpre analisar as circunstâncias particulares do caso e a concretização das obrigações de garantia, para estabelecer se é atribuível ao Estado responsabilidade internacional no caso concreto (*supra* par. 117).

149. Sobre esse assunto, a Corte lembra que o Estado tinha a obrigação de garantir os direitos reconhecidos na Convenção Americana, e que isso implicava a adoção das medidas necessárias para prevenir eventuais violações. Previamente, determinou-se que a fabricação de fogos de artifício é uma atividade perigosa (*supra* par. 121). Nessa medida, no caso concreto, o Estado estava obrigado a regulamentar, supervisionar e fiscalizar as condições de segurança no trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes de trabalho ocasionados pela manipulação de substâncias perigosas.

150. A conclusão acima é reforçada pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, que afirmam que “[e]m cumprimento do seu dever de proteger, os Estados devem: a) Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos e, periodicamente, avaliar a adequação dessas leis e suprir eventuais lacunas [...]”.²¹⁷

²¹⁷ Conselho de Direitos Humanos. *Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos*, UN Doc. A/HRC/17/31, 16 de junho de 2011, princípio no. 3. Em relação à fiscalização das condições de trabalho, também é relevante o conteúdo do Guia de Princípios sobre Responsabilidade Social das Empresas no Campo dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente nas Américas. A esse respeito o guia destaca: “j. As empresas e os Estados onde operam devem fortalecer, respectivamente, os sistemas internos e externos de acompanhamento, fiscalização e controle do cumprimento dos direitos trabalhistas, dos direitos humanos e da proteção ao meio ambiente. Isso implica, necessariamente, que os Estados implementem políticas eficientes de fiscalização e supervisão das empresas no desenvolvimento de suas atividades, bem como que as próprias empresas estabeleçam políticas para garantir o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente em suas operações. Ambos os mecanismos de fiscalização devem consultar fontes

151. Nesse sentido, o artigo 193 da CLT prevê que são consideradas atividades ou operações perigosas, de acordo com a regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que implicam o contato permanente com explosivos em condição de risco acentuado,²¹⁸ e o artigo 195 dispõe que a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, de acordo com as normas do Ministério do Trabalho, serão realizadas mediante inspeção sob a responsabilidade de um médico ou engenheiro registrado no Ministério, sem prejuízo da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho ou da inspeção de ofício desse órgão.²¹⁹

152. Por outro lado, a Corte constata que a Constituição do Brasil e as leis nacionais sobre direitos trabalhistas e sobre direitos das crianças estabeleciam uma proibição absoluta do trabalho de menores de 18 anos em atividades perigosas (*supra* par. 102, 105 e 109), e que era um fato notório que na fábrica de fogos trabalhavam crianças, em alguns casos desde os seis anos (*supra* par. 72). Nesse sentido, em virtude do dever de garantia, o Estado tinha a obrigação de tomar as medidas necessárias para prevenir eventuais violações dos direitos das crianças, medidas essas que implicavam, neste caso concreto, fiscalizar as condições de trabalho e assegurar que na fábrica de fogos não trabalhassem menores de idade.

153. Isso posto, o Tribunal observa que o problema jurídico suscitado pelos representantes se relaciona à alegada responsabilidade internacional do Estado pela falta de fiscalização que ocasionou a violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, entendido como um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana. A esse respeito, a Corte lembra que no *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, destacou:

Desse modo, fica clara a interpretação de que a Convenção Americana incorporou a seu catálogo de direitos protegidos os denominados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), mediante uma derivação das normas reconhecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como das normas de interpretação dispostas no próprio artigo 29 da Convenção, especialmente, que impede limitar ou excluir o gozo dos direitos estabelecidos na Declaração Americana e inclusive os reconhecidos em matéria interna. Em conformidade com uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao *corpus iuris* internacional e nacional na matéria para dar conteúdo

externas, inclusive as partes afetadas. k. Os mecanismos internos e externos de fiscalização e controle devem ser transparentes e independentes das estruturas de controle das empresas e de qualquer tipo de influência política”.

²¹⁸ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 193.

²¹⁹ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 195.

específico ao alcance dos direitos tutelados pela Convenção, a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito.²²⁰

154. Nesse sentido, nesta seção, a Corte se pronunciará sobre o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias como componente do direito ao trabalho,²²¹ e sua alegada violação a respeito das trabalhadoras da fábrica de fogos. Para esse efeito, seguirá a seguinte ordem: em primeiro lugar, se referirá (1) ao direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho. Posteriormente, em atenção às alegações da Comissão e dos representantes, no sentido de que crianças se encontravam expostas a uma forma de trabalho especialmente perigoso, a Corte se referirá (2) à proibição do trabalho infantil em condições perigosas e insalubres e do trabalho de menores de 14 anos. Em terceiro lugar, (3) fará referência à proibição de discriminação e sua relação com o caso concreto e, por último, (4) apresentará as conclusões desta seção.

B.1 O direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho

155. Para identificar os direitos que possam ser derivados interpretativamente do artigo 26 da Convenção Americana, deve-se considerar que esse artigo faz referência às normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da OEA. A partir de uma leitura desse último instrumento, a Corte ressalta que os artigos 45.b e c,²²² 46²²³ e 34.g²²⁴ da Carta estabelecem uma série de normas que permitem

²²⁰ *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile, supra*, par. 103.

²²¹ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral N° 23: O direito a condições de trabalho justas e favoráveis*, UN Doc. E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016; e *Caso Spoltore Vs. Argentina, supra*, par. 82 a 100.

²²² Cf. Artigo 45 da Carta da OEA. - Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...] b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar; c) Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação [...].

²²³ Cf. Artigo 46 da Carta da OEA. - Os Estados membros reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade.

²²⁴ Cf. Artigo 34.g da Carta da OEA. - Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas: [...] g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos.

identificar o direito ao trabalho.²²⁵ Em especial, a Corte observa que o artigo 45.b da Carta da OEA estabelece que “b) [o] trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”. Dessa forma, a Corte considera que existe uma referência com suficiente grau de especificidade ao direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias para se deduzir sua existência e reconhecimento implícito na Carta da OEA. Conforme o exposto, a Corte considera que o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho é um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção. No presente caso, a Corte não considera necessário se pronunciar sobre outros possíveis elementos do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias que se encontram também protegidos pelo artigo 26.

156. Compete a este Tribunal determinar o alcance do direito a condições de trabalho que garantam a segurança, a saúde e a higiene do trabalhador no contexto dos fatos do presente caso, à luz do *corpus iuris* internacional sobre a matéria e da legislação interna do Estado do Brasil. A Corte recorda que as obrigações constantes dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana constituem, definitivamente, a base para a atribuição de responsabilidade internacional a um Estado por violações dos direitos reconhecidos na Convenção,²²⁶ inclusive aqueles reconhecidos em virtude do artigo 26. No entanto, a mesma Convenção faz expressa referência às normas do Direito Internacional para sua interpretação e aplicação, especificamente por meio do artigo 29, o qual prevê o princípio *pro persona*.²²⁷ Dessa forma, como tem sido a prática constante deste Tribunal,²²⁸ ao determinar a compatibilidade das ações e omissões do Estado ou de suas normas com a própria Convenção ou outros tratados a respeito dos quais tem competência, a Corte pode interpretar as obrigações e direitos deles constantes à luz de outros tratados e normas pertinentes.²²⁹

157. Dessa forma, a Corte utilizará as fontes, os princípios e os critérios do *corpus iuris* internacional como legislação especial aplicável para a determinação do conteúdo do direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho. Este Tribunal

²²⁵ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*, *supra*, par. 143; e *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela*, *supra*, par. 220.

²²⁶ Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia*, par. 107 *supra*; e *Caso Hernández Vs. Argentina*, *supra*, par. 65.

²²⁷ Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C Nº 272, par. 143; e *Caso Hernández Vs. Argentina*, *supra*, par. 65.

²²⁸ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221, par. 78 e 121; *Caso Atala Rizzo e crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 83; *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 129; *Caso I.V. Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 329, par. 168; *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*, *supra*, par. 145; *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 103; *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 100; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 158; e *Caso Hernández Vs. Argentina*, *supra*, par. 65.

²²⁹ Cf. *Caso Muelle Flores Vs. Peru*, *supra*, par. 176; e *Caso Hernández Vs. Argentina*, *supra*, par. 65.

salienta que a utilização da legislação antes mencionada para a determinação do direito em questão será utilizada de forma complementar à legislação convencional. A esse respeito, a Corte afirma que não está assumindo competência acerca de tratados sobre os quais não é competente, nem tampouco está atribuindo hierarquia convencional a normas constantes de outros instrumentos nacionais ou internacionais relacionados com os direitos econômicos, sociais e ambientais (doravante "DESCA").²³⁰ Pelo contrário, a Corte realizará uma interpretação em observância às diretrizes prescritas no artigo 29 e conforme sua prática jurisprudencial, que permita atualizar o sentido dos direitos derivados da Carta da OEA que são reconhecidos pelo artigo 26 da Convenção. Ademais, na determinação do direito a condições de trabalho que garantam a segurança, a saúde e a higiene do trabalhador conferirá especial ênfase à Declaração Americana, pois como estabeleceu este Tribunal:

[...] [O]s Estados membros entenderam que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos essenciais a que a Carta se refere, de maneira que não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos sem integrar as normas pertinentes a ela com as respectivas disposições da Declaração, como resulta da prática seguida pelos órgãos da OEA.²³¹

158. No mesmo sentido, este Tribunal salientou em outras oportunidades que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida vigentes. Essa interpretação evolutiva é coerente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como com a Convenção de Viena.²³² Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena autoriza a utilização de meios interpretativos, tais como os acordos ou a prática ou regras relevantes do Direito Internacional que os Estados tenham manifestado sobre a matéria do tratado, os quais constituem alguns dos métodos que se relacionam com uma visão evolutiva do Tratado. Dessa forma, com o objetivo de determinar o alcance do direito a condições de trabalho que garantam a segurança, a saúde e a higiene do trabalhador, conforme se depreende das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura da Carta da OEA, o Tribunal fará referência aos instrumentos relevantes do *corpus iuris* internacional.

²³⁰ Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 143; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*, *supra*, par. 199.

²³¹ *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89, de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10, par. 43.

²³² Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114; e *Caso Hernández Vs. Argentina*, *supra*, par. 65.

159. A seguir, este Tribunal passa a verificar o alcance e o conteúdo desse direito para os efeitos do presente caso.

B.1.1 O conteúdo do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho

160. Como se expôs na seção anterior, o artigo 45.b da Carta da OEA dispõe expressamente que o trabalho deverá ser exercido em condições que assegurem a vida e a saúde do trabalhador (*supra* par. 155). Também o artigo XIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante “Declaração Americana”) permite identificar o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias ao salientar que toda pessoa tem direito “ao trabalho em condições dignas”.

161. O direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho foi reconhecido em diferentes instrumentos internacionais que se somam à Carta da OEA e à Declaração Americana. Assim, no Sistema Interamericano, o artigo 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (doravante denominado “Protocolo de San Salvador”),²³³ dispõe que “[o]s Estados partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em sua legislação, de maneira particular: [...] a segurança e higiene no trabalho”.

162. No âmbito universal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “[t]odo ser humano tem direito [...] a condições justas e favoráveis de trabalho”.²³⁴ Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que “[o]s Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] b) A segurança e a higiene no trabalho”.²³⁵

163. Em sentido semelhante, o artigo 11.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe que os Estados adotarão as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher no trabalho, e inclui nesse tipo de medida “o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”.²³⁶

164. O ato constitutivo da Organização Internacional do Trabalho (doravante denominada “OIT”) indica que “é urgente melhorar [as] condições [de trabalho] no que se refere, por exemplo, à [...] proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes

²³³ O Brasil aderiu ao Protocolo de San Salvador em 21 de agosto de 1996.

²³⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 23.

²³⁵ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), artigo 7.b). O Brasil aderiu ao PIDESC em 24 de janeiro de 1992.

²³⁶ Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), artigo 11.1.f.

e das mulheres”.²³⁷ Por sua vez, a Convenção Nº 81 da OIT, de 1947, sobre a inspeção do trabalho,²³⁸ dispõe que os Estados Partes devem “manter um sistema de inspeção do trabalho nos estabelecimentos industriais”,²³⁹ que esse sistema “se aplicará a todos os estabelecimentos a respeito dos quais os inspetores do trabalho estejam encarregados de zelar pelo cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão”,²⁴⁰ e estará encarregado de “zelar pelo cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como as disposições sobre horas de trabalho, salários, segurança, higiene e bem-estar, emprego de menores e demais disposições afins, na medida em que os inspetores do trabalho estejam encarregados de zelar pelo cumprimento de tais disposições”.²⁴¹

165. Além disso, a Convenção Nº 155 da OIT, de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores,²⁴² estabelece que os Estados devem “formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho”, cujo objetivo seja “prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho”.²⁴³ De acordo com as perícias recebidas nesta Corte, essa política “deve identificar as atividades perigosas para a saúde e a segurança dos trabalhadores, determinar as operações, processos, agentes ou substâncias que, por seu risco, devam ser proibidas, limitadas, sujeitas a autorização ou controle da autoridade competente, e estabelecer procedimentos para a declaração de acidentes de trabalho por parte dos empregadores, e a elaboração de estatísticas”.²⁴⁴

166. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também se referiu ao direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, tanto em relação a outros direitos, quanto de maneira específica. Assim, a Observação Geral Nº 14, sobre o direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde, se refere à “adoção de medidas preventivas no que diz respeito aos acidentes do trabalho e doenças profissionais”,²⁴⁵ e a Observação Geral Nº 18, sobre o direito ao trabalho, trata do “direito do trabalhador a condições justas e favoráveis de trabalho, em particular a condições de trabalho seguras”.²⁴⁶

²³⁷ Organização Internacional do Trabalho. *Constituição*. Preâmbulo.

²³⁸ Ratificado pelo Brasil em 11 de outubro de 1989 e vigente na data dos fatos.

²³⁹ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81 sobre a Inspeção do Trabalho*, 1947, artigo 1.

²⁴⁰ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81, supra*, artigo 2.1.

²⁴¹ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81, supra*, artigo 3.1.a.

²⁴² Ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992 e vigente na data dos fatos.

²⁴³ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 155 sobre segurança e saúde dos trabalhadores*, 1981, art. 4.

²⁴⁴ Laudo pericial apresentado à Corte Interamericana por Christian Courtis (expediente de mérito, folha 897).

²⁴⁵ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 14: O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde*, UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, par. 15.

²⁴⁶ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 18: O direito ao trabalho*, UN Doc. E/C.12/GC/18, 24 de novembro de 2005, par. 12.c.

167. De forma específica, a Observação Geral Nº 23, sobre o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, sustenta que se trata de um direito reconhecido pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante “PIDESC”) e que é componente e resultado de outros direitos.²⁴⁷ Ademais, tece outras considerações relevantes para a análise deste caso. Em primeiro lugar, reitera que o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho se aplica a toda pessoa, sem diferença de sexo, idade ou setor em que desempenhe suas atividades, inclusive quando se trate de trabalho informal.²⁴⁸ Em segundo lugar, se refere aos elementos básicos desse direito, embora ressalte que não são exaustivos. Entre esses elementos, relacionados no artigo 7 do PIDESC, acham-se as condições de segurança e higiene no trabalho.

168. Especificamente em relação à segurança e higiene no trabalho, a Observação Geral Nº 23 dispõe que “[a] prevenção de acidentes e doenças profissionais é um componente fundamental do direito a condições de trabalho justas e favoráveis, e guarda estreita relação com outros direitos reconhecidos no Pacto, em especial com o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental”.²⁴⁹ Nesse sentido, ressalta que os Estados “deveriam adotar uma política nacional para prevenir os acidentes e danos à saúde relacionados com o trabalho mediante a redução ao mínimo dos riscos no ambiente de trabalho”.²⁵⁰

169. Além de estar amplamente reconhecido na *corpus iuris* internacional,²⁵¹ o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho também está previsto nas Constituições e na legislação dos países que reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana²⁵² e, em particular, pelo Estado brasileiro. Este último, na data

²⁴⁷ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 23, supra*, par. 1.

²⁴⁸ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 23, supra*, par. 5. Neste caso, é necessário destacar que a fábrica de fogos era uma pequena empresa privada, que funcionava em um esquema de economia informal. A esse respeito, o princípio no. 14 sobre as empresas e os direitos humanos, das Nações Unidas, salientava que: “A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos se aplica a todas as empresas independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura. No entanto, a dimensão e a complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir essa responsabilidade pode variar em função desses fatores e da gravidade das consequências negativas das atividades da empresa sobre os direitos humanos”. Por sua vez, o Grupo de Trabalho sobre a Questão dos Direitos Humanos e as Empresas Transnacionais e Outras Empresas comprovou que “[o]s trabalhadores do setor informal não têm proteção jurídica e social derivada de seu trabalho, geralmente não são sindicalizados e suas condições de trabalho escapam mais facilmente à vigilância das inspeções do trabalho”. Apesar disso, as obrigações em matéria de direitos humanos se mantêm. Nessa medida, “todas as empresas, das pequenas e médias às grandes multinacionais, devem exercer a devida diligência em matéria de direitos humanos (tal como se expõe nos Princípios Orientadores 17 a 21), com vistas a evitar que suas próprias atividades provoquem ou contribuam para provocar consequências negativas sobre os direitos humanos e a que tomem medidas para reduzir e enfrentar qualquer dessas consequências que esteja diretamente relacionada com suas operações, em especial contribuindo para sua reparação”. Cf. *Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos*, princípio nº 14, *supra*; e Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Questão dos Direitos Humanos e as Empresas Transnacionais e Outras Empresas, UN Doc. A/HRC/35/32, 24 de abril de 2017, par. 10 e 16.

²⁴⁹ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No. 23, supra*, par. 25.

²⁵⁰ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No. 23, supra*, par. 25.

²⁵¹ Ver, ademais: Carta Social Europeia, artigo 2; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 31, e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigo 15 (o Brasil não é parte nesses tratados).

²⁵² Cf. *Constituição Nacional da Argentina*, artigo 14 bis. e *Lei de Contrato de Trabalho Nº 20.744*, artigo 75; *Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia*, artigo 46, e *Lei Geral do Trabalho*, artigo 67; *Constituição Política da República do Chile*, artigo 5 e 19.16, Código do Trabalho, artigo 153, e Lei 16.744

da explosão da fábrica de fogos, não só reconhecia o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, mas, além disso, dispunha de legislação que lhe impunha o dever de fiscalizar essas condições.

170. Desse modo, a Constituição do Brasil consagra o direito ao trabalho e às garantias que dele decorrem. Nesse sentido, prescreve, no artigo 7º, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a redução de riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o seguro contra acidentes e a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz entre 14 e 16 anos, entre vários outros.

171. Por outro lado, a Consolidação das Leis do Trabalho conta com um capítulo específico sobre normas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho. Por exemplo, no artigo 166, delega à empresa a obrigação de proporcionar aos empregados, de forma gratuita, equipamentos de proteção individual adequados ao risco, quando as medidas gerais não ofereçam uma proteção completa contra os riscos de acidentes e danos à saúde.²⁵³ Por sua vez, o artigo 195 dispõe que a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, de acordo com as normas do Ministério do Trabalho, serão feitas por meio de uma inspeção sob a responsabilidade de um médico ou engenheiro registrado no Ministério, sem prejuízo da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho ou da inspeção de ofício desse órgão.²⁵⁴ A CLT é complementada pelas normas administrativas emitidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que regulamentam as profissões de forma mais detalhada e proporcionam, por exemplo, os critérios que o empregador deve seguir para um trabalho saudável e seguro. Desse modo, a Norma Regulamentadora No. 19 do Ministério do Trabalho regulamenta as atividades com explosivos e contempla disposições relativas à segurança no trabalho e normas relativas ao local de trabalho.²⁵⁵ Conforme o exposto, o Estado tinha a obrigação de fiscalizar a existência de condições de trabalho equitativas e satisfatórias que assegurassem a segurança e a higiene no trabalho.

sobre riscos de acidentes de trabalho e doenças profissionais; *Constituição Política da Colômbia*, artigos 25 e 53, e Decreto 1072, de 2015, ou *Decreto Único Regulamentar do Setor Trabalho*, Livro 2, Parte 2, Título 4 (Riscos do Trabalho), Capítulo 6; *Constituição Política da República da Costa Rica*, artigo 56, e Código do Trabalho, artigos 283 e 284; *Constituição da República do Equador*, artigo 33, e Código do Trabalho, artigos 38 e 42; *Constituição Política de El Salvador*, artigo 2, e Código do Trabalho, artigos 106 e 314; *Constituição Política da Guatemala*, artigo 101, e Código do Trabalho, artigos 61, 122, 148, 197 e 278; *Constituição Política da República do Haiti*, artigo 35, e Código do Trabalho, artigos 438-441 e 451-487; *Constituição da República de Honduras*, artigo 128, e Código do Trabalho, artigos 391 e 395; *Constituição Política do México*, artigo 123, e *Lei Federal do Trabalho*, artigos 23, 166, 175, 541 e 542; *Constituição Política da República da Nicarágua*, artigo 83, e Código do Trabalho, artigos 100 a 105; *Constituição Política do Panamá*, artigo 64, e Código do Trabalho, artigos 282 e 284; *Constituição da República do Paraguai*, artigos 86, 89, 90, 92 e 99, e Código do Trabalho, artigos 36, 49, 194, 273, 274 e 398; *Constituição Política do Peru*, artigos 22 e 24, e *Lei Geral do Trabalho*, artigo 322; *Constituição Política da República Dominicana*, artigo 62, e Decreto 522-06, de 2006 (*Regulamento de Segurança e Saúde no Trabalho*); *Constituição da República do Suriname*, artigo 28; *Constituição da República Oriental do Uruguai*, artigos 7º, 53 e 54, e Lei 5.032, de 1914, e Lei 5.350, de 19 de novembro de 1915.

²⁵³ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 166.

²⁵⁴ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 195.

²⁵⁵ Cf. Norma Regulamentadora Nº 19 (NR 19 – Explosivos), *supra*.

172. A Corte considera que a natureza e o alcance das obrigações que decorrem da proteção das condições de trabalho que garantam a segurança, a saúde e a higiene do trabalhador incluem aspectos de exigibilidade imediata, bem como aspectos que apresentam caráter progressivo.²⁵⁶ A esse respeito, a Corte lembra que, em relação às primeiras (obrigações de exigibilidade imediata), os Estados devem garantir que esse direito seja exercido sem discriminação, além de adotar medidas eficazes para sua plena realização.²⁵⁷ Quanto às segundas (obrigações de caráter progressivo), a realização progressiva significa que cabe aos Estados Partes a obrigação concreta e constante de avançar o mais expedita e eficazmente possível para a plena efetividade desse direito,²⁵⁸ na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados. Do mesmo modo, impõe-se a obrigação de não regressividade frente à realização dos direitos alcançados.²⁵⁹ Em virtude do exposto, as obrigações convencionais de respeito e garantia, bem como de adoção de medidas de direito interno (artigos 1.1 e 2), são fundamentais para alcançar sua efetividade.²⁶⁰

173. Sem prejuízo do exposto, a Corte observa que o presente caso não diz respeito às obrigações de progressividade derivadas do artigo 26 da Convenção, mas se refere à falta de garantia do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, devido à falta de fiscalização.

174. Levando em conta os fatos e as particularidades do presente caso, a Corte conclui que esse direito implica que o trabalhador possa realizar seu trabalho em condições adequadas de segurança, higiene e saúde, que previnam acidentes de trabalho,²⁶¹ o que é especialmente relevante quando se trata de atividades que implicam riscos significativos para a vida e a integridade das pessoas. Além disso, de forma específica, à luz da legislação brasileira, esse direito implica a adoção de medidas de prevenção e redução de riscos inerentes ao trabalho e de acidentes de trabalho; a obrigação de proporcionar equipamentos de proteção adequados frente aos riscos decorrentes do trabalho; a caracterização, a cargo das autoridades de

²⁵⁶ *Mutatis mutandi*, Cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 104; e *Caso Cuscul Pivara e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 98.

²⁵⁷ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No. 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto)*, UN Doc. E/1991/23, 14 de dezembro de 1990, par. 3; e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No 19: O direito à seguridade social (artigo 9)*, UN Doc. E/C.12/GC/19, 4 de fevereiro de 2008, par. 40.

²⁵⁸ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No 3*, *supra*, par. 9; e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral No 19*, *supra*, par. 40 e 41.

²⁵⁹ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C No 198, par. 102 e 103; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 173.

²⁶⁰ Cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 104; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 173.

²⁶¹ De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT): "(a) o termo "acidente do trabalho" designa os acidentes ocorridos no curso do trabalho ou em relação ao trabalho, que causem lesões mortais ou não mortais; (b) o termo "doença profissional" designa toda doença contraída pela exposição a fatores de risco que resulte da atividade laboral". Cf. Organização Internacional do Trabalho. *Protocolo 155 relativo à Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores*, artigo 1. O Brasil não ratificou esse protocolo.

trabalho, da insalubridade e da insegurança no trabalho; e a obrigação de fiscalizar essas condições, também a cargo das autoridades de trabalho.

B.1.2 Dano ao direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias no caso concreto

175. Conforme se expôs, o Brasil tinha a obrigação de garantir condições de trabalho equitativas e satisfatórias, nos termos descritos no parágrafo anterior. No entanto, as empregadas da fábrica de fogos do “Vardo dos Fogos” trabalhavam em condições de precariedade, insalubridade e insegurança, em tendas localizadas em uma área de pasto que não reuniam os mais mínimos padrões de segurança para a realização de uma atividade de risco, e que não apresentavam condições que permitissem evitar ou prevenir acidentes de trabalho. Nunca receberam instrução alguma sobre medidas de segurança, nem elementos de proteção para a realização do trabalho. Tudo isso ocorreu sem que o Estado exercesse qualquer atividade de supervisão ou fiscalização destinada a verificar as condições oferecidas àqueles que trabalhavam na fábrica de fogos, ou empreendesse alguma ação voltada para a prevenção de acidentes, embora a atividade desenvolvida na fábrica fosse caracterizada pela legislação interna como especialmente perigosa.

176. Conforme o exposto, o Estado violou o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, na medida em que falhou em seu dever de prevenir acidentes de trabalho. Esse dever se mostra ainda mais relevante diante da dimensão dos fatos do presente caso, que terminaram por afetar gravemente a vida e a integridade pessoal das trabalhadoras e trabalhadores. Neste caso, apesar de o Brasil ter cumprido seu dever de regulamentar a atividade desenvolvida na fábrica de fogos (*supra* par. 171), falhou no exercício do controle e da fiscalização das condições de trabalho, como medida necessária para a prevenção de acidentes. Isso, embora as relações de trabalho exijam supervisão por parte do Estado, sobretudo quando se trata do exercício de atividades perigosas. De modo que o Estado violou o direito constante do artigo 26 da Convenção Americana.

B.2 Proibição do trabalho infantil

177. A Corte constata que várias crianças e adolescentes trabalhavam na fábrica de fogos. Das 60 pessoas falecidas, 19 eram meninas e um era um menino, com idade a partir dos 11 anos. Por outro lado, entre os sobreviventes havia uma menina e dois meninos entre 15 e 17 anos.

178. A esse respeito, a Convenção Americana dispõe, no artigo 19, que as crianças têm direito a medidas de proteção especiais. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, esse mandato impacta a interpretação dos demais direitos reconhecidos

na Convenção,²⁶² inclusive o direito ao trabalho, nos termos definidos na seção anterior. Além disso, esta Corte entende que o artigo 19 da Convenção estabelece uma obrigação a cargo do Estado de respeitar e assegurar os direitos reconhecidos às crianças em outros instrumentos internacionais, de modo que, no momento de definir o conteúdo e alcance das obrigações do Estado em relação aos direitos das crianças, é necessário recorrer ao *corpus iuris* internacional,²⁶³ em especial à Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante denominada “CDC”).²⁶⁴

179. A CDC dispõe, no artigo 32, o direito da criança de ser protegida da exploração econômica e de trabalhos perigosos que possam interferir em sua educação ou afetar sua saúde ou desenvolvimento.²⁶⁵ Essa obrigação coincide com o estabelecido no texto da Constituição do Brasil que proíbe, no artigo 7º, o trabalho noturno, perigoso ou insalubre dos menores de 18 anos e o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz (*supra* par. 102). No mesmo sentido, a CLT proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e qualquer trabalho aos menores de 16, salvo na condição de aprendiz, entre 14 e 16 anos.²⁶⁶ Finalmente, além das disposições mencionadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe qualquer trabalho para crianças menores de 14 anos²⁶⁷ e veda o trabalho perigoso, insalubre ou penoso a adolescentes.²⁶⁸

180. Nesse sentido, com base nos critérios enunciados, a Corte constata que, à luz da Convenção Americana, a criança tem direito a medidas especiais de proteção. Essas medidas, conforme a CDC, incluem a proteção contra trabalhos que possam interferir em sua educação ou afetar sua saúde e seu desenvolvimento, como é o caso da fabricação de fogos de artifício. Além disso, a Corte entende que, em aplicação do artigo 29.b da Convenção Americana e à luz da legislação brasileira, o trabalho noturno, perigoso e insalubre de menores de 18 anos estava absolutamente proibido no Brasil na data dos fatos. Desse modo, o Estado devia ter tomado todas as medidas a seu alcance para garantir que nenhuma criança trabalhasse em ofícios como os desempenhados na fábrica de fogos.²⁶⁹

²⁶² Cf. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 9 de março de 2018. Série C Nº 351, par. 150; e *Caso Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C Nº 285, par. 106.

²⁶³ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 194; e *Caso Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador, supra*, par. 106.

²⁶⁴ O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990.

²⁶⁵ Com relação a esse assunto, o Comitê dos Direitos da Criança reconheceu que o trabalho de menores de idade em setores informais da economia é especialmente perigoso para o gozo de seus direitos, e que as crianças que trabalham em espaços ocultos de trabalho informal enfrentam a “precariedade laboral; uma remuneração escassa, irregular ou, inclusive, nula; riscos à saúde; falta de seguridade social; restrições à liberdade de associação; e uma proteção inadequada contra a discriminação e a violência ou a exploração”. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 16: As obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança*, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, par. 35.

²⁶⁶ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 611-B, XXIII.

²⁶⁷ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, *supra*, artigo 60.

²⁶⁸ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, *supra*, artigo 67, II.

²⁶⁹ Essa conclusão é reforçada pelo conteúdo das Convenções da OIT sobre trabalho infantil que, embora tenham sido ratificados pelo Brasil posteriormente à data dos fatos, salientam que menores de 18 anos não devem desempenhar funções perigosas. Nesse sentido, a Convenção 138 da OIT, de 1993, sobre idade

181. Por todo o exposto, a Corte conclui que o Estado descumpriu o mandato constante do artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 26 do mesmo instrumento, a respeito das crianças que faleceram na explosão da fábrica de fogos, bem como daquelas que sobreviveram à explosão, ao não adotar as medidas de proteção que sua condição de criança impunha, e permitir que crianças, a partir de 11 anos de idade estivessem trabalhando no momento da explosão.

B.3 Proibição de discriminação

182. Conforme salientou em oportunidades anteriores, a Corte lembra que, na atual etapa de evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens* e permeia todo o ordenamento jurídico. Além disso, sobre esse princípio reside a ordem pública nacional e internacional. Por conseguinte, os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma forma sejam destinadas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* o *de facto*.²⁷⁰ Nesse sentido, a Convenção Americana, na obrigação geral estabelecida no artigo 1.1, se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos constantes da Convenção, ao passo que, no artigo 24, protege o direito a “igual proteção da lei”,²⁷¹ ou seja, o artigo 1.1 garante que todos os direitos convencionais sejam assegurados sem discriminação, ao passo que o artigo 24 ordena que não se dispensem tratamentos desiguais nas leis internas de cada Estado, ou em sua aplicação. Desse modo, caso um Estado discrimine no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriará a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Ao contrário, caso a discriminação se refira a uma proteção desigual da lei interna ou de sua aplicação, o fato deve ser analisado levando em conta o artigo 24 da Convenção Americana.²⁷²

183. À luz do exposto, a Corte vem esposando o entendimento de que “os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, eliminar as regulamentações de caráter discriminatório, combater

mínima, estabelece que “[a] idade mínima de admissão a todo tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que se realize, possa ser perigoso para a saúde, a segurança ou a moralidade dos menores não deverá ser inferior a dezoito anos” (o Brasil ratificou a Convenção 138, de 1973, em 28 de junho de 2001, ou seja, depois de ocorridos os fatos deste caso). Por sua vez, a Convenção 182 da OIT, de 1999, sobre as piores formas de trabalho infantil, destaca que as piores formas de trabalho infantil são “os trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança”, e que o Estado membro “elaborará e implementará programas de ação para eliminar, como prioridade, as piores formas de trabalho infantil” (o Brasil ratificou a Convenção 182 da OIT, de 1999, sobre as piores formas de trabalho infantil em 2 de fevereiro de 2000, ou seja, depois de ocorridos os fatos deste caso). Ver, ademais: Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, aprovada em 1998.

²⁷⁰ Cf. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A No. 18, par. 103; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador*, *supra*, par. 125.

²⁷¹ Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C No. 182, par. 209; e *Caso V.R.P., V.P.C. e outros Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350, par. 289.

²⁷² Cf. *Caso Apitz Barbera e outros*, *supra*, par. 209; e *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela*, *supra*, par. 162.

as práticas desse caráter e estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade de todas as pessoas perante a lei”.²⁷³ Por conseguinte, neste caso, a Corte analisará as violações alegadas à luz dos artigos 1.1 e 24 da Convenção, uma vez que os argumentos da Comissão e dos representantes se centram tanto na alegada discriminação sofrida pelas supostas vítimas, por sua condição de mulheres e afrodescendentes, quanto por sua situação de pobreza, bem como pela falta de adoção de medidas de ação positiva para garantir seus direitos convencionais.

184. Especificamente em relação ao artigo 1.1 da Convenção, a Corte estabeleceu que se trata de uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado e implica a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”, ou seja, qualquer tratamento, independentemente da origem ou da forma que assuma, que possa ser considerado discriminatório a respeito do exercício dos direitos garantidos na Convenção é *per se* incompatível com ela.²⁷⁴ Desse modo, o descumprimento do Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, suscita sua responsabilidade internacional.²⁷⁵ É por esse motivo que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação.²⁷⁶

185. Com relação à discriminação em virtude da pobreza em que se encontravam as trabalhadoras da fábrica de fogos, o primeiro ponto a salientar é que esta não é considerada uma categoria especial de proteção, nos termos literais do artigo 1.1 da Convenção Americana. No entanto, isso não é obstáculo para que se considere que a discriminação por essa razão esteja proibida pelas normas convencionais. Em primeiro lugar, porque o rol constante do artigo 1.1 da Convenção não é taxativo, mas enunciativo; e em segundo, porque a pobreza bem pode se estender dentro da categoria de “posição econômica” a que se refere expressamente o referido artigo, ou em relação a outras categorias de proteção como a “origem [...] social” ou “outra condição social”,²⁷⁷ em função de seu caráter multidimensional.

²⁷³ *Caso V.R.P., V.P.C. e outros Vs. Nicarágua*, *supra*, par. 289.

²⁷⁴ *Cf. Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica em relação à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53; e *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 271.

²⁷⁵ *Cf. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, *supra*, par. 85; e *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 271.

²⁷⁶ *Cf. Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*, *supra*, par. 85; e *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*, *supra*, par. 271.

²⁷⁷ Com relação ao PIDESC, o Comitê do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Observação Geral Nº 20, ressaltou que a inclusão de “qualquer outra condição social” mostra que essa lista não é exaustiva e que outros riscos podem ser incluídos nessa categoria. Assim, expressou que o caráter da discriminação varia segundo o contexto e evolui com o tempo. Portanto, a discriminação baseada em “outra condição social” exige uma abordagem flexível que inclua outras formas de tratamento diferencial que: i) não se pode justificar de forma razoável e objetiva; e ii) que tenha um caráter comparável com os motivos expressamente reconhecidos. Esses motivos adicionais são reconhecidos geralmente quando refletem a experiência de grupos sociais vulneráveis que foram marginalizados no passado ou que continuam sendo. Nesse sentido, o Comitê do PIDESC declarou que outros possíveis motivos proibidos de discriminação poderiam ser o produto ou uma interseção de duas ou mais causas proibidas de discriminação, expressas

186. A esse respeito, a Corte recorda que os Estados são obrigados “a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isso significa o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a atuações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”,²⁷⁸ e, ademais, que os Estados são obrigados a adotar medidas positivas, determináveis em função das necessidades especiais de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre,²⁷⁹ como a extrema pobreza ou a marginalização.²⁸⁰

187. A Corte Interamericana já se pronunciou sobre a pobreza e a proibição de discriminação por posição econômica. Nesse sentido, reconheceu em várias de suas decisões que as violações de direitos humanos foram acompanhadas de situações de exclusão e marginalização pela situação de pobreza das vítimas, e identificou a pobreza como fator de vulnerabilidade que aprofunda o impacto da vitimização.²⁸¹ Recentemente, no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, concluiu que “o Estado não considerou a vulnerabilidade dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000, em virtude da discriminação com base na posição econômica a que estavam submetidos”²⁸² e considerou o Estado responsável pela situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica das vítimas.²⁸³ Além disso, no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, a Corte salientou que, em um caso de discriminação estrutural, deve-se considerar em que medida a vitimização do caso concreto evidencia a vulnerabilidade das pessoas que pertencem a um grupo.

ou não expressas. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 20: A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)*, UN Doc. E/C.12/GC/20, 2 de julho de 2009, par. 15 e 27.

²⁷⁸ Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, par. 104 *supra*; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 336.

²⁷⁹ Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*, *supra*, par. 111 e 113; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 337.

²⁸⁰ Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, *supra*, par. 154; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 337.

²⁸¹ Cf. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 262; *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 186; *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*, *supra*, par. 180; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, *supra*, par. 154; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, par. 104; *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C Nº 152, par. 116; *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº. 214, par. 233; *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 201; *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 201; *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparações*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C Nº 249, par. 204; *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C Nº 259, par. 273 e 274; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, *supra*, par. 193.

²⁸² *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 341.

²⁸³ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, Ponto Resolutivo Nº 4.

188. No presente caso, a Comissão afirmou que há um nexo entre o descumprimento das obrigações do Estado e a situação de pobreza que se vivia no Município de Santo Antônio de Jesus, de tal maneira que as condições de pobreza das trabalhadoras da fábrica de fogos de artifício teriam levado à violação de seu direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho sem discriminação. Isso indica que, neste caso, se trata de uma alegada discriminação estrutural em razão da pobreza.²⁸⁴ Especificamente, a Corte constata que as supostas vítimas eram pessoas que, em razão da discriminação estrutural por sua condição de pobreza, não podiam ter acesso a outra fonte de renda e tinham de se expor ao aceitar um trabalho em condições de vulnerabilidade, que contrastava com os mandatos da Convenção Americana, e que as expôs aos fatos que as vitimaram.

189. Assim, o fato de que uma atividade econômica especialmente perigosa tenha se instalado na área está relacionado à pobreza e à marginalização da população que ali residia e reside. Para os moradores dos bairros de origem das trabalhadoras da fábrica de fogos, o trabalho que ali lhes ofereciam era a principal, senão a única opção de trabalho, pois se tratava de pessoas com muito baixo nível de escolaridade e alfabetização, que, ademais, eram rotulados como pouco confiáveis, e por essas razões não podiam ter acesso a outro emprego.²⁸⁵ A esse respeito, os Princípios Orientadores sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos reconhecem que “as pessoas que vivem na pobreza enfrentam o desemprego ou o subemprego e o trabalho ocasional sem garantias, com baixos salários e condições de trabalho inseguras e degradantes”.²⁸⁶

190. Além da discriminação estrutural em função da condição de pobreza das supostas vítimas, esta Corte considera que nelas confluíam diferentes desvantagens estruturais que impactaram sua vitimização. Essas desvantagens eram econômicas e sociais, e se referiam a grupos determinados de pessoas,²⁸⁷ ou seja, observa-se uma confluência de fatores de discriminação. Este Tribunal se referiu a esse conceito de forma expressa ou tácita em diferentes sentenças,²⁸⁸ para isso utilizando diferentes categorias.

²⁸⁴ A discriminação estrutural se refere a comportamentos arraigados na sociedade, que implicam atos de discriminação indireta contra grupos determinados, e que se manifestam em práticas que produzem desvantagens comparativas. Essas práticas podem se apresentar como neutras, mas têm efeitos desproporcionais nos grupos discriminados. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 20, supra*, par. 12.

²⁸⁵ A esse respeito, a senhora Leila Cerqueira dos Santos afirmou: “Só este trabalho estava disponível, porque ou trabalhávamos na fábrica ou em casas de família, mas muitas famílias não nos empregavam porque pensavam que éramos de um bairro pobre e que poderíamos furtar ou cometer furtos, e então nos discriminavam, não nos aceitavam”. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*.

²⁸⁶ Conselho de Direitos Humanos, *Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos*, UN Doc. A/HRC/21/39, 27 de setembro de 2012, princípio 83.

²⁸⁷ Cf. Relatório do Relator Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos, Philip Alston, UN Doc. A/HRC/29/31, 27 de maio de 2015, par. 7º.

²⁸⁸ Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 233 e 293; *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215, par. 185; *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México, supra*, par. 169; *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*, par. 290; *Caso V.R.P., V.P.C. e outros Vs. Nicarágua, supra*, par. 154; *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 304; e *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 128 e 138.

191. Isso posto, a interseção de fatores de discriminação neste caso aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas, as quais compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por ser meninas, ou por ser meninas e estar grávidas. Sobre esse assunto é importante destacar que esta Corte estabeleceu que o estado de gravidez pode constituir uma condição de particular vulnerabilidade²⁸⁹ e que, em alguns casos de vitimização, pode existir um impacto diferenciado por conta da gravidez.²⁹⁰

192. Com relação à discriminação sofrida pelas mulheres,²⁹¹ o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, das Nações Unidas, em relatório de 2012, salientou que a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho é um problema no Brasil e que “lhe preocupa[va] que os estereótipos relacionados a gênero e raça contribuam para a segregação de mulheres afrodescendentes e indígenas nos empregos de menor qualidade”.²⁹²

193. Por sua vez, a discriminação contra a população negra no Brasil foi uma constante histórica. De acordo com o Comitê dos Direitos da Criança, segundo dados de 2006, “[n]o Brasil, entre os 10% mais ricos da população, unicamente 18% são pessoas de descendência africana (mestiços ou negros); entre os 10% mais pobres, 71% são negros ou mestiços”.²⁹³ Por sua vez, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial reiterou ao Estado, em diversas oportunidades, sua preocupação com a desigualdade que afeta as comunidades negras e mestiças, e com seu impacto no exercício de outros direitos.²⁹⁴

²⁸⁹ Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*, *supra*, par. 97.

²⁹⁰ Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, *supra*, par. 292; e *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*, *supra*, par. 97.

²⁹¹ Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada no Brasil pelo IBGE (PNAD 2003), aproximadamente 21% das mulheres afrodescendentes são empregadas domésticas e somente 23% delas são formalmente registradas no trabalho, em comparação com 12,5% das mulheres brancas que são empregadas domésticas, das quais 30% estão devidamente registradas. A renda mensal média das mulheres afrodescendentes no Brasil, em 2003, era de quase a metade do montante que recebiam as mulheres brancas. Entre os homens brancos e as mulheres afrodescendentes há uma diferença de quase nove pontos percentuais na taxa de desemprego. Enquanto para os homens brancos essa cifra é de 8,3%, para as mulheres afrodescendentes ela se eleva a 16,6%. Das mulheres brasileiras empregadas, de 16 anos ou mais, 17% são trabalhadoras domésticas e, entre elas, a grande maioria é de mulheres afrodescendentes que, em geral, não desfrutam de nenhum direito trabalhista, já que não trabalham com um contrato formal. Os dados também mostram que as mulheres afrodescendentes ganham 65% do que ganham os homens do mesmo grupo racial e somente 30% da renda média dos homens brancos. Cf. *Retrato das Desigualdades: Gênero e Raça*, UNIFEM e IPEA, Brasil, 2003. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/primeiraedicao.pdf>.

²⁹² Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Observações Finais sobre o Brasil, UN Doc. CEDAW/C/BRA/CO/7, 23 de março de 2012, par. 26.

²⁹³ Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes em virtude do artigo 44 da Convenção, Brasil, UN Doc. CRC/C/BRA/2-4, 8 de dezembro de 2014, par. 99.

²⁹⁴ O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial reiterou ao Estado do Brasil, em diversas oportunidades, sua preocupação com “a persistência de desigualdades profundas e estruturais que afetam as comunidades negra e mestiça e as populações indígenas”. Em um relatório de 1996, esse Comitê constatou que as atitudes discriminatórias se manifestam em diferentes níveis da vida política, econômica e social do país e dizem respeito, entre outros, ao direito à vida e à segurança das pessoas. Cf. Comitê para

194. Com relação à situação das crianças, a Comissão Interamericana constatou que, no Brasil, em 1997, um ano antes da explosão, a ausência das crianças afrodescendentes da escola se devia à necessidade de contribuir para a renda familiar,²⁹⁵ e que era comum que as crianças trabalhassem na indústria, com produtos tóxicos e insalubres e em condições de risco,²⁹⁶ embora a Constituição do Brasil proibisse o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, e o trabalho de menores de 18 anos em condições perigosas e insalubres. Além disso, de acordo com um dos laudos periciais apresentados à Corte, o trabalho infantil é um fenômeno de alta incidência no Brasil. Segundo cifras oficiais, em 2015 havia 2,7 milhões de crianças e adolescentes trabalhando; a maioria deles, crianças afrodescendentes que vivem em zonas urbanas e prestam trabalho remunerado. Ademais, o trabalho infantil afeta os grupos particularmente vulneráveis.²⁹⁷

195. Isso posto, as desvantagens econômicas e sociais, quando se relacionam com as referentes a grupos populacionais, podem impor maiores desvantagens. Assim, por exemplo, “[e]m muitos países, o setor mais pobre da população coincide com os grupos sociais e étnicos que são objeto de discriminação”.²⁹⁸ No mesmo sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, no parecer sobre a Comunicação Nº 17, de 2008, e em referência a suas observações finais sobre o Brasil, de 15 de agosto de 2007, destacou que a discriminação contra as mulheres nesse país é “exacerbada pelas disparidades regionais, econômicas e sociais”, e lembrou “que a discriminação contra a mulher baseada no sexo e no gênero está indissolúvelmente vinculada a outros fatores que afetam a mulher, como a raça, a origem étnica, a religião ou as crenças, a saúde, a condição jurídica e social, a idade, a classe, a casta e a orientação sexual e a identidade de gênero”.²⁹⁹

196. No mesmo sentido, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, das Nações Unidas, manifestou sua preocupação “com os efeitos da pobreza sobre as mulheres brasileiras de ascendência africana [...] e outros grupos de mulheres socialmente excluídos ou marginalizados e sua posição desvantajosa em relação ao acesso à educação, à saúde, ao saneamento básico, ao emprego, à informação e à justiça”³⁰⁰ e quanto a que “as deficientes condições de emprego da mulher em geral, inclusive a segregação vertical e horizontal, se vejam agravadas pela raça ou pela origem étnica”.³⁰¹

a Eliminação da Discriminação Racial, UN Doc. CERD/C/64/CO/2, 28 de abril de 2004, par. 12; e Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, UN Doc. CERD/C/304/Add.11, 27 de setembro de 1996, par. 8 a 10.

²⁹⁵ Cf. CIDH, *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, Discriminação Racial. Documento UN Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 setembro 1997, Capítulo IX, par. 3.

²⁹⁶ Cf. *Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, Capítulo V, *supra*, par. 40.

²⁹⁷ Cf. Laudo pericial apresentado à Corte IDH por Miguel Cillero Bruñol (expediente de mérito, folhas 911 a 912 e 943).

²⁹⁸ Relatório do Relator Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos, *supra*, par. 24.

²⁹⁹ Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira Vs. Brasil* (comunicação no. 17, de 2008), UN Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008, parecer aprovado em 25 de julho de 2011.

³⁰⁰ Observações finais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Brasil, UN Doc. A/58/38, 18 de julho de 2003, par. 110.

³⁰¹ Observações finais do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *supra*, par. 124.

197. Neste caso, a Corte pôde constatar que as supostas vítimas estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional. As supostas vítimas se encontravam em situação de pobreza estrutural e eram, em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes,³⁰² quatro delas estavam grávidas e não dispunham de nenhuma alternativa econômica senão aceitar um trabalho perigoso em condições de exploração. A confluência desses fatores tornou possível que uma fábrica como a que se descreve nesse processo tenha podido se instalar e funcionar na região, e que as mulheres e crianças supostas vítimas se tenham visto compelidas a nela trabalhar.

198. Sobre esse assunto, é necessário destacar que o fato de que as supostas vítimas pertencessem a um grupo em especial situação de vulnerabilidade acentuava os deveres de respeito e garantia a cargo do Estado. No entanto, conforme se depreende do acervo probatório do caso, o Estado não adotou medidas destinadas a garantir o exercício do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias sem discriminação, e a interseção de desvantagens comparativas fez com que a experiência de vitimização neste caso fosse agravada.

199. Por outro lado, a Corte constata que, do artigo 24 da Convenção, decorre um mandato destinado a garantir a igualdade material, o que não ocorreu no presente caso. Nesse sentido, o direito à igualdade, garantido pelo artigo 24 da Convenção, apresenta duas dimensões, a primeira uma dimensão formal, que estabelece a igualdade perante a lei. A segunda, uma dimensão material ou substancial, que ordena a adoção de medidas positivas de promoção em favor de grupos historicamente discriminados ou marginalizados em razão dos fatores a que faz referência o artigo 1.1 da Convenção Americana. Isso significa que o direito à igualdade implica a obrigação de adotar medidas para garantir que essa igualdade seja real e efetiva,³⁰³ ou seja, de corrigir as desigualdades existentes, promover a inclusão e a participação dos grupos historicamente marginalizados e garantir às pessoas ou grupos em desvantagem o gozo efetivo de seus direitos; em suma, oferecer às pessoas possibilidades concretas de ver realizada, em seus próprios casos, a igualdade material.³⁰⁴ Para isso, os Estados devem enfrentar energicamente situações de exclusão e marginalização.

³⁰² Cf. Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, *supra*.

³⁰³ Nesse sentido, esta Corte estabeleceu, *mutatis mutandi*, que “[a] presença de condições de desigualdade real obriga a adoção de medidas de compensação que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não houvesse estes meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do processo, dificilmente se poderia dizer que aqueles em desvantagem gozam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam de um devido processo legal em condições de igualdade com quem não enfrenta essas desvantagens”. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 119.

³⁰⁴ De acordo com o laudo pericial apresentado a esta Corte por Christian Curtis, “o Estado tinha a obrigação de adotar medidas concretas e deliberadas destinadas à plena realização do direito ao trabalho, particularmente a respeito das pessoas e grupos desfavorecidos e marginalizados. Cumpre salientar que o Estado pode optar entre uma grande variedade de medidas, entre elas, a promoção do emprego privado, a criação de emprego público, medidas destinadas à formalização de trabalhadores que atuam no setor informal, medidas destinadas à regularização das fábricas e empresas que descumprem a legislação trabalhista, promovendo a conversão de trabalho em condições indignas a trabalho decente [...]”. Laudo pericial apresentado à Corte Interamericana por Christian Curtis, *supra* (expediente de mérito, folha 908).

200. No caso concreto, este Tribunal determinou que as empregadas da fábrica de fogos faziam parte de um grupo discriminado ou marginalizado porque se encontravam em situação de pobreza estrutural e eram, em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes. No entanto, o Estado não adotou medida alguma que possa ser avaliada pela Corte como forma de enfrentar ou de buscar reverter a situação de pobreza e marginalização estrutural das trabalhadoras da fábrica de fogos, com atenção aos fatores de discriminação que confluíam no caso concreto.

201. Além disso, neste caso, a Corte constata que o Estado tinha conhecimento da situação de especial vulnerabilidade das supostas vítimas, pois, segundo os dados divulgados por órgãos do próprio Estado, uma cifra significativa da população do Município de Santo Antônio de Jesus, na data dos fatos, vivia em situação de pobreza. Também, de acordo com bancos de dados estaduais, era de conhecimento do Estado que as mulheres afrodescendentes se encontravam em particular situação de vulnerabilidade, uma vez que, entre outros fatores, tinham menos acesso a trabalhos formais. Nesse sentido, ao permitir a instalação e funcionamento da fábrica de fogos em uma área em que uma parte substancial da população é vulnerável, o Estado tinha a obrigação reforçada de fiscalizar as condições de funcionamento das instalações e de garantir que efetivamente se adotassem medidas para a proteção da vida e da saúde das trabalhadoras e para garantir seu direito à igualdade material. Por esse motivo, ao não haver fiscalizado as condições de higiene, saúde e segurança do trabalho na fábrica, nem a atividade de fabricação de fogos de artifício para, especialmente, evitar acidentes de trabalho, o Estado do Brasil não só deixou de garantir o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho das supostas vítimas, mas também contribuiu para agravar as condições de discriminação estrutural em que se encontravam.

202. O Estado, ao se referir às alegadas violações do artigo 24 da Convenção, salientou que dispõe de uma estrutura jurídica efetiva para a redução das desigualdades, e que desenvolveu diversas políticas públicas com esse mesmo objetivo no Município de Santo Antônio de Jesus. No entanto, a Corte conclui que o Estado não provou que a situação de discriminação estrutural a que são submetidas as mulheres que se dedicam à fabricação de fogos de artifício tenha mudado.

203. Em suma, a Corte conclui que a situação de pobreza das supostas vítimas, associada aos fatores interseccionais de discriminação já mencionados, que agravavam sua condição de vulnerabilidade, (i) facilitou a instalação e o funcionamento de uma fábrica dedicada a uma atividade especialmente perigosa, sem fiscalização, seja dessa atividade perigosa, seja das condições de higiene e segurança no trabalho por parte do Estado; e (ii) levou as supostas vítimas a aceitar um trabalho que colocava em risco sua vida e sua integridade, bem como a de suas filhas e filhos menores de idade. Ademais, (iii) o Estado não adotou medidas destinadas a garantir a igualdade material no direito ao trabalho a respeito de um grupo de mulheres em situação de marginalização e discriminação. Essa situação implica que, no presente caso, não se garantiu o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, sem discriminação,

nem tampouco o direito à igualdade, previstos nos artigos 24 e 26, em relação ao artigo 1.1 da Convenção.

B.4. Conclusão

204. Em virtude da análise a que se procedeu nos parágrafos anteriores e das determinações a que se chegou neste capítulo, a Corte conclui que o Brasil é responsável pela violação dos artigos 19,³⁰⁵ 24 e 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de 60 pessoas falecidas e seis sobreviventes da explosão da fábrica de fogos do “Vardo dos Fogos” de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, conforme são identificadas no Anexo N° 1 desta sentença.

VIII-3

DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E GARANTIA (ARTIGOS 8.1 E 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DO MESMO INSTRUMENTO)

A. Alegações das partes e da Comissão

205. A *Comissão* concluiu que o Estado descumpriu o dever de investigar os fatos com a devida diligência e em prazo razoável. Lembrou que o acesso à justiça deve assegurar, em um tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares de que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido, e que se punam os eventuais responsáveis. Também ressaltou que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante “Comitê DESC”) estabeleceu o dever dos Estados de oferecer meios adequados de reparação às pessoas ou grupos prejudicados e garantir a responsabilização das empresas.

206. Nesse contexto, sobre o processo penal, destacou que: 1) o número de vítimas não pode ser considerado motivo para a demora na tramitação, pois os possíveis responsáveis foram determinados nas primeiras etapas da investigação e as vítimas se encontravam provadas, uma vez que o fato gerador das mortes e lesões foi um só: a explosão; 2) não se pode atribuir a demora à conduta dos denunciante porque, em se tratando de um caso grave de violações de direitos humanos, cabia ao Estado o dever de promover a investigação de ofício; 3) não se pode atribuir

³⁰⁵ O Estado é responsável pela violação dos artigos mencionados neste parágrafo, em relação ao artigo 19 da Convenção, em prejuízo das crianças Adriana dos Santos, Adriana Santos Rocha, Aldeci Silva Santos, Aldenir Silva Santos, Alex Santos Costa, Andreia dos Santos, Aristela Santos de Jesus, Arlete Silva Santos, Carla Alexandra Cerqueira dos Santos, Daiane Santos da Conceição, Daniela Cerqueira Reis, Fabiana Santos Roch, Francisneide Bispo dos Santos, Girlene dos Santos Souza, Karla Reis dos Santos, Luciene Oliveira Santos, Luciene Ribeiro dos Santos, Mairla de Jesus Santos Costa, Núbia Silva dos Santos e Rosângela de Jesus França, falecidos na explosão, e a respeito da menina Maria Joelma de Jesus Santos e dos meninos Bruno Silva dos Santos e Wellington Silva dos Santos, sobreviventes da explosão, na medida em que não foram implementadas as medidas especiais de proteção que sua condição de criança exigiam.

a demora ao processo próprio do Tribunal do Júri, pois o atraso neste caso está vinculado não às características desse procedimento, mas à ação das autoridades durante a tramitação judicial; e 4) se manteve a impunidade a respeito das autoridades estatais que descumpriram o dever de fiscalização, pois sobre elas não se procedeu a investigação alguma. Além disso, ressaltou que a impunidade persiste. Transcorridos mais de 20 anos da explosão, as condenações não são definitivas e se decretou a prescrição da ação em favor de Osvaldo Prazeres.

207. Sobre os processos civis, mencionou que, a respeito daquele conduzido contra o Estado do Brasil, o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa Mário Fróes Prazeres Bastos, apesar do desmembramento do processo em virtude do alto número de litisconsortes, depois de 15 anos, apenas um processo civil teve decisão definitiva. Além disso, salientou que os montantes decorrentes do pedido de antecipação de tutela para os menores de 18 anos, cujas mães haviam falecido, só começaram a ser pagos em setembro de 2006, e foram pagos unicamente a cinco dos 39 beneficiários, já que, naquele momento, a maioria já tinha mais de 18 anos. Em relação ao processo conduzido contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos, enfatizou que o acordo indenizatório assinado em 8 de outubro de 2013, entre os familiares das vítimas e os demandados, não se refere à responsabilidade do Estado, mas ao dano ocasionado por particulares. Do mesmo modo, citou os depoimentos na audiência perante a Corte IDH das senhoras Maria Balbina dos Santos e Leila Cerqueira dos Santos, salientando que as supostas vítimas mencionaram que não estavam representadas por advogados no momento da assinatura, e que se sentiram compelidas a assinar pelo temor de não receber nada, provocado pela Promotoria que mediava o acordo. Por último, destacou que o Estado não prestou informação quanto à adequação dos montantes ou quanto a sua entrega integral às vítimas.

208. Finalmente, sobre os processos trabalhistas, mencionou que do expediente não se depreende que todas as medidas possíveis tivessem sido tomadas para tentar a execução das indenizações, e que mais de 20 anos transcorreram sem que se consiga essa execução. Desse modo, apesar de ser o único processo com decisão definitiva, esta terminou sendo, na prática, ilusória.

209. Os *representantes* coincidiram com os argumentos da Comissão e acrescentaram que, tanto pelo atraso excessivo na ação penal e julgamento dos processos conduzidos em consequência da explosão, quanto pela interposição sucessiva de recursos judiciais, o Estado violou o direito à verdade e à reparação. Quanto ao processo civil promovido pela Promotoria contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos e Mário Fróes Bastos, salientaram que, até hoje, as vítimas não conseguiram receber integralmente o que a elas é devido como fruto da homologação do acordo.

210. O *Estado*, em primeiro lugar, declarou que não pode ser condenado pela violação do artigo 8.1 da Convenção, pois esse artigo, ao ser considerado, protege as pessoas que estejam sendo processadas, e não os demandantes. Desse modo, ao não serem os petionários acusados em nenhuma das ações interpostas, não é

aplicável o artigo 8.1. Por outro lado, salientou que tampouco pode ser condenado pela violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, pois os recursos adequados e eficazes para a proteção dos direitos foram impulsionados pelo Estado, seguindo o processo regulamentar na jurisdição interna.

211. Sobre o procedimento administrativo, destacou que este foi iniciado de ofício pelo Estado, procedeu a uma análise minuciosa das atividades dos particulares e resolveu, menos de um ano depois da explosão (6 de junho de 1999), aplicar as sanções respectivas, inclusive o cancelamento da licença de funcionamento da empresa.

212. Sobre o processo penal, informou que, após a complexa etapa de instrução, no ano 2004, se decidiu pelo julgamento perante o Tribunal do Júri, mas o traslado do processo à cidade de Salvador para a garantia da independência do julgamento atrasou os trâmites nessa instância. Apontou que a interposição de recursos que se seguiu desde então não apresentou nenhuma irregularidade ou demora injustificada atribuível ao Estado, mas que faz parte do contraditório.

213. A respeito dos recursos civis, afirmou que seguiram seu curso regulamentar e consistiram em recursos internos adequados e efetivos para o atendimento das pretensões das vítimas. Destacou que, no caso da ação civil *ex delicto* contra Osvaldo Prazeres Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos, as partes chegaram a acordo em 2013, mediante o qual se estabeleceu um montante de indenização de R\$ 2.611.357 (dois milhões, seiscentos e onze mil, trezentos e cinquenta e sete reais).³⁰⁶ O cumprimento desse acordo e de um novo acordo judicial homologado em março de 2019 vem sendo exigido e garantido pelo Estado, razão pela qual foi possível sua execução na totalidade, com a expedição de ordens judiciais de pagamento às vítimas. Por outro lado, sobre a ação civil apresentada contra a União,³⁰⁷ o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa, o Estado brasileiro destacou a concessão da tutela antecipada em favor dos filhos das vítimas e o desmembramento do processo para sua ágil consideração e a efetividade da execução das sentenças. Destacou que não existem irregularidades, ações ou omissões que tenham causado injustificadamente demoras nos processos, que a tramitação dos recursos continua sem irregularidades e em conformidade com a legislação brasileira, e que os tribunais reafirmaram, até o momento, as decisões que concederam reparação.

214. Quanto aos processos trabalhistas, estabeleceu que não pode ser imputada responsabilidade ao Estado pelos casos em que não se obteve reparação por essa via, pois isso se deveu à conduta dos demandantes a respeito de questões processuais que afetaram a análise de mérito, bem como à insuficiência da prova apresentada em juízo. Por outro lado, nos casos em que foi proferida sentença, explicitou que, ao contrário do que expuseram os representantes, o Estado agiu de forma diligente na busca de bens para a execução das sentenças. De fato, informou que, como resultado dessa

³⁰⁶ Esse montante é resultado da correção monetária aplicada ao montante original (R\$ 1.280.000,00), em outubro de 2017.

³⁰⁷ A União é o ente federativo dotado de personalidade jurídica correspondente ao Estado do Brasil.

atividade, foi possível embargar um bem de Osvaldo Prazeres Bastos, no montante de R\$ 1.800.000, que seria suficiente para o pagamento das indenizações às vítimas.

215. Finalmente, em relação a cada um dos processos judiciais, o Estado alegou que não tem conhecimento de que as vítimas tenham questionado sua tramitação junto ao Poder Judiciário brasileiro ou perante as instâncias administrativas disciplinares existentes.

B. Considerações da Corte

216. Este Tribunal vem reiterando que as garantias judiciais compreendidas no artigo 8.1 da Convenção estão intimamente vinculadas ao devido processo legal, o qual “abrange as condições que se devem cumprir para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial”.³⁰⁸ O artigo 25 da Convenção, por sua vez, se refere “à obrigação dos Estados Partes de garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial simples, rápido e efetivo perante um juiz ou tribunal competente”.³⁰⁹

217. Os artigos 8, 25 e 1.1 se inter-relacionam na medida em que “[o]s [...] recursos judiciais efetivos [...] devem ser instruídos em conformidade com as regras do devido processo legal, [...] de acordo com a obrigação geral, a cargo dos [...] Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (art. 1)”.³¹⁰ A efetividade dos recursos deve ser avaliada no caso particular, levando-se em conta se “existiram vias internas que tenham garantido um verdadeiro acesso à justiça para pleitear a reparação da violação”.³¹¹ O acesso à justiça pode ser verificado quando o Estado garante, em um tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares de que se tomem todas as medidas necessárias para conhecer a verdade sobre o ocorrido e, caso seja pertinente, punir os eventuais responsáveis.³¹²

218. Nesse sentido, a Corte recorda que os artigos 8 e 25 da Convenção também consagram o direito de obter resposta às demandas e solicitações apresentadas às

³⁰⁸ Cf. *Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87, de 6 de outubro de 1987. Série A N° 9, par. 28; *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C N° 71, par. 69 y 108; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, supra*, par. 294.

³⁰⁹ Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011, Série C No. 228, par. 95; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, supra*, par. 294.

³¹⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares, supra*, par. 91; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, supra*, par. 294.

³¹¹ Cf. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C N° 153, par. 120; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, supra*, par. 294.

³¹² Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C N° 100, par. 114; e *Caso Coc Max e outros (Massacre de Xamán) Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de agosto de 2018. Série C N° 356, par. 80.

autoridades judiciais, visto que a eficácia do recurso implica uma obrigação positiva de oferecer uma resposta em um prazo razoável.³¹³

219. Levando em conta as alegações das partes e da Comissão, bem como as características específicas de cada processo e seus diferentes tempos de tramitação, a Corte julga pertinente analisar as alegadas violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a respeito de cada tipo de processo interno. Para esse efeito, o presente capítulo está dividido da seguinte forma: 1) a devida diligência e o prazo razoável; 1.1. o processo penal; 1.2. as ações civis; 1.3. os processos trabalhistas; 2) a proteção judicial efetiva; e 3) conclusão.

B.1 A devida diligência e o prazo razoável

220. A Corte já se manifestou, fazendo referência à devida diligência em processos penais, no sentido de que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e buscar a determinação da verdade e a persecução, captura, julgamento e eventual punição de todos os responsáveis intelectuais e materiais pelos fatos.³¹⁴ Igualmente, que a impunidade deve ser erradicada mediante a determinação das responsabilidades tanto gerais do Estado, como individuais – penais e de outra natureza – de seus agentes ou de particulares, e que, para cumprir essa obrigação, o Estado deve remover todos os obstáculos, *de facto* e *de jure*, que mantenham a impunidade.³¹⁵

221. Conforme se observa a partir dos fatos provados no presente caso, a explosão da fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, levou à instauração de processos nas esferas administrativa, penal, civil e trabalhista. A Corte entende que a devida diligência estará demonstrada no processo penal caso o Estado consiga comprovar que envidou todos os esforços,³¹⁶ em um tempo razoável, para permitir a determinação da verdade, a identificação e a punição de todos os responsáveis, sejam eles particulares, ou sejam funcionários do Estado. Quanto aos processos civis por danos, a devida diligência se verifica por meio da análise das ações das autoridades estatais (juízes e membros do Ministério Público), no sentido de conduzir os procedimentos de forma simples e rápida, com o objetivo de identificar os agentes que causaram os danos e, caso seja pertinente, reparar adequadamente as vítimas. O exame da devida diligência nos processos trabalhistas deve levar em consideração as medidas adotadas pelas autoridades

³¹³ Cf. *Caso Cantos Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, par. 57; e *Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, supra*, par. 295.

³¹⁴ Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 147, par. 94; e *Caso Terrones Silva e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C Nº 360, par. 182.

³¹⁵ Cf. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C Nº 101, par. 277; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal Vs. Guatemala, supra*, par. 285.

³¹⁶ A Corte estabeleceu reiteradamente que o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultados. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 177; e *Caso Terrones Silva e outros Vs. Peru, supra*, par. 182.

judiciais para estabelecer um vínculo laboral entre os trabalhadores e trabalhadoras da fábrica de fogos e os donos, definir os montantes devidos e determinar e efetuar o pagamento desses valores.

222. Quanto à celeridade do processo, este Tribunal tem salientado que o prazo razoável a que se refere o artigo 8.1 da Convenção deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento que se desenvolve, desde o primeiro ato processual até que se profira a sentença definitiva, incluindo-se os recursos que possam eventualmente ser apresentados.³¹⁷ O direito de acesso à justiça implica que a solução da controvérsia ocorra em tempo razoável,³¹⁸ já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.³¹⁹

223. O Tribunal também já estabeleceu que a avaliação do prazo razoável deve ser analisada em cada caso concreto, em relação à duração total do processo, o que poderia também incluir a execução da sentença definitiva. Dessa forma, vem considerando quatro elementos para analisar se foi cumprida a garantia do prazo razoável, a saber: (i) a complexidade do assunto;³²⁰ (ii) a atividade processual do interessado;³²¹ (iii) a conduta das autoridades judiciais;³²² e (iv) o prejuízo à situação jurídica da suposta vítima.³²³

224. Com efeito, este Tribunal estabeleceu que, caso o decurso do tempo incida de forma relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência, a fim de que o caso se resolva em um tempo breve.³²⁴ A Corte recorda que cabe ao Estado justificar, com fundamento nos critérios citados, a razão pela qual necessitou do tempo transcorrido para examinar o caso e, se não o demonstrar, a Corte dispõe de amplas faculdades para proceder a sua própria avaliação a respeito da matéria.³²⁵

³¹⁷ Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 71; e *Caso Carranza Alarcón Vs. Equador, supra*, par. 92.

³¹⁸ Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito, supra*, par. 71; e *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C Nº 308, par. 176.

³¹⁹ Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 145; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 83.

³²⁰ Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares*. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Série C Nº 21, par. 78; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 83 e nota de rodapé 83.

³²¹ Cf. *Caso Cantos Vs. Argentina, supra*, par. 57; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, 401, par. 83 e nota de rodapé 84.

³²² A Corte vem entendendo que, para conseguir plenamente a efetividade da sentença, as autoridades judiciais devem agir com rapidez e sem demora, tendo em vista que o princípio de tutela judicial efetiva exige que os procedimentos de execução sejam levados a cabo sem obstáculos ou demoras indevidas, a fim de que alcancem seu objetivo de forma rápida, simples e integral. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador, supra*, par. 106; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 83 e nota de rodapé 85.

³²³ A Corte já afirmou que, para determinar a razoabilidade do prazo, deve-se levar em conta o impacto gerado à duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida, considerando, entre outros elementos, a matéria da controvérsia. Cf. *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru, supra*, par. 148; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 83 e nota de rodapé 86.

³²⁴ Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 192, par. 155; e *Caso Muelle Flores Vs. Peru, supra*, par. 162.

³²⁵ Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C No. 202, par. 156; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai, supra*, par. 83.

225. Para determinar a complexidade do assunto a Corte levou em consideração diversos elementos, entre os quais se encontram: i) a complexidade da prova;³²⁶ ii) a pluralidade de sujeitos processuais³²⁷ ou o número de vítimas;³²⁸ iii) o tempo transcorrido desde que se teve notícia da suposta violação;³²⁹ iv) as características do recurso constante da legislação interna;³³⁰ ou v) o contexto em que ocorreram os fatos.³³¹

226. Com o intuito de analisar se o Estado do Brasil cumpriu suas obrigações de agir com a devida diligência e em um prazo razoável, contidas no artigo 8.1 da Convenção, a Corte julga pertinente retomar brevemente as ações nos processos iniciados a partir da explosão de 11 de dezembro de 1998 e proceder à análise de cada um deles.

227. Quanto ao processo administrativo, levado a cabo pelo Exército brasileiro com a finalidade de avaliar as condições de funcionamento da fábrica de fogos após a explosão, teve início em 13 de dezembro de 1998, e culminou com o cancelamento definitivo do registro da empresa, em 6 de junho de 1999, ao ser constatada uma série de irregularidades. A Corte considera que, durante a tramitação desse processo, o Estado conseguiu demonstrar que agiu com a devida diligência e em prazo razoável.

B.1.1 O processo penal

228. No âmbito penal, a Polícia Civil iniciou uma investigação de ofício após a explosão, e, em 12 de abril de 1999, o Ministério Público do Estado da Bahia apresentou uma acusação formal pelos crimes de homicídio doloso e tentativa de homicídio contra Mário Fróes Prazeres Bastos, Osvaldo Prazeres Bastos, Ana Cláudia Almeida Reis Bastos, Helenice Fróes Bastos Lírio, Adriana Fróes Bastos de Cerqueira, Berenice Prazeres Bastos da Silva, Elísio de Santana Brito e Raimundo da Conceição Alves. Em 9 de novembro de 2004, os acusados foram pronunciados, isto é, decidiu-se, em primeira instância, que os réus deviam ser submetidos ao Tribunal do Júri. Contra essa decisão, os acusados apresentaram recurso, que foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 27 de outubro de 2005. Em 18 de julho de 2007, o Ministério Público solicitou que se transferisse o caso à cidade de Salvador, em virtude do risco de que a influência econômica e política dos acusados dificultasse a tomada de decisão, o que foi acolhido pelo Tribunal de Justiça em 7 de novembro de 2007. Após a rejeição de diferentes recursos interpostos pelos acusados e, tão logo foram eles resolvidos, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça da Bahia, em 9 de

³²⁶ Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 78; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

³²⁷ Cf. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 106; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

³²⁸ Cf. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, supra*, par. 156; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

³²⁹ *Mutatis mutandis*, Cf. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 150; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

³³⁰ Cf. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 179, par. 83; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

³³¹ Cf. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina, supra*, par. 156; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador, supra*, par. 182.

novembro de 2009. O Tribunal de Justiça da Bahia os enviou, em 27 de abril de 2010, à comarca de Santo Antônio de Jesus. No entanto, esta não era competente devido ao traslado ordenado. Em 30 de junho de 2010, o processo foi recebido novamente pelo Tribunal de Justiça da Bahia que, por sua vez, o enviou à Primeira Vara Criminal de Salvador. Em 20 de outubro de 2010, o Tribunal do Júri proferiu sentença, na qual foram condenadas cinco pessoas e absolvidos três acusados. Em 26 de abril de 2012, essa decisão foi confirmada em segunda instância. Foram interpostos recursos especiais e extraordinários e outros recursos interlocutórios dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF). No decorrer do ano de 2019, três *habeas corpus* foram apresentados ao Tribunal de Justiça da Bahia em favor dos acusados, os quais resultaram no reconhecimento da prescrição da ação em favor de Osvaldo Prazeres Bastos, com a consequente extinção de sua punibilidade, e a anulação da decisão de segunda instância por falta de intimação dos advogados dos acusados.

229. No que diz respeito ao prazo razoável, mediante a análise do processo penal à luz dos quatro elementos estabelecidos de forma constante pela Corte em sua jurisprudência, e levando em conta o acervo probatório disponível, o Tribunal observa que: (i) quanto à complexidade do assunto, as vítimas e possíveis responsáveis, bem como as circunstâncias e causas da explosão haviam sido determinados no processo administrativo concluído no ano de 1999; (ii) não consta do expediente nenhuma atividade processual dos interessados que possa ter contribuído para o atraso do processo, mais ainda quando se trata de um processo que dependia exclusivamente do impulso oficial; (iii) a conduta das autoridades judiciais foi o principal fator que provocou a excessiva demora no desenvolvimento do processo penal, em virtude da grande delonga na análise dos diferentes recursos interpostos pelos acusados, os equívocos já mencionados nos traslados dos autos e a grave falha causada pela ausência de intimação dos advogados dos acusados para a sessão de julgamento da apelação, o que resultou em um retrocesso de mais de seis anos na tramitação do caso, em razão da anulação da decisão referida; e (iv) quanto ao prejuízo à situação jurídica das supostas vítimas, a Corte considera que a demora excessiva e a impunidade agravaram sua situação, especialmente em razão da condição de extrema vulnerabilidade pela situação de pobreza e discriminação estrutural em que se encontravam.

230. O Tribunal observa que, embora tenham sido rapidamente identificados os suspeitos, as vítimas e as circunstâncias da explosão, a falta de devida diligência e os equívocos das autoridades judiciais resultaram em notórios adiamentos no presente caso, bem como em sua total impunidade. Com efeito, a falta de devida diligência é identificada especialmente nos atrasos injustificados das autoridades judiciais em julgar os diferentes recursos interpostos pelos acusados, nos problemas com os traslados equivocados do expediente e nos erros quanto à intimação dos defensores dos réus para o julgamento da apelação, o que levou à anulação daquela sentença.

231. Este Tribunal considera que o Estado não demonstrou que tenha existido uma justificativa aceitável para os longos períodos sem que houvesse ações por parte

das autoridades judiciais e para a demora prolongada do processo penal. Portanto, este Tribunal constata que, no presente caso, a demora de quase 22 anos sem uma decisão definitiva configurou uma falta de razoabilidade no prazo por parte do Estado para levar a cabo o processo penal. Além disso, a Corte considera que as autoridades judiciais não agiram com a devida diligência para que se chegasse a uma solução no processo penal.

B.1.2 As ações civis

232. Na esfera civil, foram iniciados dois processos distintos: a ação civil de indenização por danos morais e materiais contra o Estado do Brasil, o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa de Mário Fróes Prazeres Bastos, e a ação civil *ex delicto* contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Julieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos.

233. A primeira ação civil, iniciada em 4 de março de 2002, pelas vítimas e seus familiares, continha um pedido de antecipação de tutela em favor das pessoas menores de 18 anos, cujas mães haviam falecido na explosão, o qual foi concedido no dia seguinte pelo juiz federal competente. Das 44 meninas e meninos que perderam as mães e ajuizaram demandas contra o Governo Federal, 39 foram beneficiadas pela decisão de antecipação de tutela de uma pensão mensal de um salário mínimo e, destas, apenas 16 receberam efetivamente esse pagamento, pois, devido ao transcurso do tempo, as outras já tinham 18 anos. Os demais familiares não teriam recebido reparação alguma do Estado. Após as decisões a respeito dos recursos interpostos contra a decisão da tutela antecipada, procedeu-se, em 2004, a um desmembramento do processo devido ao alto número de litisconsortes (84), em decorrência do que foram iniciados 14 processos distintos. As sentenças de primeira instância foram proferidas entre julho de 2010 e agosto de 2011, e contra elas foram interpostos recursos, entre agosto de 2013 e março de 2017, que foram rejeitados. Foram apresentados embargos de declaração contra as sentenças de recurso, os quais foram solucionados entre 26 de outubro de 2015 e 5 de maio de 2018, além de recursos especiais e extraordinários em 12 dos 14 processos, dos quais dez permanecem pendentes e dois tiveram decisões que se tornaram definitivas em setembro de 2017 e abril de 2018. Depreende-se da prova disponível que não houve nenhum pagamento às supostas vítimas em consequência desses processos.

234. No que diz respeito à garantia de um prazo razoável, o Tribunal considera que: (i) a complexidade do assunto não pode ser invocada pelas mesmas razões dispostas na análise do processo penal; (ii) não há elementos suficientes no acervo probatório que permitam à Corte examinar a atividade processual dos interessados;

(iii) quanto à conduta das autoridades judiciais, a Corte observa que houve um atraso injustificado para que se ordenasse o desmembramento dos processos (dois anos), para que se proferissem as sentenças em primeira instância (seis ou sete anos depois do desmembramento do processo) e para a apreciação dos diferentes

recursos interpostos (aproximadamente sete anos), e (iv) quanto ao prejuízo à situação jurídica das supostas vítimas, a Corte constata que a ausência de indenização, objeto do processo civil em questão, teve um impacto muito significativo, uma vez que, como foi demonstrado ao longo da tramitação deste caso, as supostas vítimas e seus familiares não dispunham de meios econômicos suficientes para pagar os custos dos tratamentos médicos e psicológicos necessários, inclusive aqueles destinados a cuidar das diversas sequelas que as pessoas sobreviventes da explosão apresentaram. Em virtude do exposto, este Tribunal constata que o Estado descumpriu a garantia do prazo razoável em relação aos processos em questão.

235. Quanto à devida diligência na primeira ação civil, a Corte observa que o desmembramento do processo, determinado em 2004, somente dois anos depois de apresentada a ação civil, e que tinha por objetivo facilitar e tornar mais rápida a prestação jurisdicional, como aduziu o Estado, não cumpriu sua finalidade, pois as primeiras sentenças de primeira instância foram proferidas em 2010, oito anos depois do início da demanda principal e, até o momento, há somente duas decisões definitivas, as quais ainda não foram executadas. A Corte considera que houve uma demora excessiva nos julgamentos dos recursos, de sete anos em média, sem que o Estado tenha apresentado uma justificativa para isso. Pelo exposto, somado à ausência de solução definitiva e da execução das decisões judiciais, depois de mais de 20 anos do início da ação civil principal, o Tribunal considera que o Estado não agiu com a devida diligência.³³²

236. A segunda ação civil, ou seja, a ação civil *ex delicto*, foi apresentada após a concessão de uma medida cautelar, no mesmo ano de 1998, mediante a qual foi solicitado o bloqueio dos bens dos acusados Osvaldo Prazeres Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos, a fim de garantir as reparações de danos em favor das vítimas. O processo principal teve início em 9 de janeiro de 1999. O juiz a cargo do processo, exercendo uma faculdade disposta na legislação processual penal brasileira,³³³ suspendeu a tramitação dessa ação civil até a resolução da ação penal, com o objetivo de evitar possíveis sentenças conflitantes, a exemplo da hipótese de uma absolvição no processo penal com repercussões no processo civil.³³⁴ A ação civil culminou, em 8 de outubro de 2013, com um acordo entre as vítimas, familiares e demandados, mediado pelo Ministério Público e homologado pelo Tribunal de Primeira Instância, em 10 de dezembro de 2013, que estabeleceu uma indenização de aproximadamente R\$ 1.280.000,00 (um milhão, duzentos e oitenta mil reais), os quais seriam divididos entre as vítimas e familiares. Dado o descumprimento do acordo pelos demandados, o Ministério Público tomou várias medidas para garantir a execução. No entanto, só em fins de março de 2019, foi possível concluir a entrega às vítimas das somas

³³² Quanto ao fato de que somente 16 das 39 pessoas receberam o pagamento ordenado na decisão de antecipação de tutela, a Corte não dispõe de elementos probatórios suficientes para determinar se houve falta de diligência por parte do Estado na determinação dos beneficiários.

³³³ Cf. *Código de Processo Penal brasileiro*, artigo 64, parágrafo único.

³³⁴ Cf. Depoimento prestado perante tabelião público por Aline Cotrim Chamadoira, 9 de janeiro de 2020 (expediente de mérito, folhas 873 a 875). 68

estabelecidas no acordo de 2013, devidamente atualizadas, em consequência de um novo acordo entre as partes, firmado em março de 2019.

237. A Corte não dispõe de elementos probatórios suficientes para avaliar o cumprimento ou descumprimento do dever de devida diligência na ação civil *ex delicto*.

238. Quanto à tramitação do processo em prazo razoável, a Corte nota que: (i) a complexidade do assunto não pode ser invocada pelas mesmas razões dispostas na análise do processo penal; (ii) não há elementos suficientes no acervo probatório que permitam à Corte examinar a atividade processual dos interessados e, ademais, a ação civil *ex delicto* foi apresentada pelo Ministério Público, de modo que desse órgão estatal dependia o impulso do processo; (iii) em relação à conduta das autoridades judiciais, a Corte constatou uma demora excessiva e não justificada entre a decisão penal (2010) e o primeiro acordo assinado (2013), bem como entre esse acordo e os últimos pagamentos efetuados para reparar as supostas vítimas (2019), e (iv) quanto ao prejuízo à situação jurídica das supostas vítimas, a Corte considera que o transcurso de mais de 20 anos para que as supostas vítimas pudessem ter acesso a um montante indenizatório, que era o que se buscava com o processo civil em análise, afetou as supostas vítimas e seus familiares de forma muito relevante, pois viviam em um contexto de pobreza e discriminação, o que resultou em que não dispusessem dos meios econômicos suficientes para financiar as despesas que os tratamentos médicos e psicológicos implicavam, inclusive os destinados a cuidar das diversas sequelas da explosão nos sobreviventes. Ante o exposto, o Tribunal considera que as autoridades judiciais não garantiram os meios, nem tomaram as medidas destinadas a conseguir a reparação adequada em tempo razoável.

B.1.3 Os processos trabalhistas

239. No âmbito trabalhista, nos anos 2000 e 2001, foram ajuizadas 76 ações perante a Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, dos quais 30 foram arquivados definitivamente e outros 46 foram declarados improcedentes em primeira instância. Frente às sentenças que declararam improcedentes as demandas, se interpôs recurso ordinário, em decorrência do qual o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, dando razão às vítimas, ordenou um novo pronunciamento. As novas decisões reconheceram o vínculo de trabalho das vítimas com Mário Frões Prazeres Bastos, de modo que 18 ações foram declaradas parcialmente procedentes e uma totalmente procedente. Dessas, seis continuam com execução em curso, mas permaneceram em arquivo provisório por vários anos,³³⁵ pois não haviam sido encontrados bens

³³⁵ A Corte não dispõe da informação exata sobre a tramitação de cada processo trabalhista. No entanto, depreende-se da ficha de tramitação do caso de Leila Cerqueira dos Santos, apresentada pelo Estado em sua contestação, que seu processo esteve arquivado provisoriamente entre 8 de novembro de 2002 e 27 de outubro de 2009; em razão da frustração da execução, foi suspenso de 6 de agosto de 2010 a 24 de novembro de 2011, e de 18 de dezembro de 2013 a 14 de maio de 2014 (expediente de prova, folhas 2624 a 2638).

do condenado (Mario Fróes Prazeres Bastos) que permitissem sua execução.³³⁶ Em agosto de 2018, no âmbito do processo trabalhista de Leila Cerqueira dos Santos, foi embargado um bem de Osvaldo Prazeres Bastos, pai de Mario Fróes Prazeres Bastos, no montante de R\$ 1.800.000, que, segundo o informado por uma juíza da Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus,³³⁷ seria suficiente para indenizar as vítimas em todas as ações cujas execuções se encontravam ativas.

240. Ao analisar os quatro elementos necessários para a avaliação da razoabilidade do prazo, o Tribunal constata que (i) o assunto não era de alta complexidade, pois as condições nas quais trabalhavam as vítimas diretas do presente caso haviam sido constatadas pela perícia do Exército após a explosão, e a identificação das pessoas que tinham vínculo de emprego com os donos da fábrica poderia ter sido estabelecida, por exemplo, mediante a análise das certidões de óbito anexadas à denúncia penal do Ministério Público da Bahia; (ii) não consta do expediente que a atividade processual dos interessados tenha prejudicado ou facilitado a solução da causa; (iii) a conduta das autoridades judiciais foi insuficiente, na medida em que dispunham dos elementos para ter reconhecido o papel de Osvaldo Prazeres Bastos na fábrica e, portanto, ter ordenado o embargo de seus bens anos antes. No entanto, houve uma demora excessiva, pois somente 18 anos depois de iniciados os processos, foi possível embargar um bem que parece ser suficiente para a execução das sentenças; por último, (iv) quanto ao prejuízo à situação jurídica das supostas vítimas, a Corte considera que o transcurso de 18 anos sem que nenhuma das supostas vítimas recebesse os montantes devidos em razão do acidente de trabalho (explosão) e das infrações aos direitos trabalhistas, as afetou de forma muito relevante, pois viviam em um contexto de pobreza e discriminação, o que resultava em que não dispusessem dos meios econômicos suficientes para financiar as despesas dos tratamentos médicos e psicológicos necessários, inclusive os destinados a cuidar das diferentes sequelas da explosão nos sobreviventes. Portanto, o Tribunal considera que há suficientes elementos para concluir que o Estado não garantiu que os processos trabalhistas fossem conduzidos em um prazo razoável, especialmente no que diz respeito à execução das sentenças.

241. Outrossim, os processos trabalhistas que tiveram sentenças favoráveis às trabalhadoras da fábrica foram arquivados provisoriamente por muitos anos, uma vez que a justiça do trabalho, em princípio, não reconheceu o vínculo de trabalho entre as trabalhadoras e Osvaldo Prazeres Bastos, já que era seu filho, Mario Fróes Prazeres Bastos, que constava, formalmente, como proprietário da empresa, e não haviam sido encontrados bens para embargar. No entanto, no âmbito das ações civis e penais, a relação de Osvaldo Prazeres Bastos com a fábrica de fogos já havia sido

³³⁶ O relatório apresentado pelo Diretor Adjunto da Vara do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, de 5 de outubro de 2005, menciona que as ações decididas em favor dos demandantes se encontravam em arquivo provisório, pois não haviam sido encontrados bens do condenado que permitissem a execução das sentenças. Cf. Relatório do Diretor Adjunto da Vara do Trabalho em Santo Antônio de Jesus, *supra*.

³³⁷ Cf. Comunicação da Juíza Cássia Magali Moreira Daltro, da Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, à Advocacia-Geral da União, 21 de fevereiro de 2019 (expediente de prova, folha 4106).

constatada, e ele, de fato, possuía bens que podiam garantir o pagamento às vítimas. A Corte conclui que o Estado não demonstrou haver tomado medidas efetivas com vistas ao êxito da execução nesses casos, de modo que somente 18 anos depois de apresentadas as ações trabalhistas, em agosto de 2018, conseguiu-se confiscar um bem de Osvaldo Prazeres Bastos, suficiente para fazer frente aos montantes das indenizações. Pelo exposto, o Tribunal conclui que o Estado também descumpriu o dever de devida diligência nos processos trabalhistas.

B.2 Ausência de proteção judicial efetiva

242. A Corte reiterou que um processo deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial, mediante a aplicação idônea desse pronunciamento.³³⁸ Portanto, a efetividade das sentenças depende de sua execução.³³⁹ Desse modo, “uma decisão transitada em julgado confere certeza sobre o direito ou controvérsia discutida no caso concreto e, por conseguinte, tem como um de seus efeitos a obrigatoriedade ou necessidade de cumprimento. O contrário supõe a própria negação do direito envolvido”.³⁴⁰ Desse modo, é imprescindível que o Estado garanta os meios para executar as decisões definitivas.³⁴¹

243. A Corte considera que a execução das sentenças deve ser regida por normas específicas que permitam tornar efetivos, *inter alia*, os princípios de tutela judicial, devido processo, segurança jurídica, independência judicial e Estado de Direito. A Corte concorda com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando considera que, para que a efetividade da sentença seja plena, a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem delonga.³⁴²

244. No presente caso, a Corte lembra que o processo penal foi iniciado de ofício após a explosão, e a acusação formal foi apresentada em 12 de abril de 1999. Em 20 de outubro de 2010, quase 12 anos depois de iniciadas as investigações, foram condenadas cinco pessoas, inclusive Mario Fróes Prazeres Bastos e Osvaldo Prazeres Bastos, o que foi confirmado em segunda instância. No entanto, em virtude da ausência de convocação dos defensores dos acusados para o julgamento da apelação, as

³³⁸ Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104*, par. 73; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 103.

³³⁹ Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência*, *supra*, par. 73; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 103.

³⁴⁰ Cf. *Caso Muelle Flores Vs. Peru*, *supra*, par. 123.

³⁴¹ Cf. *Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, *supra*, par. 24; *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C Nº 144, par. 220; e *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 143.

³⁴² Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, *supra*, par. 105; e *Caso Muelle Flores Vs. Peru*, *supra*, par. 126. Ver também: TEDH, *Caso Matheus Vs. França*, Nº 62740/01, sentença de 31 de março de 2005, par. 58; TEDH, *Caso Cocchiarella Vs. Itália* (GC), Nº 64886/01, sentença de 29 de março de 2006, par. 89; e *Caso Gaglione e outros Vs. Itália*, Nº 45867/07, sentença de 21 de dezembro de 2010, par. 34.

condenações não se tornaram definitivas. Além disso, prescreveu a ação penal contra Osvaldo Prazeres Bastos. Os processos civis iniciados pelas vítimas e os processos trabalhistas conduzidos entre 1999 e 2002 tampouco têm solução definitiva, exceto no caso de dois dos processos civis.

245. Com base no exposto, mais de 21 anos depois de ocorridos os fatos, a Corte conclui que nenhuma pessoa foi efetivamente punida nem tampouco foram adequadamente reparadas as vítimas da explosão ou seus familiares.

246. Em virtude do acima evidenciado, este Tribunal considera que não se garantiu uma proteção judicial efetiva às trabalhadoras da fábrica de fogos, uma vez que, embora lhes tenha sido permitido fazer uso de recursos judiciais previstos legalmente, esses recursos ou não tiveram solução definitiva, depois de mais de 18 anos do início de sua tramitação, ou tiveram decisão favorável às vítimas, mas não pôde ser executada por atrasos injustificados por parte do Estado.

B.3. Conclusão

247. Em virtude da análise e das determinações realizadas neste capítulo, a Corte conclui que o Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, disposto no artigo 25 da Convenção Americana, assim como do dever de devida diligência e da garantia judicial ao prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção, ambos em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de: a) seis vítimas sobreviventes da explosão da fábrica do “Vardo dos Fogos” de Santo Antônio de Jesus, em 11 de dezembro de 1998, conforme são identificadas no Anexo No. 1 desta sentença; e b) 100 familiares das vítimas falecidas, conforme são identificados no Anexo No. 2 desta sentença.

VIII-4

DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL DOS FAMILIARES DAS SUPOSTAS VÍTIMAS (ARTIGO 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Alegações das partes e da Comissão

248. A *Comissão* argumentou que os familiares das vítimas de certas violações de direitos humanos podem ser considerados vítimas, em consequência dos danos a sua integridade física e moral, decorrentes das situações vividas pelas vítimas diretas e das posteriores ações ou omissões estatais. Nesse sentido, salientou que as mortes ocorridas na fábrica de fogos foram uma fonte de sofrimento para as famílias das vítimas diretas, que se viu aumentada pela falta de justiça.

249. Os *representantes* coincidiram com o que foi argumentado pela Comissão.

250. O *Estado* se referiu a esse assunto em suas exceções preliminares. A esse respeito, questionou à inclusão de alguns familiares apresentados como supostas vítimas, sem que se houvesse comprovado ou alegado de forma específica em que

medida seus direitos foram afetados. Nesse sentido, apresentou uma relação de 36 nomes. No entanto, vários deles correspondem à mesma pessoa. Após uma revisão dos nomes apresentados, a Corte conclui que essa objeção se refere a 26 pessoas.³⁴³ Sobre esse assunto, o Estado citou o estabelecido pela Corte no *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, sobre a presunção do dano à integridade psíquica e moral dos familiares diretos das vítimas (mães, pais, filhos, filhas, esposos e esposas) e a necessidade de provar os danos à integridade dos familiares indiretos.

B. Considerações da Corte

251. Esta Corte entende que os membros dos núcleos familiares podem, por direito próprio, ser vítimas de violações do artigo 5 da Convenção, por conta da dor sofrida por seus entes queridos.³⁴⁴ Para isso, cabe à Comissão e aos representantes apresentar prova dos danos sofridos pelos familiares, para que possam ser considerados supostas vítimas de uma violação do direito à integridade pessoal.

252. Neste caso, a Corte constata que, da relação de familiares apresentada pela Comissão e pelos representantes, o Estado rejeitou a inclusão de 26 pessoas por falta de prova sobre o dano a seus direitos. Por essa razão, a Corte entende que, a juízo do Estado, o prejuízo ao direito à integridade pessoal dos familiares restantes se encontra comprovado, na medida em que o ocorrido lhes provocou sofrimentos diretos, por conta das condições em que aconteceram as mortes, que incluíram corpos queimados e mutilados de mulheres adultas, crianças e mulheres e meninas grávidas; e pela impotência diante da atuação das autoridades estatais que tardaram mais de 20 anos em fazer justiça.

253. Conforme o exposto, cabe à Corte, estabelecer se, em relação às 26 pessoas a respeito das quais o Estado não encontra comprovação de dano, é possível concluir que tiveram violado seu direito à integridade pessoal. Nesse sentido, esta Corte conclui que:

i. Adriana Santos Rocha, Fabiana Santos Rocha e Claudia Reis dos Santos foram refutadas pelo Estado por terem sido apresentadas como irmãs de algumas das supostas vítimas falecidas. No entanto, Adriana Santos Rocha e Fabiana Santos Rocha faleceram na explosão da fábrica de fogos, de modo que está provado o

³⁴³ 1. Adriana Santos Rocha; 2. Antônio José dos Santos Ribeiro; 3. Antônio Rodrigues dos Santos; 4. Claudia Reis dos Santos; 5. Claudimeire de Jesus Bittencourt; 6. Cleide Reis dos Santos; 7. Cristiane Ferreira de Jesus; 8. Dailane dos Santos Souza; 9. Fabiana Santos Rocha; 10. Geneis dos Santos Souza; 11. Guilhermino Cerqueira dos Santos; 12. Lourival Ferreira de Jesus; 13. Lucinete dos Santos Ribeiro; 14. Luís Fernando Santos Costa; 15. Maria Antônia dos Santos; 16. Maria Joelma de Jesus Santos; 17. Maria Vera dos Santos; 18. Marimar dos Santos Ribeiro; 19. Marinalva Santos; 20. Marlene dos Santos Ribeiro; 21. Marlene Ferreira de Jesus; 22. Neuza Maria Machado; 23. Roque Ribeiro da Conceição; 24. Samuel dos Santos Souza; 25. Wellington Silva dos Santos; 26. Zuleide de Jesus Souza.

³⁴⁴ Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, *supra*, par. 174- 177; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicarágua. Mérito e Reparações*. Sentença de 3 de junho de 2020. Série C N° 403, par. 100. 71

dano ao direito à vida como consequência direta da explosão, segundo foi demonstrado no capítulo VIII-1 desta Sentença e, por essa razão, não serão declaradas vítimas da violação ao artigo 5.1, por conta da dor sofrida por seus familiares. Por sua vez, Claudia Reis dos Santos é uma das trabalhadoras da fábrica de fogos que sobreviveram à explosão, de modo que está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, como consequência direta da explosão, segundo se demonstrou no capítulo VIII-1 desta Sentença. Além disso, em relação a Claudia Reis dos Santos, a Corte concluiu que também está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, por conta da dor sofrida por seus familiares, segundo consta das provas apresentadas a esta Corte.³⁴⁵

ii. Wellington Silva dos Santos foi identificado como suposta vítima pela Comissão, por ser irmão de Aldeci Silva dos Santos, Aldeni Silva dos Santos e Bruno Silva dos Santos (sobrevivente). O Estado alegou que não se comprovou concretamente o dano a seus direitos por essa razão, e a Corte não encontrou documento algum que prove esse dano. Em todo caso, Wellington Silva dos Santos é um dos trabalhadores da fábrica de fogos que sobreviveram à explosão, de modo que está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, como consequência direta da explosão, segundo se demonstrou no capítulo VIII-1 desta Sentença. Conforme o exposto, não será declarado vítima da violação do artigo 5.1, por conta da dor sofrida por seus familiares.

iii. Antônio José dos Santos Ribeiro foi identificado como suposta vítima pela Comissão, por ser irmão de Luciene dos Santos Ribeiro. No entanto, a Corte conclui que a Comissão também apresentou Antônio José dos Santos Ribeiro como suposta vítima, na qualidade de filho de Luzia dos Santos Ribeiro, e que o Estado não levantou qualquer objeção à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, será entendido como vítima. Além disso, a Corte conclui que está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, segundo consta do arquivo de vídeo remetido pelos representantes.³⁴⁶

iv. Antônio Rodrigues dos Santos, Maria Antônia dos Santos, Maria Vera dos Santos e Marinalva Santos foram identificados como supostas vítimas pelos representantes, por se tratar dos tios e tias de Andreia dos Santos. A esse respeito, os representantes, em suas

³⁴⁵ Cf. Depoimento prestado perante tabelião público por Claudia Reis dos Santos, *supra*.

³⁴⁶ Cf. Documentário “Salve, Santo Antônio”, apresentado pelos representantes (anexo 8 do Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão; expediente de prova, folha 45).

alegações finais, salientaram que, com efeito, se trata dos tios de uma das pessoas falecidas na explosão, e que a mãe da suposta vítima, Maria Expedita dos Santos, faleceu, sendo eles os únicos familiares vivos da pessoa falecida na explosão. Por essa razão, solicitaram que sejam considerados vítimas neste caso. A juízo da Corte, a alegação dos representantes não se refere ao dano aos direitos de Antônio Rodrigues dos Santos, Maria Antônia dos Santos, Maria Vera dos Santos e Marinalva Santos, razão pela qual não serão considerados vítimas da violação do direito à integridade pessoal. No entanto, isso não impede que, nas instâncias internas e conforme a legislação brasileira, se determine que houve uma violação dos direitos das senhoras Andreia dos Santos e Maria Expedita dos Santos, e que elas tenham acesso ao que lhes caiba na condição de sucessores, nos termos dos parágrafos 297 e 304 desta Sentença.

v. Claudimeire de Jesus Bittencourt foi identificada como suposta vítima pela Comissão e pelos representantes, por ser irmã de Vanessa de Jesus Bittencourt e de Vânia de Jesus Bittencourt. O Estado alegou que não se comprovou de maneira concreta o dano a seus direitos por essa razão. No entanto, a Corte conclui que a Comissão também apresentou Claudimeire de Jesus Bittencourt como suposta vítima, na qualidade de filha de Maria Isabel de Jesus Bittencourt, e o Estado não levantou objeções à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, será considerada vítima da violação do direito à integridade pessoal.

vi. Cleide Reis dos Santos foi identificada como suposta vítima pelos representantes, por ser irmã de Carla Reis dos Santos. O Estado alegou que não se comprovou de maneira concreta o dano a seus direitos. Por sua vez, os representantes alegaram que não havia relatos de familiares na lista original, donde a especial importância de considerar a retificação da relação e incluir as irmãs de Carla Reis dos Santos. No entanto, a Corte não encontrou no expediente prova alguma que evidencie o dano a seus direitos, razão pela qual não são considerados afetados seus direitos à integridade pessoal.

vii. Cristiane Ferreira de Jesus, Dailane dos Santos Souza, Geneis dos Santos Souza, Marlene Ferreira de Jesus, Zuleide de Jesus Souza, Lourival Ferreira de Jesus e Samuel dos Santos Souza foram identificados como supostas vítimas pela Comissão e pelos representantes, por serem irmãs e irmãos de Girlene dos Santos Souza. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos por essa razão. No entanto, a Corte constata que a Comissão também apresentou Cristiane Ferreira de

Jesus, Dailane dos Santos Souza, Geneis dos Santos Souza, Marlene Ferreira de Jesus, Zuleide de Jesus Souza, Lourival Ferreira de Jesus e Samuel dos Santos Souza como supostas vítimas, na qualidade de filhas e filhos de Maria Antonia de Jesus, e que o Estado não apresentou qualquer objeção à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, serão consideradas vítimas da violação do direito à integridade pessoal.

viii. Guilhermino Cerqueira dos Santos foi identificado como suposta vítima pelos representantes, por ser familiar de Carla Alexandra Cerqueira Santos, Daniela Cerqueira Reis e Matilde Cerqueira Santos. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos. A Corte não encontrou no expediente prova alguma que evidencie o dano a seus direitos, que não serão considerados violados. Por outro lado, os representantes, em suas alegações finais, salientaram que, embora se trate do irmão de Carla Alexandra Cerqueira Santos, a relação original de supostas vítimas incluía os nomes dos pais da suposta vítima: Bernardo Bispo dos Santos e Maria Nascimento Cerqueira Santos, que faleceram durante a tramitação perante o Sistema Interamericano, razão pela qual a inclusão do irmão seria na condição de sucessor daqueles. A juízo da Corte, a alegação dos representantes não se refere ao dano a seus direitos. No entanto, isso não impede que, nas instâncias internas e conforme a legislação brasileira, caso se determine que houve violação dos direitos de Carla Alexandra Cerqueira Santos, Bernardo Bispo dos Santos e Maria Nascimento Cerqueira Santos, Guilhermino Cerqueira dos Santos possa ter acesso ao que lhe caiba, na qualidade de sucessor, nos termos dos parágrafos 297 e 304 desta Sentença.

ix. Lucinete dos Santos Ribeiro, Marimar dos Santos Ribeiro e Marlene dos Santos Ribeiro foram identificadas como supostas vítimas pela Comissão, por serem irmãs de Luciene dos Santos Ribeiro. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos. No entanto, a Corte constata que a Comissão também apresentou Lucinete dos Santos Ribeiro Marimar dos Santos Ribeiro e Marlene dos Santos Ribeiro como supostas vítimas, na qualidade de filhas de Luzia dos Santos Ribeiro, e que o Estado não levantou qualquer objeção à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, serão consideradas vítimas da violação do direito à integridade pessoal.

x. Luís Fernando Santos Costa foi identificado como suposta vítima pelos representantes, por ser irmão de Alex Santos Costa e Mairla

Santos Costa. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos. No entanto, a Corte constata que os representantes também apresentaram Luís Fernando Santos Costa como suposta vítima, na qualidade de filho de Maria Aparecida de Jesus Santos, e que o Estado não levantou qualquer objeção à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, será considerado vítima da violação do direito à integridade pessoal.

xi. Maria Joelma de Jesus Santos foi identificada como suposta vítima pela Comissão, por ser irmã de Maria Joelia de Jesus Santos. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos por essa razão. A esse respeito, a Corte constata que Maria Joelma de Jesus Santos é uma das trabalhadoras da fábrica de fogos que sobreviveram à explosão, de modo que está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, como consequência direta da explosão, segundo se demonstrou no capítulo VIII-1 desta Sentença. Além disso, a Comissão apresentou a senhora Maria Joelma de Jesus Santos como suposta vítima, na qualidade de irmã de Carla Reis dos Santos, e o Estado não objetou à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Pelo exposto, também será considerada vítima da violação do direito à integridade pessoal, por conta da dor sofrida por seu familiar.

xii. Neuza Maria Machado foi identificada como suposta vítima pela Comissão, por ser irmã de Maria Creuza Machado dos Santos. O Estado alegou que não foi comprovado de maneira concreta o dano a seus direitos por essa razão. A Corte conclui que não há prova de seu dano no expediente, razão pela qual não será considerada vítima de uma violação do direito à integridade pessoal neste caso.

xiii. Roque Ribeiro da Conceição foi identificado como suposta vítima pelos representantes, por ser irmão de Daiane dos Santos Conceição. A esse respeito, a Corte conclui que há um erro, pois o senhor Roque Ribeiro da Conceição era pai e não irmão de Daiane dos Santos Conceição. Por outro lado, a Corte constata que a Comissão também apresentou Roque Ribeiro da Conceição como suposta vítima na qualidade de esposo de Antônia Cerqueira dos Santos, e que o Estado não levantou qualquer objeção à existência de um dano a seus direitos por essa razão. Nessa medida, será considerado vítima da violação do direito à integridade pessoal. Além disso, a Corte constata que seu dano se encontra provado, na medida em que declarou, e consta do expediente, prova da dor sofrida.³⁴⁷

³⁴⁷ Cf. Depoimento de Roque Ribeiro da Conceição prestado aos representantes das supostas vítimas (expediente de prova, folhas 451 e 564).

254. Conforme o exposto, a Corte conclui que, de acordo com o Estado, não se teria comprovado o dano ao direito à integridade pessoal de alguns dos familiares das supostas vítimas, em especial, no que se refere às relações entre irmãos e entre tios/as e sobrinhos/as. Nos demais casos, o Estado não questionou a eventual violação do direito à integridade pessoal dos familiares. Nesse sentido, após a análise da prova que consta do expediente, a Corte conclui que não é possível comprovar a violação do direito à integridade pessoal de Antônio Rodrigues dos Santos, Maria Antônia dos Santos, Maria Vera dos Santos, Marinalva Santos, Guilhermino Cerqueira dos Santos, Neuza Maria Machado e Cleide Reis dos Santos. Por essa razão, essas pessoas não serão consideradas vítimas da violação do direito à integridade pessoal. Os demais familiares identificados como supostas vítimas pela Comissão e pelos representantes serão considerados vítimas da violação do direito à integridade pessoal, uma vez que o Estado não apresentou objeção alguma à alegação da Comissão e dos representantes nesse sentido.

255. Por outro lado, Adriana Santos Rocha e Fabiana Santos Rocha faleceram na explosão da fábrica de fogos, de modo que está provado o dano a seu direito à vida, como consequência direta da explosão, segundo se demonstrou no capítulo VIII-1 desta Sentença e, por essa razão, não podem ser consideradas vítimas da violação do direito à integridade, por conta dos danos sofridos por seus familiares. No caso de Claudia Reis dos Santos e Wellington Silva dos Santos, trata-se de dois dos trabalhadores da fábrica de fogos que sobreviveram à explosão, de modo que está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, como consequência direta da explosão, segundo se demonstrou no capítulo VIII-1 desta sentença. No caso de Claudia Reis dos Santos também está provado o dano a seu direito à integridade pessoal, em consequência das violações aos direitos de seus familiares.

256. Em virtude do exposto, este Tribunal conclui que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1, em prejuízo de 100 familiares das pessoas falecidas e sobreviventes da explosão, os quais são identificados no Anexo 2 desta Sentença.

IX

REPARAÇÕES

(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

257. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte vem salientando que toda violação de uma obrigação internacional que tenha causado dano implica o dever de repará-lo adequadamente,³⁴⁸ e que essa disposição contém uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.³⁴⁹

³⁴⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 103.

³⁴⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, par. 25; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 103.

258. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional exige, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja viável, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos infringidos e reparar as consequências das infrações.³⁵⁰

259. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos comprovados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, a Corte deverá observar essa convergência para se pronunciar devidamente e conforme o Direito.³⁵¹

260. Em consideração às violações declaradas no capítulo anterior, o Tribunal passará a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes das vítimas, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte, em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,³⁵² com o objetivo de determinar as medidas destinadas a reparar os danos causados às vítimas.

A. Parte lesada

261. Este Tribunal reitera que são consideradas partes lesadas, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aquelas que tenham sido declaradas vítimas da violação de algum direito reconhecido nesse tratado.³⁵³ Portanto, esta Corte considera como partes lesadas as 60 vítimas fatais e as seis sobreviventes da explosão identificadas no Anexo 1 desta sentença, bem como os 100 familiares das pessoas falecidas e sobreviventes da explosão, identificados no Anexo 2 desta decisão, que, na qualidade de vítimas das violações declaradas no capítulo VIII desta Sentença, serão consideradas beneficiárias das reparações que a Corte ordenará a seguir.

262. No que diz respeito às vítimas identificadas no Anexo 2, e declaradas como tais por se tratar de familiares das pessoas falecidas e sobreviventes da explosão, o Estado deverá estabelecer um sistema que lhe permita identificá-las adequadamente e que leve em conta que podem existir erros e diferenças tipográficas na grafia de seus nomes e sobrenomes.

B. Obrigação de investigar

263. A Comissão solicitou que neste caso se proceda a uma investigação diligente, efetiva e em prazo razoável, com o objetivo de esclarecer os fatos de maneira completa, definir todas as possíveis responsabilidades e impor as sanções que sejam

³⁵⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, par. 26; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 104. 75

³⁵¹ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolivia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 105.

³⁵² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, *supra*, par. 25 a 27; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 106.

³⁵³ Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 163. par. 233; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 107.

cabíveis a respeito das violações de direitos humanos ocorridas. De acordo com a Comissão, essas investigações deveriam ser tanto penais quanto administrativas, sobre as pessoas vinculadas à fábrica de fogos e as autoridades estatais que descumpriram seus deveres de inspeção e fiscalização. Além disso, solicitou que sejam adotadas as medidas necessárias para que as responsabilidades e reparações estabelecidas nos processos trabalhistas e civis respectivos sejam efetivamente implementadas.

264. Os *representantes* solicitaram que o Estado garanta a pronta solução das causas ainda pendentes, bem como a execução efetiva das sentenças já proferidas. Além disso, solicitaram a criação de uma comissão de investigação para o esclarecimento dos fatos, uma vez que o Estado ainda não conseguiu investigar, processar e julgar os responsáveis pelas violações denunciadas neste caso, existindo a possibilidade de que essa obrigação não possa ser cumprida devido à prescrição.

265. O *Estado* afirmou que os processos internos se encontram em tramitação regulamentar, e que não há omissões de sua parte. Mencionou, ademais, que, levando em conta que os recursos internos adequados para promover as reparações às vítimas dos fatos do presente caso existem e vêm seguindo seu curso, o requerido pelos representantes deveria ser considerado ilegítimo, inadequado, assim como impossível.

266. A Corte recorda que, no capítulo VIII-3, declarou que as investigações levadas a cabo e os diversos processos – em âmbito penal, civil e trabalhista –, iniciados a partir da explosão da fábrica do “Vardo dos Fogos”, foram inadequados, pelo descumprimento de um prazo razoável, pela falta de devida diligência e de efetividade da tutela judicial, e que, por conseguinte, foram violados os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas. Além disso, a Corte lembra que as vítimas ou seus familiares têm direito a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e a que se investigue, se julgue e, caso pertinente, se punam os eventuais responsáveis.³⁵⁴

267. Em virtude do exposto, a Corte dispõe que o Estado deve, considerando o determinado nesta Sentença (*supra* par. 228 a 231), prosseguir com o processo penal, com a devida diligência, conforme o direito interno, para, em um prazo razoável, julgar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus. A devida diligência implica, especialmente, que todas as autoridades estatais respectivas estão obrigadas a abster-se de atos que resultem na obstrução ou atraso do andamento do processo penal,³⁵⁵ levando em conta que quase 22 anos transcorreram desde que aconteceram os fatos do presente caso. Tudo isso com o propósito de garantir o direito das vítimas à verdade.

268. No que diz respeito às ações civis de indenização por danos morais e materiais contra a União, o Estado da Bahia, o Município de Santo Antônio de Jesus e a empresa Mário Fróes Prazeres Bastos, e a respeito dos processos trabalhistas, o

³⁵⁴ Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra*, par. 114; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru*, *supra*, par. 173.

³⁵⁵ Cf. *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, *supra*, par. 194; e *Caso Alvarado Espinoza e outros Vs. México. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2018. Série C Nº 370, par. 301.

Estado deve, levando em conta o disposto nesta Sentença (*supra* par. 232 a 238), dar seguimento, com a devida diligência, aos processos ainda em tramitação, para, em um prazo razoável, concluí-los e, caso pertinente, promover a completa execução, além de executar as sentenças definitivas, com a entrega efetiva das somas devidas às vítimas.

C. Medidas de reabilitação

269. A *Comissão* solicitou que se determinem as medidas de atenção à saúde física e mental necessárias às vítimas sobreviventes da explosão. Do mesmo modo, que se disponham as medidas de saúde mental necessárias aos familiares diretos das vítimas da explosão. Também solicitou que essas medidas sejam implementadas, caso seja esta a vontade das vítimas, de forma concertada com elas e seus representantes.

270. Os *representantes* se referiram à importância de que o Estado ofereça apoio, por meio de uma equipe profissional de psicologia ou psiquiatria, de forma gratuita, aos sobreviventes e aos familiares das vítimas mortais, bem como que custeie qualquer medicamento e tratamento que possa ser necessário. Salientaram que essa atenção pode ser oferecida por instituições públicas qualificadas, mas que, na ausência delas, o Estado deveria pagar pela assistência na rede de saúde privada. Em ambos os casos, solicitaram que se proporcione um tratamento individualizado, levando em conta as particularidades de cada situação. Solicitaram, ainda, a efetiva e imediata atenção à saúde física e mental dos sobreviventes e dos familiares das vítimas falecidas e sobreviventes, bem como a realização das cirurgias de reconstrução necessárias em relação às queimaduras sofridas.

271. O *Estado* considerou que as medidas de reabilitação solicitadas pelos representantes são inadequadas, pois o Estado cumpriu com a promoção de um Sistema Único de Saúde (SUS) que garante o acesso integral, universal e gratuito a toda a população do país, sem discriminação alguma, inclusive na área de saúde mental.

272. Este Tribunal constata que, no presente caso, não há evidência que demonstre que as vítimas e seus familiares tenham tido efetivamente acesso a atenção médica, psicológica ou psiquiátrica, apesar dos sofrimentos experimentados como consequência dos fatos, e que lhes provocaram sequelas que persistem até hoje. Por conseguinte, a Corte considera que o Estado deve oferecer gratuitamente, por meio de instituições de saúde especializadas e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após consentimento informado, e pelo tempo que seja preciso, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos. Do mesmo modo, os tratamentos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros escolhidos pelos beneficiários. Caso não se disponha de centros de atenção próximos, as despesas relativas a transporte e alimentação deverão ser custeadas. Para esse efeito, as vítimas dispõem de um prazo de 18

meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, para requerer esse tratamento ao Estado.³⁵⁶

D. Medidas de satisfação

273. O Tribunal determinará as medidas que buscam reparar o dano imaterial, e que não tenham natureza pecuniária, bem como medidas de alcance ou repercussão pública.³⁵⁷ A jurisprudência internacional, e em especial a desta Corte, vem estabelecendo reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.³⁵⁸

D.1. Publicação da sentença

274. Os *representantes* solicitaram a publicação da decisão sobre o mérito deste assunto. Destacaram, principalmente, que a jurisprudência desta Corte dispôs que a publicação de suas sentenças deve incluir: um resumo oficial no Diário Oficial; um resumo oficial em um jornal de ampla circulação nacional; e que a sentença permaneça disponível pelo período de um ano em uma página eletrônica oficial.

275. Além disso, levando em conta o alcance da televisão pública no Brasil, solicitaram a criação de um programa sobre a história deste caso e uma explicação da sentença em um dos noticiários da televisão pública com alcance regional e nacional. Também solicitaram que esteja disponível nas plataformas do Estado da Bahia e do Governo Federal, de preferência na página principal e por um período não inferior a um mês.

276. O *Estado* considerou excessivas as medidas de reparação simbólica solicitadas pelos representantes. Nesse sentido, afirmou que, no caso de uma eventual condenação por parte deste Tribunal, a publicação do resumo oficial da sentença e de seu texto completo na página eletrônica oficial, na forma tradicionalmente adotada pelo Tribunal em suas sentenças, alcançaria a finalidade pretendida pelos representantes. Considerou que qualquer condenação adicional seria irrazoável e provocaria um ônus excessivo e desnecessário sobre o erário.

277. A Corte considera, conforme dispôs em outros casos,³⁵⁹ que o Estado deve publicar, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, no Diário Oficial, em um corpo de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, em um jornal de ampla

³⁵⁶ Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, *supra*, par. 253; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru*, *supra*, par. 237.

³⁵⁷ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*, *supra* par. 84; e *Caso Montesinos Mejía Vs. Equador*, *supra*, par. 238.

³⁵⁸ Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56; e *Caso Gorioitía Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2019. Série C Nº 382, par. 63. 78

³⁵⁹ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 79; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicarágua*, *supra*, par. 118.

circulação nacional, em um corpo de letra legível e adequado; e c) a presente Sentença na íntegra, disponível por um período de um ano, em uma página eletrônica oficial do Estado da Bahia e do Governo Federal. O Estado deverá informar esta Corte de forma imediata, tão logo dê início à efetivação de cada uma das publicações dispostas, independentemente do prazo de um ano para apresentar seu primeiro relatório previsto no ponto resolutivo 21 da Sentença.

278. O Estado também deverá produzir um material para rádio e televisão, de não menos de cinco minutos, em que apresente o resumo da sentença. O conteúdo desse material deverá ser concertado com os representantes das vítimas. Esse material deverá ser divulgado pelo Estado, no horário de maior audiência, pelas cadeias públicas de rádio e televisão do Estado da Bahia, caso existam, ou, na sua falta, por pelo menos uma das cadeias públicas de rádio e televisão do Governo Federal. Além disso, esse material deverá ser transmitido ao menos uma vez pelas redes sociais oficiais da União e estar disponível nas plataformas eletrônicas do Estado da Bahia e do Governo Federal, pelo período de um ano. Para a elaboração desse material e sua divulgação, o Estado disporá do prazo de dois anos, contado a partir da notificação da presente Sentença.

D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade

279. Os *representantes* solicitaram a realização de um evento público de reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado, com a presença de autoridades do Estado da Bahia e do Governo Federal, bem como dos familiares das vítimas, que seja divulgado por rádio e televisão.

280. O *Estado* não se pronunciou de maneira específica sobre esse assunto.

281. O Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação. Nesse ato, o Estado deverá fazer referência aos fatos e violações de direitos humanos declarados na presente Sentença. O ato deverá ser levado a cabo mediante uma cerimônia pública e deverá ser divulgado. O Estado deverá assegurar a participação das vítimas declaradas na presente Sentença, caso assim o desejem, e convidar para o evento as organizações que os representaram nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais particularidades dessa cerimônia pública devem ser objeto da devida e prévia consulta às vítimas e a seus representantes. As autoridades estatais que deverão estar presentes nesse ato, ou dele participar, deverão ser altos funcionários do Estado da Bahia, bem como do Governo Federal. Esse evento deverá ser divulgado pelos canais públicos de rádio e televisão. Caberá ao Governo local e ao Governo Federal definir a quem se atribuirá essa tarefa. Para cumprir essa obrigação, o Estado dispõe de um prazo de dois anos, contado a partir da notificação da presente Sentença.

E. Garantias de não repetição

282. A *Comissão* solicitou que sejam adotadas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para evitar que no futuro ocorram fatos similares, em especial, as medidas necessárias e sustentáveis para oferecer possibilidades de trabalho na região, diferentes das analisadas neste caso. Também solicitou que sejam adotadas todas as medidas necessárias para prevenir, erradicar e punir o trabalho infantil, e que as instituições sejam fortalecidas para assegurar que cumpram devidamente sua obrigação de fiscalizar e inspecionar as empresas que realizam atividades perigosas. Isso implica dispor de mecanismos adequados de responsabilização frente a autoridades que se omitam do cumprimento dessas obrigações.

283. Os *representantes* solicitaram que o Estado promova, em conjunto com o Movimento 11 de Dezembro, a elaboração de um projeto socioeconômico para a inserção de trabalhadores dedicados à fabricação de fogos de artifício em outros mercados de trabalho e a formação profissional de jovens que estejam iniciando sua entrada no mercado de trabalho. Solicitaram também o fortalecimento das medidas de fiscalização e combate das fábricas clandestinas de fogos de artifício no país. Além disso, solicitaram que se ordene ao Estado que promova a regulamentação da fabricação, do comércio e do uso de fogos de artifício, para que se definam as normas, os organismos encarregados de controlar seu cumprimento e as punições que serão aplicadas em caso de descumprimento. Para isso, fizeram referência a um projeto de lei,³⁶⁰ aprovado pelo Senado em 2017, que se propõe a estabelecer uma nova regulamentação para a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, revogando a legislação existente. Salientaram que, embora contenha disposições muito genéricas em alguns temas relevantes, como a definição dos organismos de inspeção, apresenta avanços, como a proibição da exibição e da venda de fogos de artifício não certificados fora de um estabelecimento credenciado, além da instalação de fábricas de fogos de artifício em zonas urbanas.

284. O *Estado* considerou que não pode ser condenado à adoção de reformas legislativas, pois o controle da fabricação de fogos de artifício não só existe, mas é robusto e estruturado. Desse modo, a inspeção está bem regulamentada, tanto pela lei como pelas normas regulamentadoras, contando com uma estrutura clara a respeito das atribuições de cada órgão do Estado e estabelecendo penas aplicáveis em caso de descumprimento de suas disposições. Além disso, a determinação dessa medida por parte da Corte implicaria o controle de convencionalidade abstrato da legislação brasileira.

285. A Corte recorda que o Estado deve prevenir a ocorrência de violações dos direitos humanos como as descritas neste caso e, por conseguinte, adotar todas

³⁶⁰ Cf. Projeto de Lei do Senado Federal do Brasil PL 7433/2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2129817>.

as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam pertinentes para esse efeito.³⁶¹

286. Este Tribunal leva em conta os avanços alcançados pelo Estado na regulamentação da fabricação de fogos de artifício³⁶² e na proteção normativa dos direitos trabalhistas.³⁶³ No entanto, a Corte faz notar que não consta dos escritos e provas encaminhados, nem dos depoimentos ou das alegações orais oferecidos na Audiência Pública, que o Estado tenha conseguido implementar medidas para assegurar que, na prática, os locais em que são fabricados fogos de artifício no Brasil sejam fiscalizados de forma regular.

287. A Corte lembra que a falta de fiscalização da fábrica do “Vardo dos Fogos”, por parte das autoridades estatais, foi o elemento principal que gerou a responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, a fim de deter o funcionamento das fábricas clandestinas e/ou que funcionam em desacordo com as normas sobre o controle de atividades perigosas, e de garantir condições de trabalho equitativas e satisfatórias nesses ambientes, o Estado deve adotar medidas para implementar uma política sistemática de inspeções periódicas nos locais de produção de fogos de artifício, tanto para que sejam verificadas as condições de segurança e salubridade do trabalho, quanto para que seja fiscalizado o cumprimento das normas relativas ao armazenamento dos insumos. O Estado deve assegurar que as inspeções periódicas sejam realizadas por inspetores que tenham o devido conhecimento em matéria de saúde e segurança no âmbito específico da fabricação de fogos de artifício. Para a consecução dessa medida, o Estado poderá recorrer a organizações como a OIT e o UNICEF, a fim de que prestem assessoramento ou assistência que possam ser de utilidade no cumprimento da medida ordenada. O Estado dispõe de um prazo de dois anos, contado a partir da notificação da presente Sentença, para apresentar relatório a este Tribunal sobre o andamento da implementação dessa política.

288. No que concerne ao projeto de lei mencionado pelos representantes (Projeto de Lei do Senado Federal do Brasil PL 7433/2017), julga-se pertinente ordenar

³⁶¹ Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito, supra*, par. 106; e *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C Nº 308, par. 274.

³⁶² Cf. Decreto No. 3.665, promulgado em 20 de novembro de 2000, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm (expediente de prova, folhas 3197 a 3236); Decreto Nº 9.493, promulgado em 5 de setembro de 2018, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9493.htm (expediente de prova, folhas 3238 a 3262), que regulamenta o registro e o funcionamento das fábricas; Decreto No. 10.030, promulgado em 30 de setembro de 2019, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10030.htm#art6; Portaria Nº 56 - COLOG, de 5 de junho de 2017 (expediente de prova, folhas 3264 a 3317); e Portaria Nº 42 - COLOG, de 28 de março de 2018 (expediente de prova, folhas 3319 a 3365).

³⁶³ A atualização da Norma Regulamentadora Nº 19, com a aprovação do Anexo 1, de 30 de março de 2007, inclui várias novas medidas que os patrões devem tomar no local de trabalho para evitar acidentes na fabricação especificamente de fogos de artifício. Além disso, após o acidente, no ano 2000, o Brasil ratificou a Convenção 182 da OIT sobre as piores formas de trabalho infantil e, em 2008, regulamentou essa Convenção, mediante um decreto que enumerava várias atividades econômicas em que se proibia o trabalho de menores de 18 anos, inclusive a de fogos de artifício. Ver também Decreto No. 4.085, de 15 de janeiro de 2002, que promulga a Convenção 174 da OIT e a Recomendação 181 (expediente de prova, folhas 3367 a 3374).

ao Estado brasileiro que apresente um relatório sobre o andamento da tramitação legislativa desse projeto. Desse relatório deverão constar considerações a respeito das principais mudanças propostas à regulamentação vigente, seu possível impacto prático e os prazos propostos para sua aprovação definitiva. Essa medida deverá ser cumprida no prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença.

289. A Corte recorda que se estabeleceu na presente Sentença (*supra* par. 188) a condição de extrema vulnerabilidade das trabalhadoras da fábrica do “Vardo dos Fogos”, devido a sua situação de pobreza e discriminação interseccional. Outrossim, está provado neste caso que essas trabalhadoras não tinham alternativa de trabalho diferente da fabricação de fogos de artifício. A Corte avalia positivamente os esforços envidados pelo Estado para que fatos como os do presente caso não ocorram novamente (*supra* par. 146). No entanto, das provas apresentadas pelo Estado, não se extrai o impacto específico que podem ter tido as políticas públicas dos últimos 20 anos no município em que ocorreram os fatos, em favor das pessoas que trabalham na fabricação de fogos de artifício. Além disso, os depoimentos ouvidos em audiência e outros elementos do acervo probatório deste caso³⁶⁴ mostram que a situação dessa população vulnerável de Santo Antônio de Jesus não sofreu mudanças significativas. Portanto, a Corte ordena ao Estado que, no prazo máximo de dois anos, a partir da notificação desta Sentença, elabore e execute um programa de desenvolvimento socioeconômico especialmente destinado à população de Santo Antônio de Jesus, em coordenação com as vítimas e seus representantes. O Estado deverá informar a Corte anualmente sobre os avanços na implementação. Esse programa deve fazer frente, necessariamente, à falta de alternativas de trabalho, especialmente para os jovens maiores de 16 anos e as mulheres afrodescendentes que vivem em condição de pobreza. O programa deve incluir, entre outros: a criação de cursos de capacitação profissional e/ou técnicos que permitam a inserção de trabalhadoras e trabalhadores em outros mercados de trabalho, como o comércio, o agropecuário e a informática, entre outras atividades econômicas relevantes na região; medidas destinadas a enfrentar a evasão escolar causada pelo ingresso de menores de idade no mercado de trabalho, e campanhas de sensibilização em matéria de direitos trabalhistas e riscos inerentes à fabricação de fogos de artifício.

290. Com vistas ao cumprimento dessa medida, devem ser levadas em conta as principais atividades econômicas da região, a eventual necessidade de incentivar outras atividades econômicas, a necessidade de garantir uma adequada formação dos trabalhadores para o desempenho de certas atividades profissionais e a obrigação de erradicar o trabalho infantil de acordo as normas do Direito Internacional.³⁶⁵

³⁶⁴ Cf. Depoimentos prestados por Maria Balbina dos Santos e Leila Cerqueira dos Santos em Audiência Pública, *supra*; Declaração pericial oferecida por Sônia Marise Rodrigues Pereira Tomasoni, *supra*; Documento Síntese do Grupo de Trabalho, *supra*; BARBOSA JÚNIOR, José Amândio. “A Produção de Fogos de Artifício no Município de Santo Antônio de Jesus/BA: uma análise de sua contribuição para o desenvolvimento local”, *supra*; e SANTOS, Ana Maria. “A Clandestinidade como Expressão da Precarização do Trabalho na Produção de Traque de Massa no Município de Santo Antônio de Jesus – Bahia: um estudo de caso no bairro Irmã Dulce”, *supra*.

³⁶⁵ Cf. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 138: Convenção sobre a idade mínima*, 1973; Organização Internacional do Trabalho, *Convenção 182: Convenção sobre a proibição das piores formas de*

291. Levando em consideração que o presente caso se refere também ao tema empresas e direitos humanos, a Corte julga pertinente ordenar ao Estado que, no prazo de um ano, apresente um relatório sobre a implementação e aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos,³⁶⁶ especialmente no que diz respeito à promoção e ao apoio a medidas de inclusão e não discriminação, mediante a criação de programas de incentivo à contratação de grupos vulneráveis,³⁶⁷ à implementação, por parte das empresas, de atividades educacionais em direitos humanos, com a divulgação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, e de um enfoque nas normas relevantes para a prática das pessoas e os riscos para os direitos humanos.³⁶⁸

F. Indenizações compensatórias

F.1. Danos materiais

292. A *Comissão* solicitou que as vítimas deste caso sejam adequadamente reparadas, tanto quanto aos danos materiais quanto aos imateriais.

293. Os *representantes* destacaram que o ressarcimento dos danos materiais inclui a indenização do dano emergente, bem como do lucro cessante, e se referiram aos montantes estabelecidos pela Corte nos casos *Gomes Lund e outros Vs. Brasil* e "*Instituto para a Reeducação do Menor*" *Vs. Paraguai*. Também solicitaram a compensação dos valores gastos pelas vítimas sobreviventes e pelos familiares com psicólogos, psiquiatras, medicamentos e todas as demais formas terapêuticas utilizadas na busca de reabilitação médica e/ou psicológica.

294. O *Estado* salientou que essa solicitação deve ser examinada à luz das provas apresentadas, em conformidade com as regras do devido processo, e não só segundo o afirmado pelos representantes. Além disso, destacou a importância de que não se atribua uma dupla responsabilidade pelos fatos do presente caso, nem se permita o enriquecimento injusto das vítimas, mediante o duplo pagamento de indenização por danos materiais, imateriais e de pensão, razão pela qual o Tribunal deve levar em conta os limites do que se determinou internamente e respeitar o desempenho primário do Juiz brasileiro. Recomendou que o exposto também deveria servir de parâmetro para uma análise justa da solicitação de correção monetária apresentada pelos representantes, evitando possíveis distorções.

295. Sobre esse assunto, a Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe "a perda ou redução da renda das

trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, 1999; e Organização Internacional do Trabalho. Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf.

³⁶⁶ Cf. Decreto Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9571.htm.

³⁶⁷ Cf. Decreto Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, *supra*, artigo 3, XIII.

³⁶⁸ Cf. Decreto Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, *supra*, artigo 5, III.

vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que guardem nexos causais com os fatos do caso”.³⁶⁹

296. Em atenção aos critérios estabelecidos na jurisprudência constante deste Tribunal e às circunstâncias do presente caso, a Corte julga pertinente fixar, por equidade, a título de dano material, o pagamento de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em favor de cada uma das vítimas falecidas e sobreviventes da explosão da fábrica de fogos.

297. Os montantes dispostos em favor de pessoas falecidas na explosão (Anexo 1) devem ser liquidados de acordo com os seguintes critérios:

- a. 50% (cinquenta por cento) da indenização será dividido, em partes iguais, entre os filhos da vítima. Caso um ou vários dos filhos da vítima já tenham falecido, a parte que lhe ou lhes caiba será entregue a seus filhos ou cônjuges, caso existam, ou, caso não existam, a parte que lhe ou lhes caiba será acrescida à dos demais filhos da mesma vítima;
- b. 50% (cinquenta por cento) da indenização deverá ser entregue a quem era cônjuge, companheiro ou companheira permanente da vítima, no momento dos fatos;
- c. caso não existam familiares em alguma das categorias definidas nas alíneas acima, o que seja devido aos familiares compreendidos nessa categoria será acrescida à parte que lhe caiba na outra categoria;
- d. caso a vítima não tenha tido filhos, nem cônjuge, nem companheira ou companheiro permanente, a indenização do dano material será entregue a seus pais; e
- e. caso não exista nenhuma das pessoas acima citadas, a indenização deverá ser paga aos herdeiros, de acordo com o direito sucessório interno.

298. As indenizações citadas serão pagas independentemente das somas reconhecidas ou que venham a ser reconhecidas nos processos internos em favor das vítimas do presente caso.

³⁶⁹ Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru*, *supra*, par. 256.

F.2. Danos imateriais

299. A Comissão solicitou que sejam adotadas as medidas de compensação econômica e satisfação do dano moral que permitam reparar integralmente as violações provadas neste caso.

300. Os representantes se referiram aos montantes que foram fixados pela Corte em outros casos, e salientaram a relevância dos critérios utilizados para estabelecer o montante, entre eles, o tempo transcorrido entre o evento danoso e a reparação adequada; a destruição do projeto de vida; a diminuição da capacidade de trabalho; a forma da morte e o surgimento de lesões; a falta de cuidados posteriores, e as condições de detenção como forma de maus-tratos que, neste caso, de acordo com os representantes, pode ser considerada de maneira análoga às condições de trabalho degradantes a que as vítimas foram expostas.

301. O Estado se referiu a esse assunto ao considerar o relacionado aos danos materiais (*supra* par. 294).

302. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados pela violação como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de vida das vítimas”.³⁷⁰ Dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, apenas pode ser objeto de compensação. Nessa medida, para os fins da reparação integral à vítima, isso será feito mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro que o Tribunal determine, em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos justos.³⁷¹

303. No capítulo VIII se declarou a responsabilidade internacional do Estado pelas violações dos direitos estabelecidos nos artigos 4.1, 5.1, 8.1, 19, 24, 25 e 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. Em consideração ao exposto, este Tribunal fixa, por equidade, as seguintes somas, a título de indenização por danos imateriais:

a. US\$ 60.000 (sessenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em favor de cada uma das vítimas falecidas e sobreviventes na explosão. Nos casos de Luciene Ribeiro dos Santos, Girlene dos Santos Souza, Aldeci Silva Santos, Aldenir Silva Santos, Aristela Santos de Jesus, Karla Reis dos Santos, Francisneide Jose Bispo Santos, Rosângela de Jesus França, Luciene Oliveira Santos, Arlete Silva Santos, Núbia Silva dos Santos, Alex Santos Costa, Maria Joelma de Jesus Santos, Wellington Silva dos Santos, Bruno Silva dos Santos, menores de idade no momento da explosão, deverão ser pagos US\$ 15.000 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) adicionais. No caso de Vitória França deverão ser pagos US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) adicionais.

³⁷⁰ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas, supra*, par. 84; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicarágua, supra*, par. 133.

³⁷¹ Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru, supra*, par. 53; e *Caso Roche Azaña e outros Vs. Nicarágua, supra*, par. 133.

b. US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) em favor de cada um dos familiares comprovados como vítimas da violação do artigo 5 da Convenção.

304. Os montantes dispostos em favor de pessoas falecidas na explosão (Anexo 1) devem ser liquidados de acordo com os seguintes critérios:

a. 50% (cinquenta por cento) da indenização será dividido, em partes iguais, entre os filhos da vítima. Caso um ou vários dos filhos da vítima já tenham falecido, a parte que lhe ou lhes caiba será entregue a seus filhos ou cônjuges, caso existam, ou, caso não existam, a parte que lhe ou lhes caiba será acrescida às dos demais filhos da mesma vítima;

b. 50% (cinquenta por cento) da indenização deverá ser entregue a quem era cônjuge, companheiro ou companheira permanente da vítima, no momento dos fatos;

c. caso não existam familiares em alguma das categorias definidas nas alíneas acima, o que seja cabível aos familiares compreendidos nessa categoria será acrescido à parte que lhe caiba na outra categoria;

d. caso a vítima não tenha filhos, nem cônjuge, nem companheira ou companheiro permanente, a indenização do dano material será entregue a seus pais; e

e. caso não exista nenhuma das pessoas mencionadas acima, a indenização deverá ser paga aos herdeiros, de acordo com o direito sucessório interno.

305. As indenizações acima serão pagas independentemente das somas reconhecidas ou que venham a ser reconhecidas nos processos internos em favor das vítimas do presente caso.

306. A Corte considera que os montantes determinados por equidade compensam e fazem parte da reparação integral às vítimas, levando em consideração os sofrimentos e aflições a que foram submetidas.

G. Custas e gastos

307. Os *representantes* solicitaram o pagamento das despesas em que incorreram na tramitação do presente processo, desde a apresentação da petição à Comissão até as diligências levadas a cabo perante a Corte. Para chegar a essa cifra, os representantes consideraram as despesas relacionadas ao transporte aéreo para Salvador, o transporte em carro ou em ônibus até Santo Antônio de Jesus, e a hospedagem e alimentação durante os 18 anos de litígio perante a Comissão e a Corte Interamericana. Além disso, informaram que incorreram em despesas para a audiência na Comissão Interamericana, em Washington, D.C., inclusive passagens aéreas, hospedagem e diárias para cinco representantes das vítimas. No total, as custas e gastos chegariam a US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América).

308. O *Estado* solicitou que a Corte leve em conta os parâmetros geralmente aplicados em sua jurisprudência, considerando como custos somente os montantes razoáveis e devidamente provados e necessários para o desempenho dos representantes

perante o Sistema Interamericano, considerando o montante demandado, a documentação que o respalda, a relação direta entre o solicitado e o caso concreto, bem como as circunstâncias do caso. Além disso, salientou que espera que este Tribunal leve em conta que a solicitação de reembolso de custas do escrito de solicitações, argumentos e provas se baseia em percentuais que são meras estimativas. Por último, solicitou que a Corte não o condene ao pagamento de custas e gastos, caso se constate que o Estado brasileiro não incorreu em responsabilidade internacional.

309. A Corte reitera que, conforme sua jurisprudência, as custas e gastos são parte do conceito de reparação, uma vez que as atividades desempenhadas pelas vítimas, com a finalidade de obter justiça, tanto em âmbito nacional como internacional, implicam desembolsos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Quanto ao reembolso de despesas, cabe à Corte apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende as despesas geradas perante as autoridades da jurisdição interna, bem como as geradas no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta as despesas citadas pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.³⁷²

310. Conforme salientou em outras ocasiões, a Corte lembra que “as pretensões das vítimas ou seus representantes, em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que a eles se concede, isto é, no escrito de solicitações e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões se atualizem, em momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte”.³⁷³ Do mesmo modo, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que é necessário que as partes formulem uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com clareza os objetos de despesa e sua justificação.³⁷⁴

311. Da análise dos antecedentes apresentados, a Corte conclui que, embora os representantes tenham alegado em seu Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas, que as custas e gastos em que incorreram chegaram à soma de US\$ 20.000 (vinte mil dólares de Estados Unidos da América), não apresentaram prova alguma que justificasse esse valor. Posteriormente, em suas alegações finais, de forma

³⁷² Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 82; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru*, *supra*, par. 274.

³⁷³ Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones e Custas, *supra*, par. 79; e *Caso Azul Rojas Marín e outra Vs. Peru*, *supra*, par. 275.

³⁷⁴ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 275; e *Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2018. Série C Nº 371. par. 379.

extemporânea, apresentaram comprovantes que mostram que as custas e gastos equivalem a US\$ 42.526,52 (quarenta e dois mil, quinhentos e vinte e seis dólares dos Estados Unidos da América e cinquenta e dois centavos). O Estado, em suas observações sobre os anexos apresentados pelos representantes, solicitou, entre outros, que se esclareça e demonstre a atribuição das despesas mensais de pessoal feita pelos representantes.

312. A Corte constata que os comprovantes das custas e gastos não foram apresentados no momento processual oportuno. Por essa razão, calculará o pagamento de gastos e custas por equidade e levando em conta que o litígio internacional se estendeu por mais de 15 anos. Desse modo, esta Corte julga procedente conceder uma soma total razoável de US\$35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) aos representantes no presente caso, a título de custas e gastos.

H. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

313. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial, bem como o reembolso das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e organizações nela indicadas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.

314. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias, mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou seu equivalente em moeda brasileira, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

315. Caso, por motivos atribuíveis a algum dos beneficiários das indenizações ou a seus sucessores, não seja possível o pagamento do todo ou de parte das quantias determinadas no prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito, em uma instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária do Estado. Caso a indenização respectiva não seja reclamada depois de transcorridos dez anos, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros auferidos.

316. As quantias atribuídas na presente Sentença como indenização por dano imaterial e como reembolso de custas e gastos deverão ser integralmente entregues às pessoas e organizações indicadas, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

317. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre o montante devido, correspondente ao juro bancário moratório na República Federativa do Brasil.

X
PONTOS RESOLUTIVOS

318. Portanto,

A CORTE

DECIDE,

por unanimidade:

1. Julgar improcedente a exceção preliminar relativa à alegada inadmissibilidade da apresentação do caso em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito pela Comissão, em conformidade com o parágrafo 20 desta Sentença.

Por cinco votos a favor e dois contra:

2. Julgar improcedente a exceção preliminar relativa à alegada incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho, em conformidade com o parágrafo 23 desta Sentença.

Divergem os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto.

Por unanimidade:

3. Julgar improcedente a exceção preliminar relativa à alegada falta de esgotamento de recursos internos, em conformidade com os parágrafos 29 a 33 desta Sentença.

DECLARA,

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação dos direitos à vida e da criança, constantes dos artigos 4.1 e 19, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas na explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 139 desta Sentença, entre as quais se encontram vinte crianças, nos termos dos parágrafos 115 a 139 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

5. O Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal e da criança, constantes dos artigos 5.1 e 19, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos seis sobreviventes da explosão

da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 139 desta Sentença, entre os quais se encontram três crianças, nos termos dos parágrafos 115 a 139 da presente Sentença.

Por seis votos a favor e um contra, que:

6. O Estado é responsável pela violação dos direitos da criança, à igual proteção da lei, à proibição de discriminação e ao trabalho, constantes dos artigos 19, 24 e 26, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas e das seis sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 204 desta Sentença, entre as quais se encontram 23 crianças, nos termos dos parágrafos 148 a 204 da presente Sentença.

Diverge o Juiz Eduardo Vio Grossi. Por unanimidade, que:

7. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, constantes dos artigos 8 e 25, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos seis sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e dos familiares das vítimas da explosão da fábrica de fogos, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 247 desta Sentença, nos termos dos parágrafos 216 a 247 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

8. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, constante do artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares das pessoas falecidas e dos sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 256 desta Sentença, nos termos dos parágrafos 251 a 256 da presente Sentença.

E DISPÕE,

Por unanimidade, que:

9. Esta Sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação.

10. O Estado dará continuidade ao processo penal em trâmite para, em um prazo razoável, julgar e, caso pertinente, punir os responsáveis pela explosão da fábrica de fogos, nos termos do parágrafo 267 da presente Sentença.

11. O Estado dará continuidade às ações civis de indenização por danos morais e materiais e aos processos trabalhistas ainda em tramitação, para, em um prazo razoável, concluí-los e, caso pertinente, promover a completa execução das sentenças, nos termos do parágrafo 268 da presente Sentença.

12. O Estado oferecerá, de forma gratuita e imediata, o tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, quando for o caso, às vítimas do presente caso que o solicitarem, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 272 da presente Sentença.

13. O Estado providenciará, em um prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, as publicações citadas no parágrafo 277 da Sentença, nos termos ali dispostos.

14. O Estado produzirá e divulgará material para rádio e televisão, em relação aos fatos do presente caso, nos termos do parágrafo 278 da presente Sentença.

15. O Estado realizará um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, nos termos do parágrafo 281 da presente Sentença.

16. O Estado inspecionará sistemática e periodicamente os locais de produção de fogos de artifício, nos termos do parágrafo 287 da presente Sentença.

17. O Estado apresentará um relatório sobre o andamento da tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado Federal do Brasil PLS 7433/2017, nos termos do parágrafo 288 da presente Sentença.

18. O Estado elaborará e executará um programa de desenvolvimento socioeconômico, em consulta com as vítimas e seus familiares, com o objetivo de promover a inserção de trabalhadoras e trabalhadores dedicados à fabricação de fogos de artifício em outros mercados de trabalho e possibilitar a criação de alternativas econômicas, nos termos dos parágrafos 289 a 290 da presente Sentença.

19. O Estado apresentará um relatório sobre a aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 291 da presente Sentença.

20. O Estado pagará as quantias fixadas nos parágrafos 296, 303 e 312 da presente Sentença, a título de indenizações por dano material, dano imaterial e custas e gastos, nos termos dos parágrafos 296, 297, 303, 304, 312 e 313 a 317 da presente Sentença.

21. O Estado, no prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentará ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento, sem prejuízo do disposto no parágrafo 277 da presente Sentença.

22. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento a seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso tão logo tenha o Estado cumprido cabalmente o disposto.

Os juízes L. Patricio Pazmiño Freire, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot e Ricardo Pérez Manrique deram a conhecer à Corte seus votos individuais concordantes. Os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Porto deram a conhecer à Corte seus votos individuais parcialmente dissidentes.

Redigida em espanhol e português, em San José, Costa Rica, em 15 de julho de 2020. 90

Corte IDH. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Sentença proferida em San José da Costa Rica por meio de sessão virtual.

ELIZABETH ODIO BENITO
Presidenta

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

EDUARDO VIO GROSSI
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

Comunique-se e execute-se,

ELIZABETH ODIO BENITO
Presidenta

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

Anexo 1
PESSOAS FALECIDAS E SOBREVIVENTES DA EXPLOSÃO

Vítimas falecidas	
1	Adriana dos Santos ³⁷⁵

³⁷⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como "Adriana dos Santos". Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1977, 2050 e 2104).

2	Adriana Santos Rocha ³⁷⁶
3	Aldeci Silva dos Santos ³⁷⁷
4	Aldeni Silva dos Santos ³⁷⁸
5	Alex Santos Costa ³⁷⁹
6	Alexandra Gonçalves da Silva ³⁸⁰
7	Ana Claudia Silva da Hora ³⁸¹
8	Ana Lúcia de Jesus ³⁸²
9	Andreia dos Santos ³⁸³
10	Ângela Maria Conceição de Jesus ³⁸⁴
11	Antônia Cerqueira dos Santos ³⁸⁵

³⁷⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Adriana Santos Rocha”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2098 e 2145).

³⁷⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Aldeci Silva Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Aldeci Silva dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1979, 2039 e 2163).

³⁷⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Aldeni Silva Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Aldeni Silva dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1979, 2038 e 2163).

³⁷⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Alex Santos Costa”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1593) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2063, 2091 e 2140).

³⁸⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Alexandra Gonçalves da Silva”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1986, 2018 e 2119).

³⁸¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Ana Claudia Silva da Hora”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Ana Claudia Silva da Hora”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1998, 2019 e 2118).

³⁸² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Ana Lucia de Jesus Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Ana Lúcia de Jesus”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1112) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2048, 2178 e 2189).

³⁸³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Andreia dos Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1110) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1972, 2043 e 2165).

³⁸⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Ângela Maria da Conceição de Jesus”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Ângela Maria Conceição de Jesus”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1965, 2047 e 2103).

³⁸⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Antônia Cerqueira dos Santos”. Do mesmo modo, esta

12	Aristela Santos de Jesus ³⁸⁶
13	Arlete Silva Santos ³⁸⁷
14	Carla Alexandra Cerqueira Santos ³⁸⁸
15	Carla Mércia Borges ³⁸⁹
16	Carla Reis dos Santos ³⁹⁰
17	Claudiane Maria Nascimento dos Santos ³⁹¹
18	Cristiane Lima Bittencourt ³⁹²
19	Daiane dos Santos Conceição ³⁹³
20	Daniela Cerqueira Reis ³⁹⁴

Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1994, 2025 e 2176).

³⁸⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Aristela Santos de Jesus”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1980, 2038 e 2100).

³⁸⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Arlete Silva Santos” e como “Arlete Silva Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Arlete Silva Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1968, 2030 e 2092).

³⁸⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Carla Alexandra Cerqueira dos Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Carla Alexandra Cerqueira Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folha 2000).

³⁸⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Carla Mercês Borges”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Carla Mércia Borges”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1112) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1973, 2041 e 2101).

³⁹⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece escrito como “Carla Reis dos Santos” e “Karla Reis dos Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Carla Reis dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1958, 2046 e 2113).

³⁹¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Claudiane Maria Nascimento dos Santos”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1987, 2020 e 2109).

³⁹² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Cristiane Lima Bittencourt”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Cristiane Lima Bittencourt”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folha 2324).

³⁹³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Daiane Santos da Conceição”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Daiane dos Santos Conceição”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1995, 2088 e 2177).

³⁹⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Daniela Cerqueira Reis”. Em outros documentos encaminhados como prova (expediente de prova, folhas 41 e 1586) é apresentada como “Daniela C. Reis”.

21	Edilene Silva dos Santos ³⁹⁵
22	Edna Silva dos Santos ³⁹⁶
23	Edneuzza Carvalho Santos ³⁹⁷
24	Eunice dos Anjos Conceição ³⁹⁸
25	Fabiana Santos Rocha ³⁹⁹
26	Francisneide Bispo dos Santos ⁴⁰⁰
27	Girlene dos Santos Souza ⁴⁰¹
28	Izabel Alexandrina da Silva ⁴⁰²
29	Joseane Cunha Reis ⁴⁰³

³⁹⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Edilene Silva Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Edilene Silva dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1110) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1992, 2040 e 2148).

³⁹⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Edna Silva Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Edna Silva dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1110) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1992, 2040 e 2148).

³⁹⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Edneuzza Carvalho Santos”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1593) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1883, 2026 e 2122).

³⁹⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Eunice dos Anjos da Conceição”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2009, 2071 e 2137).

³⁹⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Fabiana Santos Rocha”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1974, 2098 e 2145).

⁴⁰⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Francisneide Jose Bispo Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Francisneide Bispo dos Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1989, 2022 e 2121).

⁴⁰¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Girleene dos Santos Souza”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1111) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1957, 2174 e 2302).

⁴⁰² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada no Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas. Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Izabel Alexandrina da Silva”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 2012, 2110 e 2134).

⁴⁰³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Joseane Cunha Reis”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1999, 2032 e 2155).

30	Kátia Silene Lima Bittencourt ⁴⁰⁴
31	Luciene Oliveira dos Santos ⁴⁰⁵
32	Luciene dos Santos Ribeiro ⁴⁰⁶
33	Luzia dos Santos Ribeiro ⁴⁰⁷
34	Mairla Santos Costa ⁴⁰⁸
35	Maria Antonia de Jesus ⁴⁰⁹
36	Maria Aparecida de Jesus Santos ⁴¹⁰
37	Maria Creuza Machado dos Santos ⁴¹¹
38	Maria das Graças Santos de Jesus ⁴¹²

⁴⁰⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Kátia Silene Lima Bittencourt”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Kátia Silene Lima Bittencourt”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folha 2324).

⁴⁰⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Luciene Oliveira Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Luciene Oliveira dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2052, 2117 e 2342).

⁴⁰⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Luciene Ribeiro dos Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Luciene dos Santos Ribeiro”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1111) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2015, 2126 e 2213).

⁴⁰⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Luzia dos Santos Ribeiro”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1111) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2008, 2136 e 2239).

⁴⁰⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Mairla de Jesus Santos Costa”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Mairla Santos Costa”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1114) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1993, 2063 e 2140).

⁴⁰⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Antonia Santos Souza”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria Antonia de Jesus”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1998, 2095 e 2174).

⁴¹⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Aparecida de Jesus Santos”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1114) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1967, 2044 e 2139).

⁴¹¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Creuza Machado Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria Creuza Machado dos Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1976, 2029 e 2124).

⁴¹² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria das Graças Santos de Jesus”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1980, 2039 e 2161).

39	Maria de Lourdes Jesus Santos ⁴¹³
40	Maria Dionice Santana da Cruz ⁴¹⁴
41	Maria Joelia de Jesus Santos ⁴¹⁵
42	Maria José Bispo dos Santos ⁴¹⁶
43	Maria José Nascimento Almeida ⁴¹⁷
44	Maria Isabel de Jesus Bittencourt ⁴¹⁸
45	Maria Ramos Borges ⁴¹⁹
46	Maria São Pedro Conceição ⁴²⁰
47	Marinalva de Jesus ⁴²¹
48	Marize da Conceição dos Santos ⁴²²

⁴¹³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria de Lourdes de Jesus Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria de Lourdes Jesus Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1966, 2051 e 2105).

⁴¹⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Dionice Santos Cruz”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria Dionice Santana da Cruz”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 2005, 2160 e 2342).

⁴¹⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Joélia de Jesus Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria Joelia de Jesus Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1964, 2065 e 2187).

⁴¹⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Jose Bispo dos Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria José Bispo dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1111) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2003, 2111 e 2432).

⁴¹⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece escrito como “Maria José Nascimento Almeida”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1984, 2035 e 2123).

⁴¹⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Izabel de Jesus Bittencourt”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Maria Isabel de Jesus Bittencourt”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 2028, 2129 e 2280).

⁴¹⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria Ramos Borges”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1973, 2041 e 2101).

⁴²⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Maria São Pedro Conceição”, assim como em outros documentos apresentados como prova (expediente de prova, folhas 42, 1113 e 1587).

⁴²¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Marinalva de Jesus”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1971, 2064 e 2185).

⁴²² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Marize Conceição Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Marize da Conceição dos Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 2049, 2114 e 2361).

49	Marivanda de Souza Silva ⁴²³
50	Matilde Cerqueira Santos ⁴²⁴
51	Monica Rocha dos Santos ⁴²⁵
52	Monica Rocha dos Santos ⁴²⁶
53	Núbia Silva dos Santos ⁴²⁷
54	Rita de Cassia Conceição Santos ⁴²⁸
55	Rosângela de Jesus França ⁴²⁹
56	Silva Santos de Jesus ⁴³⁰
57	Sueli da Silva Andrade ⁴³¹
58	Vanessa de Jesus Bittencourt ⁴³²

⁴²³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Marivanda de Souza Silva”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1975, 2107 e 2143).

⁴²⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Matildes de Cerqueira Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Matilde Cerqueira Santos”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folha 2000).

⁴²⁵ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Monica Santos Rocha”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Mônica Rocha dos Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 2010, 2016 e 2125).

⁴²⁶ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Núbia Silva dos Santos”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1587) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1983, 2106 e 2154).

⁴²⁷ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Paulina Maria Silva Santos”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1958, 2072 e 2171).

⁴²⁸ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Rita de Cassia C. Santos”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Rita de Cassia Conceição Santos”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1996, 2075 e 2084).

⁴²⁹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Rosângela de Jesus França”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1113) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2001, 2090 e 2150).

⁴³⁰ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Silvana Santos de Jesus”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1112) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 1990, 2059 e 2149).

⁴³¹ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Sueli da Silva Andrade”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Sueli da Silva Andrade”, segundo consta das provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1991, 2023 e 2162).

⁴³² Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Vanessa de Jesus Bittencourt”. Do mesmo

59	Vânia de Jesus Bittencourt ⁴³³
60	Verbena Silva Pires ⁴³⁴
Sobreviventes da explosão	
61	Bruno Silva dos Santos
62	Claudia Reis dos Santos
63	Leila Cerqueira dos Santos
64	Maria Joelma de Jesus Santos
65	Vitória França da Silva
66	Wellington Silva dos Santos

Anexo 2
FAMILIARES DAS VÍTIMAS FALECIDAS E SOBREVIVENTES DA EXPLOSÃO

1	Adriana Machado dos Santos
2	Aguinaldo Silva Costa
3	Alex da Conceição dos Santos
4	Alexandra Pires de Jesus
5	Ana Lúcia dos Santos Ribeiro Cardoso
6	Andersen da Conceição dos Santos
7	Anderson Santos dos Santos
8	Antonia Santos de Jesus
9	Antonio Claudio Nascimento dos Santos
10	Antônio de Souza Bittencourt
11	Antônio José dos Santos
12	Antônio José dos Santos Ribeiro

modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1586) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2129 e 2141).⁴³³ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Vânia de Jesus Bittencourt”. Do mesmo modo, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde ao citado nas provas apresentadas pelos representantes (expediente de prova, folha 1112) e pelo Estado (expediente de prova, folhas 2129 e 2141).⁴³⁴ Essa pessoa aparece na relação de vítimas apresentada pela Comissão (Anexo único do Relatório No. 25/18). Nessa relação, seu nome aparece grafado como “Verbênia Silva Pires”. No entanto, esta Corte conclui que o nome dessa pessoa corresponde a “Verbena Silva Pires”, segundo as provas apresentadas pelo Estado (expediente de prova, folhas 1978, 2068 e 2169).

13	Antonio Manoel Ferreira Filho
14	Arlan Santos Nascimento
15	Aurelino Gonçalves de Jesus
16	Balbino Rocha dos Santos
17	Bárbara Laís da Cruz Santos
18	Bárba Laís Rocha dos Santos
19	Bernardo Bispo dos Santos
20	Berneval Ferreira de Jesus
21	Caludia Reis dos Santos
22	Claudimeire de Jesus Bittencourt
23	Clóvis de Jesus Santos
24	Cosme Santos da Conceição
25	Crispiniana Santos da Conceição
26	Cristiane Ferreira de Jesus
27	Daiane Machado dos Santos
28	Dailane dos Santos Souza
29	Dalva da Silva Santos
30	Daniel dos Santos de Jesus
31	Deivesson Conceição de Jesus
32	Derivan Santos Nascimento
33	Edvaldo de Souza Bittencourt
34	Elaine dos Santos Pires
35	Elizangela Silva Costa
36	Elton Barreiro dos Santos
37	Ericles Silva Gonçalves
38	Esdra Santos Gomes
39	Francisco Miguel dos Santos
40	Geneis dos Santos Souza
41	Hebert Barreiro dos Santos
42	Helena de Souza Silva

43	Jaiane de Jesus Silva
44	Jamille de Jesus Santos
45	Janderson de Jesus Santos
46	Jenildo de Jesus Santos
47	Jéssica da Hora Andrade
48	Joandson de Jesus Santos
49	Jocelene de Jesus Santos
50	Jonas de Jesus Silva
51	José Ramone Santos Nascimento
52	José Ribeiro dos Santos
53	Josete Silva dos Santos
54	Josué Jesus Santos
55	Karilane de Jesus Santos
56	Keliane Santos Pires
57	Leandro Rocha dos Santos
58	Lourival Ferreira de Jesus
59	Iracy da Silva da Hora
60	Isvanda Maria dos Santos
61	Lucinete dos Santos Ribeiro
62	Luís Fernando Santos Costa
63	Luiz Lourenço Costa
64	Luzia de Jesus Silva
65	Marcelino Miguel dos Santos
66	Maria Magdalena Santos Rocha
67	Maria Antonia de Jesus Santos
68	Maria Balbina dos Santos
69	Maria da Conceição Lima Bittencourt
70	Maria de Lourdes Borges
71	Maria do Carmo de Jesus Santos
72	Maria Expedita dos Santos

73	Maria Joelma de Jesus Santos
74	Maria Lúcia Oliveira dos Santos
75	Maria Lucia Rodrigues da Silva
76	Maria Magdalena Santos Rocha
77	Maria Nascimento Cerqueira Santos
78	Maria Odete Carvalho Santos
79	Maria Santos de Souza
80	Mariane Gonsalves da Silva
81	Marimar dos Santos Ribeiro
82	Marlene dos Santos Ribeiro
83	Marlene Ferreira de Jesus
84	Michele Santos de Jesus
85	Paulo Cesar Barreiro dos Santos
86	Pedro Barreira dos Santos
87	Rebeca Nascimento Almeida
88	Reijan dos Santos Almeida
89	Roberto Carlos de Jesus
90	Rodrigo Conceição Silva
91	Roque Ribeiro da Conceição
92	Rozangelo Silva da Silva
93	Samuel dos Santos Souza
94	Silvano Passos dos Santos
95	Sueli Andrade da Hora
96	Therezinha do Nascimento Almeida
97	Valdelice Cunha Reis
98	Vitória França da Silva
99	Zorilda Bispo dos Santos
100	Zuleide de Jesus Souza

VOTO CONCORDANTE

JUIZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020

I. Introdução

1. A sentença do *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil* (doravante denominada “Sentença”) reconheceu a pobreza estrutural em que viviam as 60 vítimas falecidas e as 6 sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de artifício, ocorrida em 11 de dezembro de 1998,⁴³⁵ o que, somado a outros fatores interseccionais de discriminação, permitiu que essas pessoas estivessem em condição de extrema vulnerabilidade. A Corte concluiu que essa condição foi configurada e facilitada, em virtude de o funcionamento da fábrica de fogos, que se dedicava a uma atividade especialmente perigosa, sem nenhuma fiscalização por parte do Estado, ter levado as trabalhadoras, vítimas do caso, a aceitar um trabalho em condições que punham em risco sua vida e sua integridade, assim como a de suas filhas e filhos menores de idade.⁴³⁶

2. A sentença também considerou que as trabalhadoras da fábrica não tinham outra alternativa de trabalho senão a fabricação de fogos de artifício,⁴³⁷ e concluiu que, por não haver fiscalizado a atividade perigosa realizada na fábrica, assim como suas condições de trabalho – “trabalhavam em condições de precariedade, insalubridade e insegurança, em tendas localizadas em uma área de pasto[...]; [n]unca receberam instrução alguma sobre medidas de segurança, nem elementos de proteção para a realização do trabalho”⁴³⁸ – o Estado do Brasil violou o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, constante do artigo 26 da Convenção Americana.

3. Em virtude dos elementos citados, que fazem parte do acervo probatório do caso, a respeito da permanência da condição de vulnerabilidade das pessoas que se dedicam à fabricação de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, na sentença se ordenou ao Estado que elabore e execute um programa de desenvolvimento socioeconômico especialmente destinado à população daquela cidade. A Corte determinou que esse programa, considerando as principais atividades econômicas da região e a eventual necessidade de incentivar outras atividades, deve trazer soluções

⁴³⁵ Parágrafos 70, 91, 183, 185-191, 197, 200, 201 e 203.

⁴³⁶ Parágrafo 203.

⁴³⁷ Parágrafo 188.

⁴³⁸ Parágrafo 175.

para a falta de alternativas de trabalho, “especialmente para os jovens maiores de 16 anos e as mulheres afrodescendentes que vivem em condição de pobreza”. Além disso, estabeleceu que o programa deve incluir “cursos de capacitação profissional e/ou técnicos que permitam a inserção de trabalhadoras e trabalhadores em outros mercados de trabalho [. . .]; medidas destinadas a enfrentar a evasão escolar causada pelo ingresso de menores de idade no mercado de trabalho, e campanhas de sensibilização em matéria de direitos trabalhistas e riscos inerentes à fabricação de fogos de artifício”.⁴³⁹

4. Levando em conta o exposto, bem como a medida de reparação determinada, para que o Estado do Brasil possa executar medidas eficazes destinadas a solucionar e superar, a médio e longo prazo, as condições e o contexto em que estavam inseridas as trabalhadoras e trabalhadores da fábrica de fogos; situação e condições, que, por outro lado, persistem na região em que ocorreram os fatos, e, com o propósito de evitar que violações como as cometidas no caso voltem a se repetir, emito o presente voto favorável, com o objetivo de reforçar a responsabilidade que têm o Estado do Brasil e seus servidores públicos, especialmente nos respectivos níveis governamentais incumbidos da implementação e execução da sentença e das medidas de reparação, a respeito da obrigação convencional de observar e implementar o princípio de progressividade e não regressividade em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Com esse propósito, examinarei a Emenda à Constituição do Brasil Nº 95,⁴⁴⁰ e, nas conclusões, argumentarei porque essa Emenda, a partir de um enfoque de convencionalidade, deve ser interpretada conforme os precedentes e a jurisprudência interamericana e, portanto, não deve ser obstáculo para o cumprimento da medida de reparação ordenada.

II. A Emenda Constitucional Nº 95

5. Em 16 de dezembro de 2016, a proposta do Governo Federal do Brasil para implementar um teto para o gasto público federal, objeto da Proposta de Emenda Constitucional 241/55,⁴⁴¹ foi aprovada como Emenda Constitucional Nº 95 (doravante denominada “EC/95” ou “Emenda”). A EC/95 instituiu um novo regime fiscal para o Estado do Brasil e entrou em vigor em 2017, com duração que se estenderá até o ano 2036.⁴⁴²

⁴³⁹ Parágrafos 289 e 290.

⁴⁴⁰ Cf. Emenda Constitucional Nº 95, de 15 de dezembro de 2016 (expediente de prova 4356 a 4360), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm.

⁴⁴¹ Proposta de Emenda à Constituição do Brasil 55 e 241, de 2016, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337> e <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>.

⁴⁴² Cf. Emenda Constitucional Nº 95, *supra*, Artigo 1º, Art. 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (doravante denominado “ADCT”).

6. A Proposta de Emenda foi acompanhada de uma justificativa⁴⁴³ baseada na alegada necessidade de impedir o crescimento do gasto público no futuro, para restaurar a confiança na sustentabilidade do gasto e da dívida pública. Nesse sentido, o fundamento alegado ao se propor a EC/95 baseia-se na necessidade de estabilizar o crescimento do gasto primário, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Cumpre citar que a justificativa indica como benefícios da implementação do ajuste fiscal: o aumento da previsibilidade da política macroeconômica e o fortalecimento da confiança dos agentes; a eliminação da tendência de crescimento real do gasto público; e a redução do risco-país e a consequente abertura de espaços para a redução estrutural das taxas de juros. Além disso, argumenta que “[n]uma perspectiva social, a implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Contribuirá, portanto, para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e cidadãs brasileiros”.⁴⁴⁴

7. A Emenda estabelece limites individualizados para o gasto primário do Estado, independentemente do aumento do PIB (Produto Interno Bruto),. Para 2017, foi fixado um limite equivalente ao gasto realizado em 2016, fixado pela inflação observada em 2016. A partir do segundo ano, ou seja, 2018, para o limite do gasto primário foram incorporadas diretrizes orçamentárias e da lei de orçamento anual, que consistiu no valor do limite do ano anterior, ajustado pela inflação do ano anterior.⁴⁴⁵

8. As regras estabelecidas pela EC/95 não permitem, portanto, o crescimento do gasto público total e real acima da inflação, inclusive se houver um aumento das taxas de crescimento econômico, o que distingue o caso brasileiro de outras experiências estrangeiras que adotaram o teto de gasto público. Dessa forma, somente é possível aumentar os investimentos em uma área mediante a introdução de cortes em outras. De acordo com o disposto na legislação, qualquer mudança nas regras só poderá ser feita depois do décimo ano de vigência do novo regime fiscal, e se limitará a mudanças no índice de correção inflacionária anual.⁴⁴⁶

9. A própria EC/95 menciona alguns gastos que estarão excluídos do teto, como gastos de realização de eleições para a justiça eleitoral; transferências constitucionais relacionadas à participação dos estados e municípios no produto da exploração de petróleo e gás natural; e créditos extraordinários abertos para atender e fazer frente a gastos imprevisíveis e urgentes, como os resultantes de guerras, comoções internas ou calamidades públicas, entre outros.⁴⁴⁷

10. Por outro lado, os percentuais obrigatórios de gasto em saúde e educação não foram excluídos do teto. A Constituição brasileira exige que os governos apliquem

⁴⁴³ Cf. EMI nº 00083/2016 MF MPDG, de 15 de junho de 2016, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+24+1/2016.

⁴⁴⁴ Cf. EMI nº 00083/2016 MF MPDG, *supra*, par. 8.

⁴⁴⁵ Cf. Emenda Constitucional Nº 95, *supra*, Artigo 1º, Art. 107 do ADCT, par. 1º, I e II.

⁴⁴⁶ Cf. Emenda Constitucional Nº 95, *supra*, Artigo 1º, Art. 108 do ADCT.

⁴⁴⁷ Cf. Emenda Constitucional Nº 95, *supra*, Artigo 1º, Art. 107 do ADCT, par. 6º, I, II e III.

um percentual mínimo de seus recursos à educação⁴⁴⁸ e à saúde.⁴⁴⁹ Antes que a EC/95 entrasse em vigor, o Governo Federal era obrigado a aplicar na saúde pelo menos o mesmo montante do ano anterior, mais o percentual de variação do PIB. Os estados e municípios devem investir 12% e 15%, respectivamente. Em educação, o Governo Federal deve gastar 18% da arrecadação, e os estados e municípios, 25%. Desde 2017, por disposição da EC/95, os investimentos em saúde e educação devem ser limitados aos mínimos constitucionais, além da correção monetária decorrente da inflação⁴⁵⁰.

III. A interdependência, indivisibilidade, progressividade e não regressividade dos direitos humanos

11. A indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos foi reconhecida e reafirmada em diversas oportunidades, por diferentes organismos nacionais e internacionais. Por conseguinte, é pacífico e geralmente aceito o entendimento de que os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais são indivisíveis e interdependentes entre si, ou seja, têm um vínculo que não só faz com que devam ser compreendidos em conjunto, mas que também implica que o gozo e exercício de um direito esteja vinculado a que se garantam os outros, bem como que a violação de um desses direitos ponha em risco o conjunto dos demais direitos.

12. Nesse sentido, o Preâmbulo da Convenção Americana reconhece o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, quando reitera que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.⁴⁵¹

13. Do mesmo modo, a Corte Interamericana, desde o *Caso Acevedo Buendía e outros*,⁴⁵² se manifestou em reiteradas ocasiões sobre o princípio em questão e sobre suas implicações. Por exemplo, na sentença do *Caso Cuscul Pivaral e outros*, o Tribunal ressaltou o seguinte:

O Tribunal observa que o fato de que os direitos derivados do artigo 26 estejam sujeitos às obrigações gerais da Convenção Americana não só é resultado de questões formais, mas decorre da interdependência e indivisibilidade recíproca existente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais, culturais e ambientais. A esse respeito, a Corte reconheceu que ambas as categorias de direitos devem ser entendidas integralmente e de forma conglobada como direitos humanos, sem

⁴⁴⁸ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, Artigo 212, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁴⁴⁹ Cf. Constituição do Brasil, *supra*, Artigo 198, par. 2º.

⁴⁵⁰ Cf. Emenda Constitucional Nº 95, *supra*, Artigo 1º, Art. 110 do ADCT.

⁴⁵¹ Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Preâmbulo, par. 4.

⁴⁵² Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 101.

*hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos ante as autoridades que sejam competentes para isso. De igual forma, o Tribunal observa que o Preâmbulo da Convenção, bem como diversas cláusulas da Declaração Americana mostram que tanto os direitos civis e políticos como os DESCA foram reconhecidos pelos Estados da região como direitos essenciais da pessoa humana.*⁴⁵³

14. Por outro lado, a Resolução 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1977, afirma que: “a) Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais; b) A plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível; a consecução de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficazes políticas nacionais e internacionais de desenvolvimento econômico e social (...).”⁴⁵⁴ Portanto, seguindo a perspectiva de submissão e respeito à ordem hierárquica superior normativa, no âmbito global,⁴⁵⁵ essas afirmações iluminam e reafirmam a importância e a vigência desses princípios e direitos.

15. O princípio da progressividade e não regressividade dos direitos humanos, também conhecido como proibição de retrocesso da irreversibilidade dos benefícios ou proteção alcançada, está expresso em diferentes instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, e foi objeto de diversas decisões da Corte,⁴⁵⁶ que

⁴⁵³ Cf. *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C N 359, par. 85.

⁴⁵⁴ Cf. ONU, Resolução da Assembleia Geral, “Diferentes critérios e meios possíveis no Sistema das Nações Unidas para melhorar o gozo efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”, A/RES/32/130, aprovada em 16 de dezembro de 1977, 1.a) e 1.b).

⁴⁵⁵ É certo que se foi constituindo uma ordem hierárquica internacional superior de princípios e valores que fazem parte de um fundo ontológico. Partindo desse fundo ontológico, devem-se conduzir os argumentos de interpretação e aplicação das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Também é certo que o *corpus juris* internacional se nutre de princípios fundacionais, valores ordenadores e, evidentemente, de regras e normas escritas, as quais devem ser entendidas de uma perspectiva literal, desde que seu sentido e entendimento seja suficiente e claro. No entanto, quando isso não é possível ou é insuficiente, o intérprete do direito deve fazer uso de uma análise teleológica, que busque apoio na origem, no espírito dos textos, procurando desvendar o que seus mentores pretenderam transmitir, no âmbito de uma reflexão sistêmica da norma, em sua versão viva, evolutiva, mas sempre interconectada com a ordem hierárquica normativa à qual se pertence. Nesse sentido, o trabalho hermenêutico do Tribunal faz conexão direta e tem fundamentação sólida com os princípios, propósitos e valores que constituem a mencionada ordem hierárquica superior global e regional.

⁴⁵⁶ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, *supra*, par. 101 a 103; *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C N° 349, par. 104; *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 98; *Caso Muelle Flores Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C N° 375, par. 190; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C N° 394, par. 173; *Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C N° 395, par. 81; *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de

configuram, por sua reiteração, não só um precedente, mas também uma jurisprudência constante e consistente.

16. A Convenção Americana dispõe, no artigo 26, que os Estados devem buscar, progressivamente, a plena efetividade dos “direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos”.⁴⁵⁷

17. No mesmo sentido, a obrigação de progressividade está estabelecida no Protocolo de São Salvador, ratificado pelo Brasil em 1996,⁴⁵⁸ de modo que se deduz como consequência dessa norma que está vedado a qualquer Estado Parte adotar políticas, medidas administrativas e sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população, sem uma justificativa específica e adequada.

18. O princípio da progressividade também se encontra contemplado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado “PIDESC”), que estabelece que: “[...] cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.⁴⁵⁹

19. Ao interpretar o PIDESC, em dezembro de 1990, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (doravante denominado “Comitê DESC”) havia salientado que “as medidas de caráter deliberadamente regressivo nesse aspecto exigirão a consideração mais cuidadosa e deverão justificar-se plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que o Estado disponha”.⁴⁶⁰ Mais recentemente, o Comitê DESC reiterou essa interpretação, ao considerar que “os Estados Partes deveriam evitar adotar deliberadamente qualquer medida regressiva sem uma cuidadosa consideração e justificativa”.⁴⁶¹

20. A jurisprudência da Corte Interamericana, desde o *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile* tem sido constante, no sentido de que dois tipos de obrigação podem ser extraídos do artigo 26: uma de exigibilidade imediata, a qual implica que cada

6 de fevereiro de 2020. Série C Nº 400, par. 229, 272 e 281; e *Caso Spoltore Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de junho de 2020. Série C Nº 404, par. 97 e 98.

⁴⁵⁷ Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigo 26.

⁴⁵⁸ Cf. “Protocolo de São Salvador”: Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Artigo 1.

⁴⁵⁹ Cf. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 16 de dezembro de 1966, Artigo 2.1.

⁴⁶⁰ Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral Nº 3, par. 9.

⁴⁶¹ Cf. Comitê DESC, Observação Geral Nº 23 sobre o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias (artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/GC/23, 26 de abril de 2016, par. 52.

Estado deve assegurar o exercício dos DESCAs sem discriminação, bem como adotar medidas eficazes para sua plena realização,⁴⁶² e a segunda, de caráter progressivo, na medida em que cabe aos “Estados Partes a obrigação concreta e constante de avançar o mais expedita e eficazmente possível para a plena efetividade desse direito”.⁴⁶³ Por outro lado, a Corte também reconheceu que o caráter progressivo das obrigações que decorrem do artigo 26 também impõe aos Estados o dever de *não regressividade* frente à realização dos direitos alcançados.⁴⁶⁴ Dessa forma, as obrigações de respeito e garantia, bem como de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), mostram-se essenciais para a consecução de sua efetividade.⁴⁶⁵

21. Conforme se expôs anteriormente, o princípio da progressividade dos direitos humanos está relacionado à dimensão de realização gradual desses direitos, com a finalidade de alcançar seu pleno cumprimento. Embora o princípio da progressividade tenha sido relacionado particularmente aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, sua aplicação, especialmente em razão da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, também se verifica para os direitos civis e políticos. Com efeito, é evidente que a garantia e proteção dos direitos civis e políticos também demandam prestações positivas do Estado, além dos deveres de abstenção, como, por exemplo, acontece com o direito de defesa, segundo o qual o Estado tem a obrigação de oferecer defesa pública gratuita ao acusado que careça de recursos econômicos para arcar com os custos de um advogado.

22. O ordenamento jurídico brasileiro, de forma similar, contempla disposições relacionadas à proibição do retrocesso social, e inclusive considera essa proibição em relação a todos os direitos fundamentais, sem distinguir entre civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Com efeito, a Constituição do Brasil dispõe o seguinte:

“Art. 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federal do Brasil: 1. construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2. garantir o desenvolvimento nacional; 3. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; 4. promover o bem

⁴⁶² Parágrafo 172 da Sentença; cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 104; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto)*, UN Doc. E/1991/23, 14 de dezembro de 1990, par. 3; e *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 97. Ver também Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 19: O direito à seguridade social (artigo 9)*, UN Doc. E/C.12/GC/19, 4 de fevereiro de 2008, par. 40.

⁴⁶³ Parágrafo 172 da Sentença; cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 104; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 3*, *supra*, par. 9; e *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 97. Ver também Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 19*, *supra*, par. 40 e 41.

⁴⁶⁴ Parágrafo 172 da Sentença; cf. *Caso Acevedo Buendia e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, *supra*, par. 102 e 103; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 173; e *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 97.

⁴⁶⁵ Parágrafo 172 da Sentença; cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, *supra*, par. 104; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru*, *supra*, par. 173; e *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 97.

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.⁴⁶⁶

“Art. 60 [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.⁴⁶⁷

23. Assim, conforme o acima exposto, é imperioso notar que, nos termos da legislação internacional e nacional, o Estado do Brasil deve orientar suas políticas e leis em matéria de direitos humanos pelo princípio da progressividade e não regressividade desses direitos. Isso implica, inclusive, não adotar medidas legislativas que resultem em retrocessos sociais, nem as implementar de modo que provoquem esses retrocessos.

IV. Conclusão

24. O Brasil ratificou a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992 e o Protocolo de São Salvador, em 21 de agosto de 1996, e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998. Daí decorre, evidentemente, a obrigação do Estado tanto de observar as disposições dos instrumentos mencionados e respeitar e garantir os direitos neles dispostos,⁴⁶⁸ como de cumprir integralmente as sentenças do Tribunal Interamericano.⁴⁶⁹

25. Em virtude da análise feita no parágrafo referente à EC/95, pode-se vislumbrar, com base em uma interpretação literal da lei, que sua implementação poderia provocar um significativo impacto negativo na garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais da população brasileira, ao longo dos vinte anos de vigência da Emenda Constitucional, e, em especial, dos direitos à saúde e à educação.

26. É certo que o orçamento público é um componente fundamental para a realização dos DESCAs, pois o exercício desses direitos exige a implementação de projetos, programas, políticas públicas e legislação, em geral, ou seja, prestações positivas por parte do Estado. Nesse sentido, caso uma determinada norma imponha um limite fixo e contundente a esse orçamento, a aplicação dessa norma pode resultar em graves e eventuais violações e restrições aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com o que se violaria o princípio da progressividade e não regressividade em matéria de DESCAs. A esse respeito, e caso se queira evitar essas condutas inconventionais, se deverá levar em consideração que uma das categorias conceituais dos indicadores de progresso usados pela Assembleia Geral da OEA para avaliar a realização dos direitos contemplados no Protocolo de San Salvador inclui justamente o contexto financeiro básico e os compromissos orçamentários do

⁴⁶⁶ Cf. Constituição do Brasil, *supra*, Artigo 3º.

⁴⁶⁷ Cf. Constituição do Brasil, *supra*, Artigo 60, parágrafo 4º.

⁴⁶⁸ Cf. Convenção Americana, Artigo 1; e San Salvador, Artigo 1.

⁴⁶⁹ Cf. Convenção Americana, Artigos 33.b), 62 e 63.

Estado. Os indicadores constantes dessa categoria permitem avaliar a disponibilidade efetiva de recursos do Estado para executar o Gasto Público Social, entre outros;⁴⁷⁰ instrumentos que, conseqüentemente, deverão ser levados em conta para evitar que os Estados Partes incorram nas violações previamente apontadas.

27. Em atenção ao exposto, urge manifestar minha preocupação a respeito da possível utilização de uma leitura ou interpretação literal da EC/95, cujas conotações possam constituir um óbice ou argumentação para esquivar-se do cumprimento das medidas de reparação ordenadas na Sentença. A esse respeito, gostaria de ressaltar que, em virtude das obrigações internacionais assumidas pelo Estado, este não pode alegar a EC/95 como obstáculo, especialmente para o cumprimento da medida de reparação referente à elaboração e implementação do programa socioeconômico ordenado na sentença. Manifesto e exponho essa preocupação, levando em conta que esse programa exigirá um investimento considerável de recursos públicos, uma vez que se trata de uma política estrutural, cujo principal objetivo é permitir que a população vulnerável de Santo Antônio de Jesus possa ter acesso a outros mercados de trabalho. Isso, ademais, sem prejuízo dos eventuais impactos que, em matéria de proibição de regressividade, possa chegar a ter a implementação das disposições constantes da EC/95.

28. Levando em conta as considerações previamente expostas, é imprescindível que o Estado do Brasil, com o propósito de dar cumprimento às medidas de reparação, garanta a aplicação dos princípios da progressividade e não regressividade, numa interpretação conforme com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com aplicação do Controle de Convencionalidade, à luz da jurisprudência deste Tribunal internacional, segundo a qual claramente está vedada a alegação de existência de lei interna em vigor para descumprir as responsabilidades internacionais que emanem da sentença, ou delas se evadir.

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE
Juiz

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

⁴⁷⁰ Cf. OEA, "Aprovação de indicadores de progresso para a avaliação dos direitos contemplados no São Salvador", resolução AG/RES. 2713 (XLII-O/12), aprovada na segunda sessão plenária, em 4 de junho de 2012, Ponto 1 da resolução, disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/pssv-indicadores-es.pdf>.

VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

I. INTRODUÇÃO

1. Emite-se o presente voto parcialmente dissidente,⁴⁷¹ com relação à Sentença em epígrafe,⁴⁷² com vistas a dar conta das razões pelas quais se diverge, de pronto, do disposto nos Resolutivos N° 2⁴⁷³ e 6⁴⁷⁴ daquela, que, com base no prescrito no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴⁷⁵ julga improcedente, no primeiro, a exceção, apresentada pelo Estado, de incompetência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷⁶ para conhecer de violações dos direitos a que alude essa disposição, e declara, no segundo, a violação desses direitos, com o que torna esta justificável diante daquela. Esse texto, porém, também se emite porque se dissente do exposto no citado Resolutivo N° 6, pela referência que faz ao artigo 24 da Convenção, concernente à igualdade perante a lei.

2. Isso posto, a fim de expor adequadamente a posição que se sustenta neste escrito, é necessário, primeiramente, reiterar algumas considerações gerais prévias nas quais se insere esta opinião, para, em seguida, aludir aos mencionados artigos

⁴⁷¹ Art. 66.2 da Convenção: “Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual”.

Art. 24.3 do Estatuto da Corte: “As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e serão notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente”.

Art. 65.2 do Regulamento da Corte: “Cabe a todo juiz que houver participado no exame de um caso o direito de acrescer à sentença seu voto fundamentado, concordante ou dissidente. Estes votos deverão ser apresentados dentro do prazo fixado pelo Presidente, para que possam ser conhecidos pelos juízes antes da comunicação da sentença. Os mencionados votos só poderão referir-se à matéria tratada nas sentenças”.

Subseqüentemente, cada vez que se cite uma disposição sem indicar o instrumento jurídico a que se refere, se entenderá que é da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴⁷² Doravante denominada Sentença.

⁴⁷³ “Julgar improcedente a exceção preliminar relativa à alegada incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho, em conformidade com o parágrafo 23 desta Sentença.”

⁴⁷⁴ “O Estado é responsável pela violação dos direitos da criança, à igual proteção da lei, à proibição de discriminação e ao trabalho, constantes dos artigos 19, 24 e 26, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas e das seis sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 204 desta Sentença, entre as quais se encontram 23 crianças, nos termos dos parágrafos 148 a 204 da presente Sentença.”

⁴⁷⁵ Doravante denominada Convenção.

⁴⁷⁶ Doravante denominada Corte.

26 e 24, além de deixar registro de uma consideração atinente ao Resolutivo N° 4 da sentença, relativo ao direito à vida.⁴⁷⁷

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS PRÉVIAS

3. Evidentemente, este escrito se emite respeitando o decidido nos autos.

4. Isso posto, este voto se fundamenta no princípio de Direito Público, área a que pertence o Direito Internacional Público e, por conseguinte, como integrante deste último, também o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude do qual só se pode fazer o que a norma permite, razão pela qual o não regulamentado se insere na jurisdição interna, doméstica ou exclusiva dos Estados.⁴⁷⁸ Esse princípio difere, então, do predominante no Direito Privado, a saber, que se pode fazer tudo aquilo que a norma não proíbe.

5. Também se baseia este texto no valor do Direito, incluindo nele suas normas processuais, que, especialmente na área dos direitos humanos, são tão essenciais como as substantivas, posto que seu respeito permite que estas últimas realmente possam ser efetivas. Assim, a forma é indissolúvelmente ligada ao mérito. É que, em grande medida, as normas processuais, avaliadas às vezes como meras formalidades e, por conseguinte, suscetíveis de não serem consideradas, a fim de privilegiar as substantivas, condicionam a aplicabilidade destas. Consequentemente, no caso de se subestimar, por parte de uma instância judicial internacional, as normas processuais, se poderia estar incentivando o conjunto da sociedade internacional e, ainda, as sociedades nacionais a agir do mesmo modo, o que poderia provocar um efeito devastador no que se refere à efetiva vigência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

6. Nesse sentido, considera-se que, indubitavelmente, as normas jurídicas são o resultado de acordos entre seus autores, os legisladores no cenário nacional e os Estados, no internacional, os quais chegam àqueles conciliando posições adotadas com vistas a levar à prática princípios, doutrinas e ideologias, resguardar interesses próprios ou de terceiros, consolidar ou acrescentar posições de poder, obter benefícios

⁴⁷⁷ "O Estado é responsável pela violação dos direitos à vida e da criança, constantes dos artigos 4.1 e 19, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas na explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 139 desta Sentença, entre as quais se encontram vinte crianças, nos termos dos parágrafos 115 a 139 da presente Sentença."

⁴⁷⁸ "A questão quanto a se um assunto determinado corresponde ou não à jurisdição exclusiva do Estado é uma questão essencialmente relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais. No estágio atual do desenvolvimento do Direito Internacional, a Corte é de parecer que os assuntos relativos à nacionalidade pertencem, em princípio a esse domínio reservado". Corte Permanente de Justiça Internacional, Parecer Consultivo sobre certos decretos de nacionalidade emitidos na zona francesa da Tunísia e do Marrocos, Série B N° 4, p. 24.

Protocole n° 15 portant amendement à la Convention (Européenne) de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art.1: "A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."

econômicos, etc. Por isso, igualmente se leva em conta que, em geral, o referido consenso não o é tanto sobre os fundamentos da respectiva norma, mas sobre o que ela expressa.

7. No que diz respeito à matéria em questão, esse consenso constitui, antes, seguindo o que se expressou a propósito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, um acordo prático daquilo que se convinha, mas não sobre seus fundamentos. Dada a estrutura societária internacional, basicamente ainda formada por Estados soberanos, esse método foi o que permitiu avanços em matéria de direitos humanos, embora, sem dúvida, díspares segundo o continente e os países de que se trate.

8. Por outro lado, também se tem presente neste escrito que o Direito é o único instrumento de que pode dispor a pessoa humana ante o imenso e avassalador poder que detém o Estado, particularmente no cenário internacional. A relação entre ambos é abissalmente desequilibrada. Na situação que nos ocupa, sem o apoio do Direito Interamericano dos Direitos Humanos e das instituições que contempla, o ser humano estaria, no âmbito internacional, praticamente ao desamparo ou, pelo menos, em uma situação francamente de desigualdade ou de precariedade.

9. Igualmente, cabe acrescentar que este voto se apoia na função que cabe à Corte, enquanto entidade judicial, qual seja, aplicar e interpretar a Convenção,⁴⁷⁹ de acordo com as regras de interpretação previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,⁴⁸⁰ destinadas a determinar o sentido e o alcance do que dispõe aquela, e não em buscar nela o que o intérprete queira que expresse.⁴⁸¹

10. A aplicação e interpretação da Convenção implica, consequentemente, que o que compete à Corte é fazer Justiça em matéria de Direitos Humanos por meio do

⁴⁷⁹ Art. 62.3 da Convenção: "A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial".

Subseqüentemente, cada vez que se mencione um artigo sem indicar o instrumento jurídico a que pertence, se entenderá que é à Convenção.

⁴⁸⁰ Doravante denominada Convenção de Viena.

⁴⁸¹ Art. 31 da Convenção de Viena: "Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes".

Art. 32 da Convenção de Viena: "Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado".

Direito e, mais especificamente ainda, segundo o que aquela dispõe, função diferente da atribuída à Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁴⁸² que consiste em promover a observância e a defesa dos direitos humanos, inclusive diante dela.⁴⁸³

11. A função jurisdicional da Corte lhe impõe, portanto, proceder em coerência com a dignidade que emana da circunstância de ser um tribunal e, além disso, autônomo, sem que, no exercício de suas prerrogativas, possa ser fiscalizado ou controlado por entidade alguma, mas, ao mesmo tempo, sem nenhuma capacidade de fazer cumprir suas sentenças mediante o uso de medidas coercitivas. A grandeza própria da magistratura que foi confiada à Corte supõe, conseqüentemente, proceder com pleno apego aos limites estabelecidos para suas faculdades privativas, de modo que suas decisões sejam acatadas principalmente por serem consideradas justas, em razão, entre outras, de sua autoridade moral e seu estrito apego ao efetivamente pactuado pelos Estados na Convenção.

III. ARTIGO 26

12. Para melhor exposição do que se afirma quanto ao artigo 26 da Convenção, é indispensável formular as considerações prévias especificamente concernentes a essa disposição, para em seguida aludir à interpretação tanto dessa norma convencional, quanto à Carta da Organização dos Estados Americanos⁴⁸⁴ a que faz referência esse dispositivo, e ao Pacto de São Salvador que corrobora o que se expõe neste escrito.

A. Considerações prévias específicas referentes ao artigo 26

13. A esse respeito, cumpre salientar, previamente, que se reitera o expressado nos votos individuais emitidos pelo signatário⁴⁸⁵ acerca da invocação que nas

⁴⁸² Doravante denominada Comissão.

⁴⁸³ Art. 41: "A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos".

⁴⁸⁴ Doravante denominada OEA.

⁴⁸⁵ Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi na Sentença de 22 de novembro de 2019, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas; Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Muelle Flores Vs. Peru, Sentença de 6 de março de 2019 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas); Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela, Sentença de 8 de fevereiro de 2018 (Mérito, Reparações e Custas);

respectivas Sentenças se faz à mencionada disposição convencional, inclusive as considerações gerais e prévias realizadas em alguns deles.

14. É, igualmente, de suma relevância desde já assinalar que este texto não se refere à existência do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho como tampouco à dos demais direitos econômicos, sociais e culturais. A existência de tais direitos não é objeto do presente escrito. O que, ao contrário, se afirma aqui é unicamente que a Corte, diferentemente do exposto na Sentença, carece de competência para conhecer, ao amparo do disposto no artigo 26 da Convenção,⁴⁸⁶ das violações daqueles, isto é, que as supostas violações desses direitos não são suscetíveis de ser justiciáveis perante ela.

15. O exposto não implica, por conseguinte, que as violações desses direitos não possam ser justiciáveis perante as jurisdições nacionais correspondentes, o que dependerá do que disponham os respectivos ordenamentos internos, matéria que escapa, em todo caso, ao objeto do presente documento, e que se insere na jurisdição interna, doméstica ou exclusiva dos Estados Partes da Convenção.⁴⁸⁷

16. O que se afirma neste voto supõe que se deve distinguir entre os direitos humanos em geral, que, em toda circunstância, devem ser respeitados em virtude do prescrito no Direito Internacional, e aqueles que, ademais, podem ser justiciáveis perante uma jurisdição internacional. A esse respeito, cumpre salientar que só existem três tribunais internacionais em matéria de direitos humanos, a saber, a Corte, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Pois bem, nem todos os Estados das respectivas regiões aceitaram a jurisdição do tribunal correspondente. Por outro lado, nem todas as regiões do mundo dispõem de uma jurisdição internacional em matéria de direitos humanos. Tampouco se criou um tribunal universal de direitos humanos.

17. A circunstância, pois, de que um Estado não tenha aceitado ser submetido a uma instância jurisdicional internacional em matéria de direitos humanos não significa que estes não existam e que não possam eventualmente ser violados. Cabe ao Estado, de toda forma, respeitá-los, embora não exista um tribunal internacional a que se possa recorrer no evento de que os viole, e isso sobretudo se são consagrados em um tratado do qual seja Estado Parte. Nessa eventualidade, a sociedade internacional poderá usar meios puramente diplomáticos ou políticos para conseguir o restabelecimento do respeito dos direitos em comento. Então, um assunto é a consagração internacional destes, e outro, o instrumento internacional que se empregue para conseguir que se restabeleça sua vigência nas situações em que sejam violados.

Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo Vs. Peru, Sentença de 31 de agosto de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas); e Voto Individual do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru, Sentença de 23 de novembro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

⁴⁸⁶ Doravante denominado artigo 26.

⁴⁸⁷ *Supra*, Nota N° 8.

B. A interpretação do artigo 26

18. Tendo em vista que a Convenção é um tratado entre Estados e, por conseguinte, regida pelo Direito Internacional Público,⁴⁸⁸ as razões que sustentam esse dissenso se encontram, principalmente, na interpretação que, conforme os métodos de interpretação dos tratados previstos na Convenção de Viena, se deve fazer do artigo 26. Esses métodos, que devem ser concordantes ou harmônicos entre si, sem que nenhum prevaleça sobre os outros, estão relacionados à boa-fé, ao teor literal dos termos do tratado, seu contexto e o objeto e fim daquele.⁴⁸⁹

19. Do que se trata, então, é de interpretar, segundo esses métodos, o artigo 26, o qual dispõe:

Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

a. Boa-fé

20. O método sustentado na boa-fé implica que o pactuado pelos Estados Partes no tratado de que se trate deve ser entendido com base em que efetivamente eles tiveram a vontade de concordá-lo, de sorte que realmente se aplicasse ou tivesse um efeito útil. Nesse sentido, a boa-fé se vincula estreitamente ao princípio *"pacta sunt servanda"* contemplado no artigo 26 da Convenção de Viena.⁴⁹⁰

21. Nessa perspectiva, é mais que evidente que o efeito útil dessa norma é que os Estados Partes da Convenção realmente adotem as providências com vistas a alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas da OEA, e tudo isso segundo os recursos disponíveis. A obrigação dos Estados prevista no artigo 26 é, então, a de adotar as medidas para tornar efetivos os mencionados direitos e não que estes realmente o sejam. A obrigação é de comportamento, não de resultado.

22. Nessa mesma direção, é necessário chamar a atenção para que o que estabelece o artigo 26 é semelhante ao previsto no artigo 2 da Convenção, isto é, que

⁴⁸⁸ Art. 2 da Convenção de Viena: *"Expressões empregadas. 1. Para os efeitos da presente Convenção: a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".*

⁴⁸⁹ *Supra*, Nota N° 11.

⁴⁹⁰ *"Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé."*

os Estados se obrigam a adotar, no primeiro, medidas caso o exercício dos direitos consagrados no artigo 1.2 da Convenção não esteja garantido,⁴⁹¹ e, no segundo, providências com vistas a conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas da OEA a que alude, embora ambas as disposições difiram em que esta última condiciona o cumprimento do que estabelece à disponibilidade dos respectivos recursos.

23. Considerando o precedente, é importante interrogar-se, conseqüentemente, com respeito à razão pela qual se conveio o artigo 26 e, portanto, por que não se abordaram os direitos a que se refere da mesma forma pela qual se fez quanto aos direitos civis e políticos. A resposta sustentada na boa-fé não pode ser outra senão que a Convenção contemplou que ambos os tipos de direitos humanos, embora estejam estreitamente vinculados entre si em razão do ideal a que se aspira, o qual é, segundo seu Preâmbulo, o de criar as condições que permitam seu “gozo”,⁴⁹² são, no entanto, distintos e, particularmente, de desigual desenvolvimento no âmbito do Direito Internacional Público, motivo pelo qual devem ter tratamento diferenciado, que é precisamente o que aquela faz, em vista do que também indica seu Preâmbulo.⁴⁹³

24. Desse modo, e ao amparo do princípio de boa-fé, procede salientar que, da circunstância de que no Preâmbulo da Convenção se afirma que a pessoa deve gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos, não se colige, como o faz a Sentença, que o efeito útil do artigo 26 seja que os direitos violados a que alude sejam justiciáveis perante a Corte, mas que os Estados adotem as providências pertinentes para tornar progressivamente efetivos esses direitos.

25. Como observação adicional, é imperioso expressar que é surpreendente que a Sentença não se tenha referido, em parte alguma, à boa-fé como elemento tão essencial como os outros que contempla o art. 31.1 da Convenção de Viena para a interpretação dos tratados, todos os quais devem ser empregados simultânea e harmoniosamente, sem privilegiar ou desmerecer um ou outro. No mesmo sentido, é também insólito que não ofereça nenhuma explicação acerca da inclusão do artigo 26 em um capítulo separado dos direitos políticos e civis e, em especial, de qual seria sua razão de ser e seu efeito útil. A Sentença não dá resposta alguma no que diz

⁴⁹¹ Art. 2: “Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

⁴⁹² Par. 4º do Preâmbulo da Convenção: “Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

⁴⁹³ 5º Considerando do Preâmbulo: “[...] a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”.

respeito ao motivo ou razão da existência do artigo 26 enquanto norma diferente das previstas quanto aos direitos civis e políticos.

26. Em suma, então, a boa-fé leva a considerar o artigo 26 em seu próprio mérito, o que implica que deve ser interpretado não como reconhecendo direitos que não enumera nem desenvolve, como se faz nos autos, mas como aludindo, para conhecê-los, a normas diferentes das da Convenção, como são as da Carta da OEA, e que, por conseguinte, seu efeito útil próprio ou particular, é, se reitera, que os Estados Partes na Convenção adotem providências para tornar progressivamente efetivos os direitos que decorrem daquelas normas, e tudo isso segundo os recursos disponíveis.

b. Teor literal

27. Ao interpretar o artigo 26 à luz de seu teor literal ou corrente, pode-se concluir que essa norma:

i. se encontra, como única disposição, no Capítulo III, denominado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”,⁴⁹⁴ da Parte I, intitulada, “*Deveres dos Estados e Direitos Protegidos*”, que também compreende o Capítulo I, “*Enumeração de Deveres*”, seu Capítulo II, “*Direitos Civis e Políticos*”; motivo pelo qual, por conseguinte, se pode deduzir do exposto que é o próprio instrumento convencional o que faz uma nítida distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, atribuindo assim a cada uma dessas duas últimas categorias de direitos uma consideração especial e diferente;

ii. não enumera nem detalha ou especifica os direitos a que alude, tão somente os identifica como os “*que decorrem*”⁴⁹⁵ das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA, ou seja, direitos que procedem ou podem ser inferidos⁴⁹⁶ de disposições desta última;

iii. não prescreve o respeito dos direitos a que se refere nem que se garanta seu respeito, tampouco os consagra ou contempla;

iv. não torna efetivos ou exigíveis esses direitos, pois, se assim o tivesse querido, o teria expressado diretamente e sem ambiguidade alguma, ou seja, ao contrário do que expressa a Sentença, não “*faz referência às normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da OEA*”,⁴⁹⁷ mas, antes, tão somente contempla, segundo os próprios termos daquela, um “*reconhecimento implícito*” nesta última;⁴⁹⁸

v. dispõe, ao contrário, uma obrigação de fazer, não de resultado, que consiste em que os Estados Partes na Convenção devem “*adotar providências, tanto no âmbito*

⁴⁹⁴ O Capítulo IV da Parte I se intitula “*Suspensão de Garantias, Interpretação e Aplicação*”, e o Capítulo V dessa parte, “*Deveres das pessoas*”.

⁴⁹⁵ “*Derivar: Dito de uma coisa: Tirar sua origem de outra.*” Cf. Dicionário da Língua Espanhola, Real Academia Espanhola, 2018.

⁴⁹⁶ “*Inferir: Deduzir algo ou extrai-lo como conclusão de outra coisa*”, *Idem*.

⁴⁹⁷ Par. 155 da Sentença.

⁴⁹⁸ *Idem*.

interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos" a que alude;

vi. indica que a obrigação de comportamento que estabelece se cumpre "na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados", com o que não só reforça a falta de efetividade desses direitos, mas condiciona a possibilidade de cumprir aquela de acordo com a existência dos recursos de que o pertinente Estado disponha para isso; e

vii. faz depender a adoção das medidas de que se trata, não só da vontade unilateral do respectivo Estado, mas dos acordos que ele possa celebrar com outros Estados, também soberanos, e com organizações internacionais de cooperação.

28. Igualmente se pode concluir que os direitos em questão não são, nos termos empregados pela Convenção, "reconhecidos",⁴⁹⁹ "estabelecidos",⁵⁰⁰ "garantidos",⁵⁰¹ "consagrados"⁵⁰² ou "protegidos",⁵⁰³ nela ou por ela, e em relação ao direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança e a higiene no trabalho, tampouco

⁴⁹⁹ Art. 1.1: "Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

Art. 22.4: "Direito de circulação e de residência. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público".

Art. 25.1: "Proteção judicial. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais".

Art. 29.a): "Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista".

Art. 30: "Alcance das restrições. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas".

Art. 31: "Reconhecimento de outros direitos. Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77".

Art. 48.1.f): "1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: [...] pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção".

⁵⁰⁰ Art. 45.1: "Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção".

⁵⁰¹ Art. 47.b: "A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando: [...] não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção".

⁵⁰² *Supra*, Art. 48.1.f), *cit. Nota N° 29*.

⁵⁰³ Art. 4.1: "Direito à vida. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

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

é, como expressa a Sentença, “um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção”⁵⁰⁴ ou “um direito reconhecido” pelo “artigo 26”,⁵⁰⁵ mas, sim, um direito que decorre das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA, ou seja, é um direito que tem sua origem nesta última e não na Convenção.

29. Em síntese, a Convenção não “faz”, como afirma a Sentença, “referência às normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da OEA”, mas, assim como, ademais, textualmente aquela o indica, os direitos de que se trata “podem ser derivados interpretativamente do artigo 26”, do que, por outra parte, se coligiria “sua existência e reconhecimento implícito na Carta”.⁵⁰⁶ Para determinar esses direitos e considerá-los “reconhecidos”, “estabelecidos”, “garantidos”, “consagrados” ou “protegidos” pela Convenção, seria necessário interpretar as citadas normas da Carta da OEA, derivar daí os direitos correspondentes e considerá-los, conseqüentemente, reconhecidos, mas não expressamente, mas somente implicitamente, por esse tratado, exercícios intelectuais estes últimos demasiado distantes das expressões diretas e claras da Convenção a respeito dos direitos a que ela se refere.

30. Evidentemente, não se pode compartilhar a postura adotada na Sentença, de pronto, porque o artigo 26 não reconhece direito algum, mas faz referência às normas da OEA que menciona, das quais, além do mais, e, por outro lado, decorreriam direitos e em seguida, posto o que aquela indica, se afasta totalmente do que a norma explicitamente estabelece, sem apresentar fundamento algum para sua ação, mas unicamente explicações que parecem elaboradas para interpretá-lo em aberta contraposição ao que textual e claramente indica.

31. Ao agir nessa direção, indubitavelmente, a Sentença faz caso omisso do teor literal do artigo 26 e, conseqüentemente, não aplica harmoniosamente a seu respeito o previsto no artigo 31.1 da Convenção de Viena, nem efetua, a rigor, uma interpretação daquele. Aparentemente, o teor literal do pactuado não tem, para a Sentença, relevância alguma e, por conseguinte, o considera um mero formalismo, o que possibilita atribuir a esse dispositivo um sentido e alcance que escapam em muito ao que os Estados expressamente inscreveram, como se na realidade quisessem convir outra coisa, o que, evidentemente, atropela toda lógica.

32. Ao contrário, fundadamente se pode afirmar que, de acordo com seu teor literal e o princípio de boa-fé, o artigo 26, por um lado, não suscita várias possibilidades de aplicação, ou seja, dúvidas acerca de seu sentido e alcance, e que, por conseguinte, justifiquem a interpretação que se afaste ostensivamente do pactuado, e, pela outra, não estabelece direito humano algum e, menos ainda, que possam ser exigíveis perante a Corte, mas alude a obrigações de fazer, não de resultado, assumidas pelos Estados Partes na Convenção.

⁵⁰⁴ Par. 155.

⁵⁰⁵ Par. 156 e 157.

⁵⁰⁶ *Idem*, Nota N° 34.

33. Em definitivo, se pode concluir, ao contrário do que se afirma nos autos, que, “segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado”, o artigo 26 não constitui título suficiente para recorrer à Corte em resguardo dos direitos que “decorrem” da Carta da OEA, e que, consequentemente, não são “reconhecidos”, “estabelecidos”, “garantidos”, “consagrados” ou “protegidos” na Convenção ou por ela, os únicos a respeito dos quais, por sua violação, são justiciáveis perante a instância jurisdicional interamericana.

c. Método subjetivo

34. Ao tentar elucidar a vontade dos Estados Partes na Convenção a respeito do artigo 26, é necessário referir-se, sempre conforme o disposto na Convenção de Viena, ao contexto dos termos, razão por que se deve aludir ao sistema consagrado na Convenção no qual se insere esse artigo, o que implica que:

a) esse sistema está constituído pelos deveres e direitos que dispõe, os órgãos encarregados de garantir seu respeito e exigir seu cumprimento e disposições concernentes à Convenção;⁵⁰⁷

b) no que se refere aos deveres, são dois, a saber, a “Obrigação de Respeitar os Direitos”⁵⁰⁸ e o “Dever de Adotar Disposições de Direito Interno”⁵⁰⁹ e, no atinente aos direitos, são os “Direitos Civis e Políticos” e os “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”;⁵¹⁰ e

c) no pertinente aos órgãos, são eles a Comissão, a Corte⁵¹¹ e a Assembleia Geral da OEA, correspondendo à primeira a promoção e defesa dos direitos humanos,⁵¹² à segunda, interpretar e aplicar a Convenção,⁵¹³ e à terceira, adotar as medidas cabíveis para fazer cumprir a pertinente sentença;⁵¹⁴

35. Da interpretação harmônica dessas normas, pode-se inferir que unicamente se pode pedir aos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte,

⁵⁰⁷ “Parte III, “Disposições gerais e transitórias”.

⁵⁰⁸ *Supra*, Nota N° 29, Art. 1.1.

⁵⁰⁹ *Supra*, Nota N° 21.

⁵¹⁰ Parte I, Capítulo II, art. 3 a 25. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3), Direito à vida (art. 4), Direito à integridade pessoal (art. 5), Proibição da escravidão e da servidão (art. 6), Direito à liberdade pessoal (art. 7), Garantias judiciais (art. 8), Princípio da legalidade e da retroatividade (art. 9), Direito a indenização (art. 10), Proteção da honra e da dignidade (art. 11), Liberdade de consciência e de religião (art. 12), Liberdade de pensamento e de expressão (art. 13), Direito de retificação ou resposta (art. 14), Direito de reunião (art. 15), Liberdade de associação (art. 16), Proteção à família (art. 17), Direito ao nome (art. 18), Direitos da criança (art. 19), Direito à nacionalidade (art. 20), Direito à propriedade privada (art. 21), Direito de circulação e de residência (art. 22), Direitos políticos (art. 23), Igualdade perante a lei (art. 24) e Proteção judicial (art. 25). Art.26, *cit*.

⁵¹¹ “Parte II Meios da Proteção.” Art. 33: “São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e

b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte”.

⁵¹² *Supra*, Nota N° 13.

⁵¹³ *Supra*, Nota N° 9, Art. 62.3.

⁵¹⁴ Art. 65: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

quanto ao caso que foi submetido a esta, o devido respeito aos direitos civis e políticos “reconhecidos”, “estabelecidos”, “garantidos”, “consagrados” ou “protegidos” pela Convenção e, ademais, sempre que eventualmente seja necessário, a adoção, “de acordo com suas normas constitucionais (do respectivo Estado) e com as disposições d(aquela) [...], as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

36. Ao contrário, a respeito dos direitos “que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da” OEA, unicamente se pode pedir aos Estados a adoção, “por via legislativa ou por outros meios apropriados”, de “providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade” daqueles, e isso “na medida dos recursos disponíveis”.

37. Isso posto, procede deixar consignado, para efeitos da aplicação desse método de interpretação, que, conforme o disposto no parágrafo 5 do Preâmbulo da Convenção, que à Carta da OEA foram incorporadas “normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais” e que na Convenção se determinou “a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”.

38. Ou seja, foi a própria Convenção que, em cumprimento a esse mandato e como já se afirmou, dispensou aos direitos civis e políticos um tratamento diferenciado dos direitos econômicos sociais e culturais, expressado, como já se afirmou, o primeiro no Capítulo II da Parte I da Convenção e o segundo no Capítulo III da mesma parte e instrumento. De sorte, portanto, que o Preâmbulo da Convenção, ao fazer referência à indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, se refere ao “gozo” de ambos os tipos de direitos humanos e não a que devam submeter-se às mesmas regras para seu exercício e fiscalização internacional.

39. Desse modo, é preciso ter presente que, quanto ao que o artigo 31.2 da Convenção de Viena considera contexto, não existe acordo algum que se refira (à Convenção) e que tenha sido “feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado”, nem tampouco qualquer “instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão” da Convenção e “aceito pelas outras partes como instrumento relativo” a ela.

40. Tampouco existe junto ao contexto, conforme dispõe o artigo 31.3 da Convenção de Viena, algum “acordo posterior entre as partes relativo à interpretação” da Convenção “ou à aplicação de suas disposições”, nem uma “prática seguida posteriormente na aplicação” dela, “pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à” sua “interpretação”, salvo o Protocolo de San Salvador, ao qual se fará referência mais adiante.

41. Por conseguinte, não é aceitável que, ante a ausência do que se conhece como a “interpretação autêntica”⁵¹⁵ da Convenção, seu sentido e alcance sejam

⁵¹⁵ Denominação dada pela doutrina.

determinados pela Corte à margem e ainda em contradição com o pactuado por seus Estados Partes. A Convenção, como todo tratado, não existe à margem do que estes últimos expressamente convieram.

42. Por outro lado, no intento de justificar a judicialização perante a Corte do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, e apoiando-se no prescrito no artigo 31.3.c) da Convenção de Viena, a Sentença recorre a tratados ratificados pelo Brasil, como, em consequência, fontes autônomas do Direito Internacional, ou seja, que criam direitos. Porém, essas fontes só aludiriam à existência do antes indicado direito, o que, como se expressou, não era objeto da causa dos autos, nem é, conseqüentemente, abordado neste escrito, e não expressam absolutamente nada sobre a judicialização das eventuais violações àquele.

43. É o que ocorre com a referência ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁵¹⁶ à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,⁵¹⁷ à Constituição da Organização Internacional do Trabalho⁵¹⁸⁻⁵¹⁹, à Convenção Nº 81 da OIT, de 1947, sobre a Inspeção do Trabalho⁵²⁰ e à Convenção Nº 155 da OIT, de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores,⁵²¹ instrumentos jurídicos, reitera-se, que não contemplam a possibilidade de recorrer à Corte ou a outro tribunal internacional, pelas eventuais violações do direito ao trabalho.

44. Tampouco a Sentença recorre a fontes auxiliares do Direito Internacional, isto é, as que ajudam na determinação das regras de direito aplicáveis, como a jurisprudência, a doutrina ou as resoluções de organizações internacionais declarativas de direito.⁵²² Unicamente apela seja a sua própria jurisprudência, o que é útil basicamente para demonstrar coerência em suas ações, mas não necessariamente para determinar as regras jurídicas aplicáveis, seja a resoluções de organizações internacionais não vinculantes para os Estados, ou seja, a meras recomendações, e que, ademais, não interpretam a Convenção nem têm por objetivo fazê-lo.

45. O último indicado acontece com as Observações Gerais Nº 14,⁵²³ 18,⁵²⁴ e 23,⁵²⁵ todas do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e

⁵¹⁶ Par. 162 da Sentença.

⁵¹⁷ Par. 163.

⁵¹⁸ Par. 164.

⁵¹⁹ Doravante denominada OIT.

⁵²⁰ Par. 164.

⁵²¹ Par. 165.

⁵²² Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática em geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direitos, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A partes disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem”.

⁵²³ Par. 166 da Sentença.

⁵²⁴ Idem.

⁵²⁵ Art. 167.

Social das Nações Unidas. É que esses instrumentos, mais que interpretar uma norma convencional, e menos ainda a Convenção, constituem a expressão de aspirações, além do mais legítimas, de mudança ou desenvolvimento do Direito Internacional na matéria a que cada um se refere. Por outro lado, não se deve esquecer que nem sequer emanam de um funcionário ou de um órgão internacional do SIDH.

46. Quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵²⁶ e à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem,⁵²⁷ referidas na Sentença, embora certamente sejam Resoluções Declarativas de Direito, porquanto dão conta de princípios gerais de Direito aplicáveis às matérias respectivas, reconhecidos, ademais, pela Convenção, a fim de que “os direitos essenciais do homem[...] (que) *ter como fundamento os atributos da pessoa humana*” e de que são “*princípios [...] consagrados*” nela,⁵²⁸ não é menos certo que tais Declarações não contemplam nem fazem referência a mecanismo algum de controle do respeito a esses princípios. Cumpre acrescentar que a citada Declaração Americana, por ser anterior à Convenção, não a interpreta, mas, mais exatamente, esta última se celebra em virtude do proclamado naquela, para precisamente estabelecer mecanismos de controle.⁵²⁹

47. Com relação à alusão que a Sentença faz ao artigo 29 da Convenção,⁵³⁰ conhecido como princípio *pro personae*, cabe recordar que se trata de uma norma concernente à interpretação dos direitos reconhecidos nesse instrumento e não dos mecanismos de controle nele previstos. Igualmente, é preciso não esquecer que o citado dispositivo diz respeito à interpretação da Convenção, determinando que, nesse exercício, o sentido e o alcance a que se cheguem não pode implicar uma limitação do direito humano de que se trate, tal como é reconhecido por ela ou pelos outros instrumentos jurídicos que menciona. Por conseguinte, o citado artigo não tem por objeto conceder à Corte a faculdade de se pronunciar sobre a judicialização das supostas violações dos direitos humanos, mas, mais propriamente, estabelece uma condição para a interpretação da Convenção. E tampouco estabelece a faculdade da Corte de interpretar outros tratados ou instrumentos jurídicos internacionais, mas

⁵²⁶ Par. 162.

⁵²⁷ Par. 161.

⁵²⁸ Par. 2 e 3 do Preâmbulo: “*Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito universal como regional*”;

⁵²⁹ *Supra*, Nota N° 23.

⁵³⁰ “*Normas de Interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:*
a) *permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;*
b) *limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;*
c) *excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;* e
d) *excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza*”.

unicamente na medida em que seja necessário para determinar se eles estabelecem um sentido e alcance mais amplo do que o que se pode determinar do direito humano garantido na Convenção.

48. Igualmente, parece necessário formular algumas breves observações acerca das expressões da Sentença de que “*os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida vigentes*”.⁵³¹ A primeira observação é que isso está previsto no artigo 31.3. a) e b) da Convenção de Viena, ao dispor que, junto ao contexto, se devem ter os acordos e a prática dos Estados sobre a interpretação do tratado de que se trate. O evolutivo deve ser, então, mais o Direito aplicável que a jurisprudência que se produza sobre ele.

49. A segunda observação é que, por conseguinte, na interpretação, se deveria ter presente que, para a determinação “*da evolução dos tempos*” e “*das condições de vida vigentes*”, não bastaria apenas uma afirmação genérica e, às vezes, sem maior apoio científico por parte de entidades não estatais, mas que deveria ser compartilhada pela sociedade internacional e, no caso da Convenção, pela sociedade interamericana, uma e outra constituída ainda hoje principalmente por Estados soberanos. Do contrário, se estaria conferindo a essas entidades específicas a faculdade de determinar a referida evolução e as condições de vida vigentes, o que não só poderia levar a afirmações arbitrárias, mas também atentaria contra a participação cidadã, por meio de Estados democráticos, nos assuntos internacionais.

50. Em suma, tendo presente que os textos antes aludidos são invocados pela Sentença, a fim de fundamentar sua posição quanto a que a Corte tem competência para conhecer e resolver sobre as eventuais violações do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, é possível afirmar categoricamente que o certo é que, no melhor dos casos, aqueles instrumentos poderiam ser considerados reconhecimentos da existência desses direitos, mas não da mencionada competência. É, pois, irrefutável que nenhum deles, reitera-se, nenhum, dispõe que as supostas violações dos citados direitos possam ser levadas à Corte para que decida sobre elas, ou tem relação com essas violações.

51. Ao antes exposto cabe acrescentar que as referências que a Sentença faz à legislação interna do Estado⁵³² tampouco justificam a tese sustentada por ela no sentido de que se pudesse recorrer à Corte pelas violações dos direitos antes mencionados. A competência da Corte deriva da faculdade a ela concedida pela Convenção e não por uma disposição do direito interno do Estado de que se trate, embora, evidentemente, deva-se ter presente esse ordenamento jurídico, conforme o indica o citado artigo 29, no momento de interpretar aquela, a fim de que isso não limite o gozo e o exercício de um direito reconhecido por este último.

52. Com respeito ao afirmado acima, deve-se ressaltar que na própria Sentença se menciona que aquilo a que se refere é à determinação do conteúdo e alcance do

⁵³¹ Par. 158.

⁵³² Par. 150, 151 e 152.

direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho,⁵³³ e é daí que se conclui “*que existe uma referência com suficiente grau de especificidade ao direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias para se deduzir sua existência e reconhecimento implícito na Carta da OEA*”.⁵³⁴ Não se refere, então, à judicialização perante a Corte.

53. Adicionalmente, deve-se observar que, em outras sentenças da Corte, chegou-se a resultado análogo ao que se pretende nos autos, aplicando unicamente dispositivos da Convenção referentes a direitos que esta reconhece e, logicamente, dentro dos limites delas, sem que se tenha tido necessidade de recorrer ao artigo 26. Desse modo, pois, não se vislumbra a razão da insistência em enfatizar essa norma como fundamento para que as violações dos direitos humanos que “*decorrem*” da Carta da OEA possam ser conhecidas pela Corte, quando é evidente que isso é supérfluo.

54. O anterior é tanto mais certo quando se constata que a Sentença, ao declarar, com base no artigo 26, a violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, o faz declarando também violado o artigo 19, relativo aos direitos da criança, com o que o privou da força de que, *per se*, goza, estabelecendo, desse modo, um precedente de que, no futuro, não possa ser invocado como o único fundamento para declarar sua eventual violação. Um lamentável retrocesso, pois, nessa matéria.

55. Do exposto, pode-se concluir, portanto, que a aplicação do método subjetivo de interpretação dos tratados leva ao mesmo resultado já antes destacado, a saber, e diferentemente do que expressa a Sentença, que em momento algum foram incluídos os direitos econômicos, sociais e culturais que “*decorrem*” das normas da Carta da OEA, entre os quais o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, no regime de proteção previsto na Convenção.

d. Método funcional o teleológico

56. Ao tentar precisar o objeto e fim da disposição convencional que interessa, pode-se afirmar que:

a) o propósito dos Estados ao assinar a Convenção foi “*consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem*”,⁵³⁵

b) para isso, e como já se salientou,⁵³⁶ “*a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização (dos Estados Americanos) de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e*

⁵³³ Par. 156.

⁵³⁴ Par. 155.

⁵³⁵ Par. 1º do Preâmbulo.

⁵³⁶ *Supra*, Nota N° 23.

educacionais" e "resoluiu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria";

c) é de todo evidente, então, que o disposto na citada Conferência foi cumprido, no que concerne aos direitos econômicos, sociais e educacionais, com o Protocolo de Buenos Aires, e, no que diz respeito à estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria, com a Convenção; e

d) é, portanto, dando cumprimento a esse mandato, que se incluiu o artigo 26 na Convenção, em um capítulo separado do relativo aos direitos políticos e civis e, ademais, estabelecendo uma especial obrigação para os Estados Partes na Convenção, não existente quanto aos recém mencionados direitos, a saber, a de adotar as "providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos" direitos a que se refere, e "na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados".

57. Em outros termos, o objeto e fim do artigo 26 é que sejam tomadas as providências citadas para conseguir a efetividade dos direitos que menciona, e não que estes sejam exigíveis de imediato e, menos ainda, que sejam justiciáveis perante a Corte, como o afirma a Sentença.⁵³⁷ Leve-se em conta, a esse respeito, que o próprio título do dispositivo é "*Desenvolvimento Progressivo*", e que o do Capítulo III, do qual é a única norma, é "*Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*", a partir do que se infere que o que ordena tal norma, seu objeto e fim, é que sejam adotadas medidas para obter, progressivamente, a efetividade dos direitos a que se refere, e não que estes sejam efetivos.

58. Aceitar que, para interpretar um dispositivo específico da Convenção, bastaria evocar o objeto e fim geral desta antes mencionado, intrinsecamente amplo, vago ou impreciso, portanto, implicaria afetar a segurança e certeza jurídicas que devem caracterizar toda sentença da Corte, posto que deixaria a seu critério, com extensa margem, a determinação dos direitos que derivam das mencionadas normas da Carta da OEA, razão pela qual os Estados Partes na Convenção não saberiam, antes dos respectivos julgamentos, quais são.

59. É por esse motivo que não se pode compartilhar o critério exposto na Sentença, no sentido de que, diante do previsto nos artigos 1 e 2 da Convenção, o artigo 26 distingue entre "*aspectos de exigibilidade imediata*" e "*aspectos que apresentam caráter progressivo*",⁵³⁸ posto que isso se afasta ostensivamente do previsto nos aludidos dispositivos, que estabelecem que os direitos a que se referem são unicamente os "*reconhecidos*", "*estabelecidos*", "*garantidos*", "*consagrados*" ou "*protegidos*", nela ou por ela, o que não acontece com os aludidos no artigo 26. Além disso, a indicada distinção que faz a Sentença seria, em si mesma, confusa e ainda contraditória, já que, por um lado, não se saberia, com certeza e anteriormente à ação, quais aspectos ou,

⁵³⁷ Par. 172.

⁵³⁸ Idem.

mais exatamente, quais direitos a que alude o artigo 26 seriam exigíveis de imediato e quais necessitariam progredir com esse propósito e, pelo outro, os primeiros não exigiriam a adoção de providências para ser exigíveis, ao passo que os outros não poderiam sê-lo enquanto não fossem adotadas aquelas.

60. Por outro lado, uma ação como a aludida, implicaria, por parte da Corte, assumir a função normativa internacional, que, no que concerne à Convenção, só cabe a seus Estados Partes.⁵³⁹ E isso em atenção a que, com a ausência de especificação dos direitos que decorrem das normas da Carta da OEA, a Corte poderia estabelecer direitos não expressamente previstos nessas normas e dispor que são justiciáveis perante ela.

61. Definitivamente, pois, discordando da Sentença, é possível afirmar que a aplicação do método funcional ou teleológico de interpretação de tratados a respeito do artigo 26 da Convenção leva à mesma conclusão a que se chega com a utilização dos demais métodos de interpretação de tratados, ou seja, que esse dispositivo não tem por finalidade estabelecer direito humano algum, mas unicamente consagrar o dever dos Estados Partes de adotar medidas para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que “decorrem” da Carta da OEA.

e. Meios complementares

62. No que se refere aos meios complementares de interpretação de tratados, cumpre salientar que, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, de 1969, na qual se acordou o texto definitivo da Convenção, foram propostos, nessa matéria, dois artigos. Um foi o 26, nos termos em que atualmente figura na Convenção. Esse artigo foi aprovado.⁵⁴⁰

63. O outro artigo proposto, o 27, expressava:

Controle do Cumprimento das Obrigações. Os Estados Partes devem enviar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos cópia dos

⁵³⁹ Art. 31: “Reconhecimento de outros direitos. Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77”. Art. 76: “1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção. 2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação”.

Art. 77: “1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembleia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades. 2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo”.

⁵⁴⁰ Cf. Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

relatórios e estudos que em seus respectivos campos submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela verifique se estão cumprindo as obrigações antes determinadas, que são a sustentação indispensável para o exercício dos outros direitos consagrados nesta Convenção.

64. Note-se que o mencionado projeto de artigo 27, que não foi aprovado,⁵⁴¹ se referia a “relatórios e estudos” para que a Comissão verificasse se as referidas obrigações estavam sendo cumpridas, e distinguiu, então entre, por um lado, “as obrigações antes determinadas”, obviamente no artigo 26, ou seja, as pertinentes aos direitos que “decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires” e, pelo outro, “os outros direitos consagrados nesta Convenção”, isto é, os “direitos civis e políticos”.

65. De sorte que, com a aprovação do artigo 26, não se teve a intenção de incorporar os direitos econômicos, sociais e culturais ao regime de proteção previsto na Convenção. A única proposta que houve a esse respeito foi que se submetesse ao exame de órgãos da OEA o cumprimento das obrigações referentes a esses direitos, por considerar que esse cumprimento era a base para a realização dos direitos civis e políticos. E, como se salientou, essa proposta não foi acolhida. Isso confirma, portanto, que os Estados Partes na Convenção não tiveram vontade alguma de incluir os direitos econômicos, sociais e culturais no regime de proteção que sim estabelece para os direitos civis e políticos.⁵⁴²

C. A Carta da OEA

66. Pois bem, atendido o fato de que o artigo 26 se refere às “normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”, é indispensável, para conhecer o alcance daquele, referir-se também ao conteúdo das mencionadas normas e, em especial, às citadas na Sentença.

⁵⁴¹ Cf. Atas da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 7 a 22 de novembro de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 448.

⁵⁴² Cf. Voto concordante do Juiz Alberto Pérez Pérez, *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, Sentença de 1º de setembro de 2015, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

67. Com relação ao direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, a Sentença evoca os artigos 45.b e c,⁵⁴³ 46⁵⁴⁴ e 34.g⁵⁴⁵ da Carta da OEA.⁵⁴⁶

68. Isso posto, com base nesses artigos, na Sentença se afirma que “a Corte considera que existe uma referência com suficiente grau de especificidade ao direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias para se deduzir sua existência e reconhecimento implícito na Carta da OEA”.⁵⁴⁷ No entanto, basta a simples leitura das normas citadas para comprovar, com clareza e sem a menor dúvida, que elas estabelecem obrigações de fazer ou de comportamento, expressadas nos “maiores esforços” com que os Estados se comprometem, a fim de conseguir a aplicação de “princípios” e “mecanismos”, ou para facilitar a integração latino-americana, a harmonização das legislações trabalhistas e a proteção dos direitos dos trabalhadores, ou para atingir as “metas básicas”, que consistem em salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos. Não se deve esquecer que todas as normas citadas se encontram no Capítulo VII daquela, denominado “Desenvolvimento Integral”. Desse modo, pois, tais normas não estabelecem obrigações de resultado, isto é, não dispõem que se respeitem os direitos humanos decorrentes das normas aludidas, mas que sejam envidados os máximos esforços para a consecução, desse modo, dos *princípios*, *mecanismos* e *metas* que explicitam.

69. Assim, o leque de possibilidades das quais o intérprete poderia “*derivar*” direitos humanos não expressamente contemplados em norma internacional alguma seria enorme, para não afirmar, sem limite. Mantendo-se a Corte nessa tendência, e levada a seu extremo, todos os Estados Partes da Convenção, e que aceitaram sua jurisdição, eventualmente poderiam ser levados a ela por não alcançar plenamente os “*princípios*”, “*metas*” ou “*mecanismos*” contempladas na Carta da OEA dos quais a

⁵⁴³ Artigo 45 da Carta da OEA: “Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...] b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar; c) Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação [...]”.

⁵⁴⁴ Artigo 46 da Carta da OEA: “Os Estados membros reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade”.

⁵⁴⁵ Artigo 34.g da Carta da OEA: “Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas: [...] g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos.”

⁵⁴⁶ Par. 155.

⁵⁴⁷ Idem.

Sentença deriva direitos, o que, manifestamente, pareceria distante do que os Estados Partes desejavam ao assinar a Convenção ou, pelo menos, da lógica nela implícita, em especial, pela forma em que está redigido o mencionado Capítulo VII.

70. É, portanto, evidente que “das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”, a que se refere o artigo 26, não se depreende, diferentemente do que figura nos autos, a competência da Corte de conhecer e resolver as eventuais violações dos direitos que delas decorrem.

D. O Protocolo de San Salvador

71. Além do já expressado, cabe referir-se ao “Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de São Salvador”, que também é citado na Sentença, em apoio a sua interpretação do artigo 26,⁵⁴⁸ mas cuja assinatura e vigência o signatário considera que, pelo contrário, apoia o que sustenta este escrito.

72. Esse instrumento⁵⁴⁹ é adotado em consideração ao previsto nos artigos 31, 76 e 77⁵⁵⁰ da Convenção. Assim o expressa seu próprio Preâmbulo, ao salientar que:

(l)evando em conta, que, embora outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito universal como regional, tenham reconhecido direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de consolidar na América, com base no respeito pleno dos direitos da pessoa, o regime democrático representativo de governo, bem como o direito de seus povos ao desenvolvimento, à livre determinação e a utilizar livremente suas riquezas e recursos naturais, e considerando que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos estabelece que poderão ser submetidos à consideração dos Estados Partes, reunidos por ocasião da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, projetos de protocolos adicionais a essa Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades.

73. Do transcrito se depreende, por conseguinte, que se trata de um acordo “Adicional à Convenção”, que tem por específica finalidade reafirmar, desenvolver, aperfeiçoar e proteger os direitos econômicos, sociais e culturais, e progressivamente incluí-los no regime de proteção do mesmo instrumento e obter sua plena efetividade.

⁵⁴⁸ Par. 161.

⁵⁴⁹ Doravante denominado Protocolo.

⁵⁵⁰ *Supra*, Nota N° 69.

74. Isto é, adota-se o Protocolo dado que os direitos econômicos, sociais e culturais não haviam sido, até a data de sua assinatura, reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, nem incluídos no regime de proteção da Convenção, o que implica que tampouco têm plena efetividade em virtude do artigo 26. De outra forma não se entenderia a finalidade nem a conveniência do Protocolo.

75. Desse modo, o Protocolo reconhece,⁵⁵¹ estabelece,⁵⁵² enuncia⁵⁵³ ou consagra⁵⁵⁴ os seguintes direitos: Direito ao trabalho (art. 6), Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7), Direitos sindicais (art. 8), Direito à segurança social (art. 9), Direito à saúde (art. 10), Direito a um meio ambiente sadio (art. 11), Direito à alimentação (art. 12), Direito à educação (art. 13), Direito aos benefícios da cultura (art. 14), Direito à constituição e proteção da família (art. 15), Direito da infância (art. 16), Proteção dos idosos (art. 17) e Proteção das pessoas com deficiência (art. 18). Deve-se ter presente que, pelo contrário, o artigo 26 não estabelece ou consagra direito algum, referindo-se somente aos que “*decorrem*” da Carta da OEA.

76. E a respeito desses direitos reconhecidos pelo Protocolo, os Estados Partes se comprometem a adotar, de maneira progressiva, as medidas que garantam sua plena efetividade (art. 6.2, 10.2, 11.2 e 12.2). Há nisso uma coincidência com o disposto no artigo 26, ou seja, que tanto o Protocolo como esta última disposição se relacionam a direitos cuja efetividade não existe ou não é plena.

77. O Protocolo igualmente contempla uma norma, o artigo 19, concernente aos meios de proteção dos antes mencionados direitos. Esses meios consistem nos

⁵⁵¹ Art. 1: “*Obrigação de Adotar Medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.*”

Art. 4: “*Não Admissão de Restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.*”

⁵⁵² Art. 2: “*Obrigação de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.*”

Art. 5: “*Alcance das Restrições e Limitações. Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.*”

Art. 19.6: “*Meios de Proteção. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.*”

⁵⁵³ Art. 3: “*Obrigação de Não Discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*”

⁵⁵⁴ Art. 19.1: “*Meios de Proteção 1. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto neste artigo e nas normas pertinentes que deverão ser elaboradas sobre o assunto pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos a respeito das medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo.*”

relatórios que os Estados Partes devem apresentar à Assembleia Geral da OEA “a respeito das medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo”, no tratamento que o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura da Organização dispensem a esses relatórios e na opinião que possa a Comissão eventualmente manifestar sobre o assunto.⁵⁵⁵ Note-se que esse dispositivo é similar ao projeto de artigo 27 da Convenção, que foi rejeitado pela referida Conferência.

78. Todo o acima exposto significa, primeiramente, que, para os Estados Partes no Protocolo, a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais é de natureza progressiva, vale dizer, *a contrario sensu*, não se encontram vigentes ou, pelo menos, plenamente vigentes.

79. Em segundo lugar e, por conseguinte, isso supõe, para os aludidos Estados, que o disposto no 26 implica que os citados direitos não se encontram compreendidos entre aqueles a que se aplica o sistema de proteção previsto na Convenção, ou que estejam vigentes, dado que, caso contrário, a adoção do Protocolo teria sido desnecessária.

80. Deve-se ter presente também que foi criado na OEA o Grupo de Trabalho Encarregado de Analisar os Relatórios Nacionais Previstos no Protocolo de São Salvador,⁵⁵⁶ como mecanismo para acompanhar o cumprimento dos compromissos

⁵⁵⁵ Art. 19: “Meios de Proteção. 1. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto neste artigo e nas normas pertinentes que deverão ser elaboradas sobre o assunto pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos a respeito das medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo.

2. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, que os transmitirá ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem de acordo com o disposto neste artigo. O Secretário-Geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

3. O Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos transmitirá também aos organismos especializados do Sistema Interamericano, dos quais sejam membros os Estados Partes neste Protocolo, cópias dos relatórios enviados ou das partes pertinentes desses relatórios, na medida em que tenham relação com matérias que sejam da competência dos referidos organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos.

4. Os organismos especializados do Sistema Interamericano poderão apresentar ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura relatórios sobre o cumprimento das disposições deste Protocolo, no que se refere ao campo de suas atividades.

5. Os relatórios anuais que o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura apresentarem à Assembleia Geral deverão conter um resumo de informação recebida dos Estados Partes neste Protocolo e dos organismos especializados, sobre as medidas progressivas adotadas, a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e das recomendações de caráter geral que a respeito considerarem pertinentes.

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

7. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá formular as observações e recomendações que considerar pertinentes a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos neste Protocolo, em todos ou em alguns dos Estados Partes, as quais poderá incluir no relatório anual à Assembleia Geral ou num relatório especial, conforme considerar mais apropriado.

8. No exercício das funções que lhes confere este Artigo, os Conselhos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo”.

⁵⁵⁶ Cf. AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), de 05/06/2007.

contraídos por esse instrumento na matéria. Isso confirma que, indubitavelmente, a vontade dos mencionados Estados foi a de criar um mecanismo não jurisdicional para a supervisão internacional do cumprimento do Protocolo.

81. A única exceção a esse regime está prevista no parágrafo 6 do artigo 19, a saber,

Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º,⁵⁵⁷ e no artigo 13,⁵⁵⁸ forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

82. O acima citado implica que, unicamente no caso de violação dos direitos referentes aos sindicatos e à educação, os pertinentes casos podem ser justificáveis perante a Corte. A respeito da violação dos demais direitos, entre os quais estaria o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, opera, pelo contrário, somente o sistema de relatórios estabelecido no artigo 19 do Protocolo.

⁵⁵⁷ Art. 8: “Direitos Sindicais. 1. Os Estados Partes garantirão: a) o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção deste direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente”;

⁵⁵⁸ Art. 13: “Direito à Educação. 1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm também em que a educação deve tornar todas as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e de conseguir uma subsistência digna; bem como favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação que deverá ser ministrada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

5. Nenhuma das disposições do Protocolo poderá ser interpretada como restrição da liberdade das pessoas e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação dos Estados Partes”.

a. o ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;

b. o ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional, deve ser generalizado e acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pelo estabelecimento progressivo do ensino gratuito;

c. o ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pelo estabelecimento progressivo do ensino gratuito;

d. deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;

e. deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciados para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

83. Por conseguinte, o Protocolo é uma emenda à Convenção. Assim depreende-se de seu próprio texto, ao se considerar como Protocolo, figura expressamente prevista naquela.⁵⁵⁹ Cabe ressaltar o fato de que, em seu Preâmbulo, consta que é adotado considerando que a Convenção contempla essa possibilidade.⁵⁶⁰ Trata-se, pois, de um “protocolo adicional” subscrito “com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades”, os quais, portanto, não os incluía.

84. Dessa forma, conseqüentemente, esse instrumento, ao estabelecer em seu artigo 19 a competência da Corte para conhecer das eventuais violações dos direitos referentes aos sindicatos e à educação, não está limitando aquela, mas, ao contrário, a está ampliando. Caso não existisse o Protocolo, a Corte não poderia sequer conhecer a eventual violação desses direitos.

85. Todo o anteriormente exposto é, portanto, prova mais que evidente de que, para os Estados Partes do Protocolo, o disposto no artigo 26 da Convenção não pode ser interpretado de forma a estabelecer ou reconhecer direitos econômicos, sociais ou culturais, nem de habilitar o encaminhamento de um caso de violação desses direitos ao conhecimento da Corte. Reitera-se que, se assim o houvesse estabelecido, obviamente não se teria celebrado o Protocolo. É por esse motivo, então, que foi necessária sua adoção. Sua assinatura não se explicaria de outra maneira.

86. Em função do anteriormente afirmado, é possível concluir que o Protocolo é, por conseguinte, a nítida demonstração de que o disposto no artigo 26 não estabelece direito humano algum, nem menos ainda, como se afirma nos autos, proporciona legitimação ativa perante a Corte por violação dos direitos econômicos, sociais e culturais a que alude.

E. Conclusões no que diz respeito ao artigo 26

87. É, então, por todo o exposto, que se dissente parcialmente da Sentença, isto é, do exposto nos resolutivos N° 2⁵⁶¹ e 6.⁵⁶²

88. Para esse efeito, deve-se insistir, uma vez mais, que este escrito não está relacionado à existência do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho. Isso escapa a seu propósito. Unicamente se afirma que sua eventual violação não pode ser submetida ao conhecimento e decisão da Corte.

89. Do mesmo modo, cumpre salientar que tampouco o presente voto deve ser entendido em termos de que eventualmente não se esteja a favor de submeter à Corte as violações dos direitos econômicos, sociais e culturais. O que se considera especificamente é que, caso assim se proceda, disso deve se ocupar quem detenha a titularidade da função normativa internacional. Não pareceria conveniente que o

⁵⁵⁹ *Supra*, Nota N° 69.

⁵⁶⁰ *Supra*, Par. 73.

⁵⁶¹ *Supra*, Nota N° 3.

⁵⁶² *Supra*, Nota N° 4.

órgão a que compete a função judicial interamericana assuma a função normativa internacional, sobretudo quando esses Estados são democráticos e a seu respeito rege a Carta Democrática Interamericana,⁵⁶³ que dispõe a separação de poderes e a participação cidadã nos assuntos públicos, o que, sem dúvida, a Corte deve respeitar, especialmente quanto àquelas normas que concernem mais diretamente à intervenção da cidadania.

90. Nessa perspectiva, cabe insistir em que a interpretação não consiste em determinar o sentido e alcance de uma norma com vistas a que expresse o que o intérprete deseja, mas o que ela objetivamente dispõe ou estabelece, e, no que diz respeito à Convenção, trata-se de explicitar como o pactuado por seus Estados Partes pode ser aplicado nos tempos e condições em que se suscita a respectiva controvérsia, ou seja, como tornar aplicável o princípio "*pacta sunt servanda*" nos tempos e condições de vida em que a controvérsia tem lugar. A questão é, então, como fazer que os tratados de direitos humanos sejam, *per se*, efetivamente instrumentos vivos, quer dizer, suscetíveis de compreender as novas realidades que se enfrentam, ou a elas ser aplicáveis, e que não seja a sua interpretação a que, como se fosse uma entidade separada daqueles, acompanhe a evolução dos tempos e as condições de vida vigentes, alterando o prescrito por aqueles.

91. Finalmente, é imperioso repetir que, caso se persista no curso adotado pela Sentença, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁵⁶⁴ em seu conjunto poderia ver-se seriamente limitado. E isso em razão de que, muito provavelmente, por um lado, não se incentivaria, mas pelo contrário, a adesão de novos Estados à Convenção, nem a aceitação da competência contenciosa da Corte pelos que não o tenham feito e, por outro lado, poderia renovar-se ou ainda acentuar-se a tendência entre os Estados Partes na Convenção de não dar cumprimento completo e oportuno a suas sentenças. Em suma, se debilitaria o princípio da segurança ou certeza jurídica, o qual, no atinente aos direitos humanos, também beneficia as vítimas de suas violações ao garantir o cumprimento das sentenças da Corte por se sustentar solidamente nos compromissos soberanamente assumidos pelos Estados.

92. A esse respeito, não se deve esquecer que, na prática, e além de qualquer consideração teórica, a função da Corte é, de forma definitiva, proferir sentenças que restabeleçam, o mais prontamente possível, o respeito aos direitos humanos violados. Não é tão certo que isso se consiga com relação a violações de direitos humanos que não foram consideradas na Convenção como justificáveis perante a Corte.

⁵⁶³ Aprovada no Vigésimo Oitavo Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, 11 de setembro de 2001, Lima, Peru.

⁵⁶⁴ Doravante denominado SIDH.

IV. O ARTIGO 24

93. Como se expôs no início, apresenta-se este voto dado que também se diverge de que, no Resolutivo N° 6 da Sentença,⁵⁶⁵ tenha sido declarada a violação do artigo 24 da Convenção,⁵⁶⁶ o que, a juízo do signatário, era improcedente.

94. A disposição em comento dispõe que:

“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

95. Procurando expressar da melhor forma possível esse dissenso, as razões que o sustentam serão expostas em termos similares aos empregados anteriormente para a interpretação do artigo 26, vale dizer, de acordo com o disposto no artigo 31 da Convenção de Viena.⁵⁶⁷

A. A boa-fé

96. Interpretar a norma em questão conforme a boa-fé implica entendê-la no sentido de que seu efeito útil é que toda pessoa tem o direito a que a lei a trate como igual aos demais seres humanos e que, portanto, a proteja sem discriminação.

97. Nesse sentido, a eventual violação desse direito se produziria pela própria lei, e não porque não se tenha garantido o livre e pleno exercício de algum outro direito reconhecido pela Convenção. Isto é, o efeito útil do direito em comento é que seja considerado, em si mesmo, um direito humano. O tratamento desigual que estabeleça, ou a discriminação que disponha quanto à proteção que ofereça, seria a causa da qual decorreria a responsabilidade internacional do Estado.

98. A regra da boa-fé leva, por conseguinte, a considerar o previsto no artigo 24 da Convenção como algo nitidamente distinto do contemplado no artigo 1.1 do mesmo instrumento, que prevê uma obrigação condicional dos Estados para garantir o livre e pleno exercício de todos os direitos nela reconhecidos, inclusive, portanto, o pertinente à igualdade perante a lei.

99. Consequentemente, é incompreensível que nos autos se declare que se violou o artigo 24 citado, sem indicar, no entanto, especificamente, qual lei incorreu nesse ilícito internacional. Com efeito, na Sentença se expõe uma situação genérica como a causa de tal ilicitude, a saber, a situação estrutural de discriminação, em virtude da pobreza ou da condição de mulher ou afrodescendente,⁵⁶⁸ sem, porém, fazer referência alguma especificamente à lei como o agente disso. Cumpre salientar que o artigo 24

⁵⁶⁵ *Supra*, Nota N° 3.

⁵⁶⁶ Doravante denominado artigo 24.

⁵⁶⁷ *Supra*, Nota N° 11.

⁵⁶⁸ Par. 185 a 200.

em questão expressamente estabelece que é a lei a que deve estabelecer a igualdade entre os seres humanos e proporcionar a respectiva proteção, sem discriminação.

B. Teor literal

100. No que é pertinente ao teor literal dos termos, cabe ter presente que a Convenção não dispensou ao termo “lei” um sentido especial,⁵⁶⁹ razão pela qual se deve recorrer a seu sentido corrente, qual seja, “preceito ditado pela autoridade competente, que manda ou proíbe algo em consonância com a justiça e para o bem dos governados”.⁵⁷⁰

101. Esse conceito coincide, *grosso modo*, com o exposto no Parecer Consultivo OC- 6/86, de 9 de maio de 1986, a saber “que a palavra leis no artigo 30 da Convenção⁵⁷¹ significa norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis”.

102. É pertinente manifestar que a Corte teve presente, nessa oportunidade, que “(n)ão se trata, por conseguinte, de dar uma resposta aplicável a todos os casos em que a Convenção utiliza expressões como “leis”, “lei”, “disposições legislativas”, “disposições legais”, “medidas legislativas”, “restrições legais” ou “leis internas”, mas que “(e)m cada ocasião em que tais expressões são usadas, seu sentido há de ser determinado especificamente”.⁵⁷² E foi precisamente isso o que fez no Parecer Consultivo OC-12/91, de 6 de dezembro de 1991, ao salientar, para os efeitos do artigo 64.2 da Convenção,⁵⁷³ “que, em determinadas circunstâncias, a Corte, no exercício da faculdade contemplada no artigo 64.2, pode responder a consultas sobre compatibilidade entre “projetos de lei” e a Convenção.

103. Assim, portanto, se poderia afirmar que, na falta de uma expressa indicação da Convenção e de um pronunciamento mais geral por parte da Corte, o conceito de lei proporcionado por esta, para efeitos do artigo 30 da Convenção, é aplicável também ao disposto em seu artigo 24, incluindo nela a Constituição e os regulamentos, resoluções ou instruções de caráter geral.

104. Dessa sorte, então, também o método de interpretação literal das palavras conduz ao mesmo resultado que se obtém com o método atinente à boa-fé, ou seja, que é a lei a que deve considerar todas as pessoas como iguais e estender a todas elas a devida proteção, sem discriminação, e que, caso isso não aconteça, viola-se o direito humano da igualdade perante a lei. O autor dessa violação é, portanto, a lei, a qual, para os respectivos efeitos, deve-se precisar qual é, o que não ocorre nos autos.

⁵⁶⁹ Art. 31.4 da Convenção de Viena: “Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

⁵⁷⁰ Cf. Dicionário da Língua Espanhola, Real Academia Espanhola, 2020.

⁵⁷¹ “Alcance das Restrições. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.

⁵⁷² Par. 16 do OC-6/86.

⁵⁷³ “A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

C. O método subjetivo

105. No que se refere à aplicação na matéria em comento do método subjetivo que procura determinar a vontade das partes na Convenção, de acordo com seu contexto, é preciso chamar a atenção para que o mencionado artigo 24 se encontra entre aqueles que se referem a cada um dos direitos humanos reconhecidos na Convenção, razão pela qual a ele se aplica, assim como aos demais direitos humanos, o previsto em seus artigos 1 e 2 e, conseqüentemente, a seu respeito têm competência tanto a Comissão como a Corte.

106. Efetivamente, o citado artigo 24 se encontra no Capítulo II da Convenção, denominado "*Direitos Cívicos e Políticos*", da Parte I, intitulada "*Deveres dos Estados e Direitos Protegidos*", na qual se acha também seu Capítulo I, chamado "*Obrigações de respeitar os direitos*", do que se deduz que este último concerne aos deveres dos Estados aplicáveis em relação a todos os direitos humanos reconhecidos pela Convenção, vale dizer, aos previstos no citado Capítulo II, entre eles o consagrado no artigo 24.

107. Nesse sentido, não se compartilha o expressado na Sentença quanto a "*que, caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão*", e que "*(a) o contrário, caso a discriminação se refira a uma proteção desigual da lei interna ou de sua aplicação, o fato deve ser analisado levando em conta o artigo 24 da Convenção Americana*".⁵⁷⁴

108. E não se pode coincidir com esse critério porque, de pronto, este último dispositivo não se refere somente ao direito à igual proteção da lei, mas, primeiramente, ao direito à igualdade perante a lei. Em segundo lugar, diverge-se do afirmado na Sentença, já que, enquanto o disposto no artigo 1.1 da Convenção diz respeito à obrigação dos Estados de respeitar e garantir o respeito de todos os direitos que aquela reconhece, o artigo 24 é atinente unicamente a um dos direitos assim reconhecidos, ou seja, ao direito à igualdade perante a lei. Em terceiro lugar, diverge-se do ponto de vista da Sentença, devido a que, enquanto o artigo 1.1 não indica o meio pelo qual se discrimina, o artigo 24 o identifica como a lei.

109. Sustentar o que manifesta a Sentença implicaria considerar o artigo 24 redundante ou desnecessário, posto que, para efeitos práticos, o artigo 1 da Convenção também prevê a possibilidade de que, na violação de qualquer direito convencional, se incorra, por qualquer causa, em discriminação.

110. Como correlato do afirmado anteriormente, é possível concluir que a regra de interpretação concernente a determinar a vontade das partes na Convenção, conforme seu contexto, leva-nos à mesma conclusão a que nos levam os dois métodos precedentes, isto é, que, para determinar a violação do previsto no citado artigo 24, é indispensável explicitar a lei que não considera iguais todas as pessoas, ou que

⁵⁷⁴ Par. 182.

não proporciona a proteção devida, sem discriminação, o que, nos autos e como já se expôs, não aconteceu.

D. Método funcional ou teleológico

111. No pertinente ao objeto e fim específicos do previsto no citado artigo 24, caberia salientar que essa disposição cumpre um papel similar ao que desempenham os artigos 8 e 25 da Convenção. Esse encargo consiste em que, enquanto seus artigos 3 a 7 e 9 a 23 consagram direitos humanos, o previsto nos artigos 8 e 25 garante que, caso os órgãos, as funções executivas e normativas no Estado não retifiquem ou não reparem as eventuais violações desses direitos, o órgão judicial o deva, em toda circunstância, fazer, e, para isso, o recurso a ele se consagra, *per se*, como um direito humano.

112. Assim, pois, igualmente ocorre com o disposto no artigo 24, o qual, ao consagrar a igualdade perante a lei e a devida proteção que deve prestar para tal fim, como um direito humano *per se*, torna possível que o Estado seja responsável pelos atos ou omissões do respectivo órgão que nele exerce sua função normativa. Desse modo, então, o SIDH e, em especial, a Convenção não deixam abertura pela qual o Estado possa se evadir da responsabilidade por um ato ilícito internacional.

113. Ademais, para que tudo isso ocorra, é imprescindível que as pessoas possam apresentar petições à Comissão e, desse modo, dar início ao respectivo processo.⁵⁷⁵ ou seja, devem dispor da legitimação ativa, o que, quanto ao mencionado artigo 24, implica que uma lei negue a uma pessoa a igualdade perante ela, ou não lhe estenda a proteção pertinente, discriminando-a, e que ela reclame, manifestando o devido interesse no assunto.

114. O objeto e fim do citado artigo 24 sugere, conseqüentemente, também que se ressalte que a causa de violação da desigualdade entre as pessoas e da falta de proteção da igualdade entre elas deve ser a lei.

E. Conclusão sobre o artigo 24

115. Em definitivo, dissente-se do Resolutivo N° 6 da Sentença em questão, por um lado, devido a que omite toda referência à lei que viola o direito à igualdade diante dela e a sua igual proteção, previsto no artigo 24 e, por outro, vez que se sustenta unicamente em uma situação estrutural de pobreza ou de discriminação por raça ou gênero para declarar sua violação, o que pode ser de utilidade para determinar o contexto em que esta se dá, mas que é insuficiente para ser a única consideração a se levar em conta sobre o tema.

⁵⁷⁵ Art. 44: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”.

V. REGISTROS

116. Aproveitando esta oportunidade, o signatário gostaria de deixar registro de duas considerações adicionais em relação ao já sentenciado nos autos.

117. Uma, que, por se haver incluído no Resolutivo N° 6 a referência ao artigo 19,⁵⁷⁶ juntamente com os artigos 26 e 24, todos da Convenção, se viu obrigado a votar contra sua aprovação, mas isso não deve ser entendido como se negasse que se tenha violado esse artigo.

118. E a segunda, que, ao se contemplar no Resolutivo N° 4 da Sentença⁵⁷⁷ o artigo 4.1. da Convenção,⁵⁷⁸ e tendo-se dado como fato de que “*quatro das mulheres falecidas [nos acontecimentos a que se refere] se encontravam em estado de gestação*”,⁵⁷⁹ tivesse sido desejável a aplicação da citada norma convencional a respeito dos não nascidos ou *nasciturus*, em conformidade com o expressado em outros votos do abaixo assinado.⁵⁸⁰ No entanto, o mencionado não foi possível, porquanto, por um lado, o tema não foi suscitado nos autos, e, por outro, que se carecia da informação referente ao tempo e ao desenvolvimento da gravidez das mencionadas mulheres.

VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

1. Com o reiterado respeito pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Tribunal”), e embora compartilhe a maior parte das considerações que embasam a Sentença adotada, me permito

⁵⁷⁶ “Direitos da Criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

⁵⁷⁷ “O Estado é responsável pela violação dos direitos à vida e da criança, constantes dos artigos 4.1 e 19, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas na explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, a que se refere o parágrafo 139 desta Sentença, entre as quais se encontram vinte crianças, nos termos dos parágrafos 115 a 139 da presente Sentença”.

⁵⁷⁸ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

⁵⁷⁹ Par. 75.

⁵⁸⁰ Cfr. Voto concordante do Juiz Eduardo Vio Grossi, Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhas Vs. El Salvador, Sentença de 25 de outubro de 2012 (Mérito, Reparações e Custas), Corte Interamericana de Direitos Humanos; e Voto Dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação in Vitro) Vs. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

formular o presente voto parcialmente dissidente. Este voto apresenta (i) as razões que sustentam minha discordância quanto à decisão adotada pela maioria a respeito da exceção preliminar *ratione materiae*,⁵⁸¹ e (ii) minhas observações em relação à análise feita ao atribuir responsabilidade internacional ao Estado pela violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho.⁵⁸²

2. Essas reflexões complementam o que declarei em meus votos parcialmente dissidentes nos casos *Lagos del Campo Vs. Peru*,⁵⁸³ *Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru*,⁵⁸⁴ *San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela*,⁵⁸⁵ *Cuscul Pivalar e outros Vs. Guatemala*,⁵⁸⁶ *Muelle Flores Vs. Peru*,⁵⁸⁷ *Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB – SUNAT) Vs. Peru*,⁵⁸⁸ *Hernández Vs. Argentina*⁵⁸⁹ e *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*,⁵⁹⁰ bem como em meus votos concordantes nos casos *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*,⁵⁹¹ *Poblete Vilches e outros Vs. Chile*⁵⁹² e *Rodríguez Revolorio e outros Vs. Guatemala*.⁵⁹³

3. Neste caso, o Estado argumentou que a Corte não era competente para se pronunciar sobre a alegada violação do direito ao trabalho, porque os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser submetidos ao regime de petições individuais regulamentado na Convenção Americana (par. 21). A Comissão e os representantes, por sua vez, solicitaram que a exceção preliminar fosse julgada improcedente, porque, a seu juízo, ao se referir à interpretação do artigo 26 da Convenção, tratava-se de um assunto que deveria ser resolvido na etapa de mérito, e porque, a partir da decisão adotada no

⁵⁸¹ Parágrafo 23 da Sentença.

⁵⁸² Parágrafos 153 a 176 da Sentença.

⁵⁸³ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C Nº 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁴ Cf. *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C Nº 344. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁵ Cf. *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C Nº 348. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁶ Cf. *Caso Cuscul Pivalar e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C Nº 359. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁷ Cf. *Caso Muelle Flores Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C Nº 375. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁸ Cf. *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 394. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸⁹ Cf. *Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C Nº 395. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹⁰ Cf. *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C Nº 400. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹¹ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹² Cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 349. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹³ Cf. *Caso Rodríguez Revolorio e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C Nº 387. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto.

Caso Lagos del Campo Vs. Peru, a alegação sobre a incompetência da Corte para se pronunciar sobre uma eventual violação do artigo 26, é um assunto superado (par. 22). Em atenção aos argumentos expostos, a Corte reafirmou sua competência para conhecer e resolver controvérsias relacionadas ao artigo 26 da Convenção Americana, e reiterou que as considerações sobre uma eventual violação desse artigo convencional devem ser feitas na seção de mérito. Em função do exposto, considerou improcedente a exceção preliminar (par. 23).

4. A esse respeito, cumpre recordar que as exceções preliminares são objeções à *admissibilidade* de um assunto ou à *competência* do Tribunal para conhecer de um caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, seja da matéria, do tempo ou do lugar, desde que essas reivindicações tenham o caráter de preliminares.⁵⁹⁴ Aquelas que não tenham essa natureza, como as que se referem ao mérito de um assunto, não podem ser analisadas como tais,⁵⁹⁵ pois o objeto das exceções preliminares é, em última instância, impedir a análise de mérito. Por esse motivo, independentemente da denominação que lhe atribua o Estado, caso, ao analisar suas alegações, se determine que questionam a *admissibilidade* ou a *competência* da Corte para conhecer do caso, deverão ser resolvidas como exceções preliminares, na etapa respectiva do procedimento.⁵⁹⁶

5. Neste caso, o Estado alegou a falta de *competência* da Corte para conhecer da suposta violação do artigo 26 da Convenção Americana, razão pela qual cabia à Corte, determinar se, com efeito, era competente para analisar, de forma direta, uma possível violação do direito ao trabalho. Por esse motivo, a Corte não devia ter, de forma imediata, julgado improcedente a exceção preliminar apresentada e declarado que esse assunto seria analisado na seção de mérito, pois as alegações do Estado se referiam a assuntos preliminares, que deveriam ser resolvidos no momento de decidir a exceção preliminar. Além disso, a meu juízo, a Corte devia ter concluído que não era competente para analisar de forma direta possíveis violações do direito ao trabalho, razão pela qual a exceção preliminar apresentada pelo Estado devia ter sido acolhida. Os argumentos pelos quais considero que a Corte não era competente para analisar de forma direta tais violações são apresentados mais detalhadamente nos parágrafos seguintes.

6. Na presente Sentença, a Corte concluiu que o Brasil é responsável “pela violação dos artigos 19, 24 e 26 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de 60 pessoas falecidas e 6 sobreviventes na explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998.”⁵⁹⁷ A Corte chegou a essa conclusão após considerar, entre outros, que o Estado falhou em seu dever de prevenir acidentes de trabalho. A Sentença salienta que

⁵⁹⁴ Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34; e *Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de março de 2018. Série C Nº 353, par. 97.

⁵⁹⁵ Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 39; e *Caso Herzog e outros Vs. Brasil, supra*, par. 97.

⁵⁹⁶ Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México, supra*; e *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C Nº 340, par. 17.

⁵⁹⁷ Parágrafo 204 da Sentença.

esse dever “é ainda mais relevante devido à dimensão dos fatos do presente caso, que terminaram por afetar gravemente a vida e a integridade pessoal das trabalhadoras e trabalhadores”. (par. 176)

7. Embora compartilhe de forma geral o critério sustentado por meus colegas, o que ficou claro em meu voto em favor do Ponto Resolutivo N° 6 da Sentença, considero importante esclarecer que isso não significa um distanciamento daquilo que afirmei em outros votos dissidentes ou concordantes emitidos anteriormente (supra, par. 2). Reitero que a justiciabilidade dos DESCAs, mediante uma aplicação direta do artigo 26 da Convenção, apresenta, pelo menos, duas grandes falhas: a primeira, que o artigo 26 não contém propriamente um catálogo de direitos, remetendo, antes, à Carta da Organização dos Estados Americanos, que tampouco contém um catálogo de direitos claros e precisos que permita que deles se extraiam obrigações exigíveis dos Estados por meio do sistema de petições individuais.⁵⁹⁸ A segunda, que o argumento utilizado na Sentença para justificar a competência da Corte ignora que os Estados acordaram, no Protocolo de San Salvador, que a competência da Corte para conhecer sobre violações dos DESC, por meio do sistema de petições individuais, está restrita a alguns aspectos do direito à liberdade sindical e do direito à educação.⁵⁹⁹

8. Considerando o exposto, se votei com a maioria de meus colegas foi pela forma como foi agrupada a análise das alegadas violações do direito ao trabalho, dos direitos da criança e do direito à igualdade e não discriminação (Capítulo VIII-2); e pela forma pela qual foram declaradas essas violações, de maneira conjunta, no Ponto Resolutivo N° 6 da Sentença. No entanto, tal como afirmei em meus votos concordantes e dissidentes anteriores, a análise por conexão das violações de assuntos relacionados a essa categoria de direitos produz o mesmo resultado prático que a análise autônoma proposta pela maioria em sentenças recentes, e que se fez nesta Sentença.

9. Nesse sentido, não cabe dúvida de que as violações dos direitos humanos das pessoas que faleceram ou ficaram feridas em consequência da explosão da fábrica de fogos – e que foram declaradas na Sentença –, foram resultado da falta de fiscalização e controle da atividade perigosa de fabricação de fogos de artifício, em que pese o risco que implicava essa atividade. Por essa razão, a meu juízo, a Corte devia ter vinculado a análise sobre o dever de prevenir acidentes de trabalho à análise das violações dos direitos à vida e à integridade. Essa linha argumentativa teria chegado ao mesmo

⁵⁹⁸ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C N° 298. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 7 a 9; *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C N° 340. Voto parcialmente dissidente do Juiz Antonio Humberto Sierra Porto, par. 9; e *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C N° 349. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 3.

⁵⁹⁹ O *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”*, estabelece, em seu artigo 19.6, o seguinte: “*Caso os direitos estabelecidos na alínea “a” do artigo 8º, e no artigo 13, forem violados por ação que pode ser atribuída diretamente a um Estado Parte neste Protocolo, essa situação poderia dar origem, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando for cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”.

resultado prático, sem provocar desgaste institucional e sem a fragilidade argumentativa e probatória que implica a análise contrária. Assim venho afirmando reiteradamente em relação a outros casos.⁶⁰⁰

10. De fato, neste caso, a análise da violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, e que supõe o dever de prevenir acidentes de trabalho, está intimamente ligada aos danos à vida e à integridade pessoal das vítimas falecidas e feridas em consequência da explosão. Inclusive, é bastante difícil estabelecer onde começam e onde terminam as obrigações atinentes a cada direito, cujo descumprimento redundou na declaração de responsabilidade internacional do Estado.

11. O acima exposto implica que, neste caso, era inútil a análise do artigo 26 de maneira autônoma. Com efeito, essa análise acarreta uma duplicidade desnecessária quanto à declaração dos direitos violados, o que se evidencia no fato de que as ações e omissões estatais que configuram a violação do direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à vida e à integridade pessoal são, em essência, as mesmas.

12. Por todo o exposto, esclareço que meu voto em favor do Ponto Resolutivo Nº 6 da Sentença não deve ser entendido como uma aceitação da tese – em meu conceito errada – que a Corte tem sustentado recentemente, sobre a possibilidade de declarar violações autônomas ao artigo 26 da Convenção Americana. Pelo contrário, deve ser entendido como um voto a favor da responsabilidade internacional do Brasil, pela falta de fiscalização da atividade perigosa de fabricação de fogos de artifício, o que redundou na violação dos direitos à vida e à integridade das pessoas falecidas e feridas na explosão na fábrica de fogos, entre as quais se encontravam crianças que, de acordo com a Convenção Americana e a Convenção sobre os Direitos da Criança, deviam ser especialmente protegidas.

13. Isso me leva, ademais, a reiterar meus comentários sobre o alcance dos princípios de interdependência e indivisibilidade em relação à interpretação do artigo 26 da Convenção. Esses princípios salientam que todos os direitos têm igual hierarquia e importância, e que o gozo de um direito depende da realização de outros. No entanto, isso não implica que automaticamente se devam incorporar os DESCAs como direitos autônomos e justiciáveis ao conteúdo da Convenção. Embora seja certo que os direitos estão intrinsecamente conectados, e que o respeito e o gozo de certos direitos e liberdades não podem justificar a negação de outros, esse argumento não é suficiente para modificar a competência de um tribunal, como o propõem aqueles que pretendem a justiciabilidade direta por meio da interpretação ampla do artigo 26 da Convenção.⁶⁰¹ De fato, os princípios de indivisibilidade e interdependência, e a ideia segundo a qual se deve prestar “a mesma atenção e urgente consideração à aplicação, à promoção e à proteção

⁶⁰⁰ Cf. *Caso Rodríguez Revolorio e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2019. Série C Nº 387. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 7.

⁶⁰¹ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 4.

tanto dos direitos civis e políticos como dos direitos econômicos, sociais e culturais”⁶⁰² são coerentes com uma análise dos DESCAs sob a perspectiva da conexão, pois sua aplicação não supõe uma expansão ilimitada das competências da Corte, mas, sim, permite um entendimento amplo dos direitos protegidos pela Convenção, que implique o respeito e a garantia de todos os direitos humanos, inclusive os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.⁶⁰³ Ademais, o fato de que os direitos humanos estejam interrelacionados e, inclusive, sejam considerados não passíveis de fragmentação, não significa que não sejam diferenciáveis entre si e que, conseqüentemente, cada um tenha seu próprio alcance.⁶⁰⁴

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Juiz

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020
(Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas)

INTRODUÇÃO:

EMPRESA E DIREITOS HUMANOS, DIREITO AO TRABALHO, POBREZA, DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL INTERSECCIONAL E IGUALDADE MATERIAL

1. Pode o Estado ser responsável internacionalmente pela violação de direitos humanos ocasionada por atos cometidos por uma empresa privada? Os fatos do presente caso se referem à explosão em uma fábrica de fogos de artifício em que

⁶⁰² Cf. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Diferentes critérios e meios possíveis no Sistema das Nações Unidas para melhorar o gozo efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*. Resolução 32/130, de 16 de dezembro de 1977.

⁶⁰³ Cf. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 349. Voto concordante do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 15.

⁶⁰⁴ Cf. *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C No. 400. Voto parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, par. 11.

morreram 60 pessoas e outras seis ficaram feridas, todas elas mulheres e crianças que trabalhavam na referida fábrica.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte IDH” ou “Tribunal Interamericano”) analisa como a falta de fiscalização de uma empresa privada dedicada à fabricação de fogos de artifício resultou em uma omissão do Estado de proteger os direitos à vida e à integridade pessoal das 66 vítimas. Nesse sentido, a responsabilidade internacional se analisa sob ótica da obrigação estatal de garantia dos direitos, especificamente a *omissão de fiscalização*, tanto dos direitos antes descritos, como a partir da visão das condições de trabalho em empresas e, especialmente, frente a trabalhos nos quais as pessoas se encontram expostas a realizar suas tarefas com materiais perigosos. A obrigação estatal principal analisada é a de adotar “as medidas necessárias” para “prevenir” eventuais violações dos direitos das mulheres trabalhadoras (algumas grávidas) e das crianças que perderam a vida e das pessoas que ficaram gravemente feridas.

3. Cumpre salientar a importante participação da sociedade civil, por meio de escritos de *amicus curiae*.⁶⁰⁵ Esta não é a primeira vez que a Corte IDH se pronuncia sobre a) a discriminação estrutural; b) a discriminação interseccional; c) a discriminação pela posição econômica – analisada sob a ótica da “pobreza” das vítimas —; e d) o conteúdo dos direitos sociais que podem decorrer do artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Pacto de San José”). Não obstante isso, trata-se da primeira oportunidade que a Corte IDH tem de analisar a forma mediante a qual a confluência de diversos fatores presentes nas vítimas em condição de pobreza as submeteu a uma situação de discriminação estrutural frente ao desfrute de condições específicas do direito ao trabalho.

4. A sentença aborda o contexto de *exclusão social* em que se encontram as pessoas que residiam ou residem em alguns bairros do Município de Santo Antônio de Jesus, na região do Recôncavo Sul, Estado da Bahia. Nesse panorama, a fabricação de fogos de artifício constituía a principal fonte de trabalho (senão a única opção laboral) das mulheres que ali se encontravam ou se encontram. Com muito baixo nível de escolaridade e alfabetização, a percepção que delas se tinha atribuía-lhes o rótulo de “pouco confiável, e por essas razões não podiam ter acesso a outro emprego”.⁶⁰⁶ O Tribunal Interamericano considerou que, além da *discriminação estrutural em função da condição de pobreza*, nas vítimas confluíam diferentes desvantagens estruturais que impactaram sua vitimização, desvantagens tanto econômicas quanto sociais, como as

⁶⁰⁵ Os *amicus curiae* foram apresentados: 1) pela Iniciativa para os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (IDESCA), do Laboratório de Direitos Humanos e Justiça Global (LabDH), e pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH); 2) pelo Ministério Público do Trabalho do Brasil; 3) pela Clínica de Defesa de Políticas Públicas na América Latina da Universidade de Nova York; 4) pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia; 5) pela Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público (CDH-IDP); 6) pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas; e 7) por alunos do Mestrado em Direito Internacional da Universidade de La Sabana.

⁶⁰⁶ Cf. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C No. 407, par. 189.

referentes a grupos determinados de pessoas, razão pela qual a *interseção* de fatores de discriminação “aumentou as desvantagens comparativas das supostas vítimas”.⁶⁰⁷

5. A Corte IDH analisa de forma conjunta os artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana, tanto pela discriminação que atingia as vítimas, pela presença de fatores discriminatórios, como pelas desigualdades que experimentavam, pela falta de ações para atenuar a situação em que se encontravam trabalhando, ou para que pudessem ter acesso a outras formas de emprego. É especialmente relevante que a Corte IDH “conclu[a] que, do artigo 24 da Convenção, decorre um mandato destinado a garantir a *igualdade material*” ou *substancial*, o que “implica a obrigação de adotar medidas para garantir que a *igualdade seja real e efetiva*, ou seja, de corrigir as desigualdades existentes, promover a inclusão e a participação dos grupos historicamente marginalizados e garantir às pessoas ou grupos em desvantagem o gozo efetivo de seus direitos; em suma, oferecer às pessoas possibilidades concretas de ver realizada, em seus próprios casos, a *igualdade material*. Para isso, os Estados devem enfrentar *energicamente* situações de exclusão e marginalização”.⁶⁰⁸

6. Compartilho plenamente o decidido na sentença. Emito este voto fundamentado por considerar a necessidade de enfatizar e aprofundar alguns elementos do caso, que considero cruciais no Sistema Interamericano, e que serão abordados da seguinte maneira: I) *Empresas e direitos humanos: a obrigação de garantia estatal frente à ação de particulares* (par. 7 a 23); II) *O direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho para a proteção das condições de segurança, saúde e higiene: mais um passo para o conteúdo do artigo 26 da Convenção Americana* (par. 24 a 51); III) *A pobreza como parte da condição econômica e da discriminação estrutural e interseccional: dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde aos Empregados da Fábrica de Fogos* (par. 52 a 68); IV) *Igual proteção da lei, sem discriminação: da evolução da igualdade formal ao mandato da igualdade real* (par. 69 a 96); V) *A igualdade material ou substancial nas vítimas da explosão da Fábrica de Fogos* (par. 97 a 114); e VI) *Conclusões* (par. 115 a 123).

I. EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS:

A OBRIGAÇÃO DE GARANTIA ESTATAL FRENTE À AÇÃO DE PARTICULARES

7. A Corte IDH tem sido coerente em sua jurisprudência, ao declarar que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida por particulares dentro de sua jurisdição. O caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica sua responsabilidade ilimitada frente a qualquer ato de particulares. Assim, embora um ato, omissão ou

⁶⁰⁷ As vítimas no presente caso “compartilham fatores específicos de discriminação que atingem as pessoas em situação de pobreza, as mulheres e os afrodescendentes, mas, ademais, enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, por estar grávidas, por ser meninas ou por ser meninas e estar grávidas”. Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 191.

⁶⁰⁸ *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 199.

ação de um particular tenha como consequência jurídica a violação dos direitos de outro, estes não são automaticamente atribuíveis ao Estado, cabendo analisar as circunstâncias particulares do caso e a concretização das obrigações de garantia.⁶⁰⁹ Nesse sentido, se deverá verificar se é atribuível ao Estado a responsabilidade internacional em cada caso concreto.⁶¹⁰

8. A responsabilidade internacional do Estado se fundamenta em ações ou omissões de qualquer de seus órgãos ou poderes, independentemente da hierarquia, que violem os direitos reconhecidos na Convenção.⁶¹¹ Por conseguinte, os Estados se comprometem não só a respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos (obrigação negativa), mas também a adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).⁶¹² Nesse sentido, a Corte IDH estabeleceu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre.⁶¹³

9. Cumpre lembrar que, no presente caso, a Corte IDH concluiu que as violações do direito à vida e à integridade pessoal, dos direitos das crianças e do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias (que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho) se deveram às omissões ou inações estatais,⁶¹⁴ que levaram à explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus, em que perderam a vida 60 pessoas (mulheres e crianças) e da qual 6 pessoas sobreviveram com lesões. A obrigação principal analisada neste caso era a de adotar “as medidas necessárias” para “prevenir” eventuais violações dos direitos das mulheres trabalhadoras e das crianças, e a forma idônea de garantir essa prevenção era “a fiscalização”, obrigação que inclusive estava estabelecida na própria legislação nacional. A obrigação de fiscalizar ou supervisionar (ou de “inspecionar”, como se denomina em algumas legislações nacionais) era de fundamental importância para garantir os direitos que neste caso foram analisados.⁶¹⁵

10. Na sentença se invocam os *Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos* (doravante denominados “PREDH” ou “princípios de

⁶⁰⁹ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 123; e *Caso Gómez Virula e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 393, par. 56.

⁶¹⁰ Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 99 e 125; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298, par. 170.

⁶¹¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito. Sentença* de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 164; e *Caso Díaz Loreto e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2019. Série C Nº 392, par. 69.

⁶¹² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 165 e 166; e *Caso Noguera e outra Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de março de 2020. Série C Nº 401, par. 65.

⁶¹³ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia, supra*, par. 111; e *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C Nº 341, par. 82.

⁶¹⁴ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 139.

⁶¹⁵ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra*, par. 138 e 203. 4

Ruggie”) para “reforçar” as obrigações estatais frente às atividades empresariais, neste caso de caráter perigoso ou de alto risco.⁶¹⁶ Embora não seja a primeira vez que a Corte IDH recorre aos PREDH,⁶¹⁷ é o primeiro caso em que a aplicação daquilo que consta dos referidos princípios encontra uma visão harmônica quanto às obrigações que devem ser observadas a partir dos artigos 1.1 e 2 do Pacto de San José, bem como de outros instrumentos internacionais (como as Convenções 81 e 155 da Organização Internacional do Trabalho) e das interpretações que contemplam obrigações para os Estados nesse tipo de contexto.⁶¹⁸

11. Desse modo, os princípios de Ruggie partem da ideia de que os Estados devem zelar por três princípios (ou obrigações básicas), no contexto de atividades empresariais que se encontrem sob sua jurisdição: *proteger, respeitar e remediar*. Nesta seção – dados os fatos do caso, ou seja, a ação de particulares –, unicamente me centrarei na obrigação de proteger. No entanto, as obrigações de respeitar e de remediar, bem como a de proteger, são fundamentais para a vigência dos direitos humanos nesse tipo de situação.⁶¹⁹

12. Os *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos* ressaltam que os Estados “devem proteger contra as violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive as empresas”.⁶²⁰ O exposto é relevante porquanto, embora se entenda que os Estados não são, *per se*, responsáveis pela ação de particulares, eventualmente podem sê-lo, caso, por um lado, não tenham adotado medidas e, por outro, não tenham tornado efetivas essas medidas adotadas, para garantir - de forma preventiva – os direitos humanos que possam estar em jogo.

13. Por outro lado, os PREDH enunciam que os Estados também têm o dever de cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer com que as empresas respeitem os direitos humanos, mas também devem “avaliar periodicamente se

⁶¹⁶ Quanto ao direito à vida e à integridade pessoal, e aos direitos das crianças, a Corte IDH estabeleceu a responsabilidade internacional pelas “omissões” constatadas. No caso do direito às condições de trabalho equitativas e satisfatórias, a responsabilidade internacional foi determinada pela ocorrência dos fatos, sem que o Estado “exercesse”, “ou empreendesse alguma ação”. Sobre a violação da proibição do trabalho infantil, a Corte IDH ressaltou que a responsabilidade internacional teve início “ao não adotar as medidas”. Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 150, 175, 176 e 181.

⁶¹⁷ Cf. *Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2015. Série C Nº 309, par. 224. Cf. ONU, *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: implementação no âmbito das Nações Unidas para “proteger, respeitar e remediar”*. Relatório do Representante Especial do Secretário-Geral para a Questão dos Direitos Humanos e das Empresas Transnacionais e Outras Empresas, John Ruggie. Apresentado no 17º Período de Sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, A/HRC/17/31, 21 de março de 2011. O Conselho de Direitos Humanos avaliou esses princípios e criou um comitê para promover sua implementação. Cf. Conselho de Direitos Humanos, Resolução 17/4, UN Doc. A/HRC/17/4, 6 de julho de 2011. Ver também *A Responsabilidade das Empresas de Respeitar os Direitos Humanos: Guia para a interpretação*.

⁶¹⁸ Laudo pericial apresentado à Corte IDH por Christian Courtis. Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C Nº 407, par. 164 e 165.

⁶¹⁹ Cf. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*, Princípios: 11 a 24 e 25 a 31.

⁶²⁰ Cf. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*, princípio 1.

essas leis são adequadas e remediar eventuais carências”.⁶²¹ Finalmente, os princípios estabelecem que os Estados, como garantes dos direitos humanos das pessoas que se encontram em sua jurisdição, “devem exercer uma supervisão adequada, com vistas a cumprir suas obrigações internacionais”,⁶²² em especial mediante mecanismos adequados e independentes de supervisão e de responsabilização.

14. Como se mencionou, o decidido pela Corte IDH é coerente com as obrigações dos Estados na área dos direitos humanos e das empresas. Desse modo, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “CIDH” ou “Comissão Interamericana”), em relatório recente denominado *Empresas e Direitos Humanos: Normas Interamericanas*, definiu que, na estrutura convencional – derivada das obrigações gerais contempladas no Pacto de San José –, pode-se entender que o exposto nos princípios de Ruggie tem lugar no Sistema Interamericano.

15. Do referido relatório se deduz que as obrigações dos Estados frente a particulares que atuem mediante empresas se traduzem em quatro subobrigações – ou deveres – que podem ser compreendidos na obrigação de “garantir” e “adequar o direito interno” (art. 1.1 e 2 da Convenção Americana). Essas quatro subobrigações são: i) dever de prevenir violações dos direitos humanos no âmbito de atividades empresariais; ii) dever de regulamentar e adotar disposições de direito interno; iii) dever de fiscalizar tais atividades; e iv) dever de investigar, punir e assegurar o acesso a reparações integrais para as vítimas nesses contextos.⁶²³ No entanto, na minha perspectiva, os deveres ii) e iii) são, na realidade, expressões de como se pode se pode executar a prevenção, conforme será exposto a seguir.

16. A Corte IDH já elucidou, desde sua primeira decisão, que a obrigação de garantir implica uma ampla gama de ações por parte do Estado.⁶²⁴ Um dos primeiros passos para a garantia dos direitos humanos é a “prevenção”. Sobre essa faceta da obrigação de garantir, o Tribunal Interamericano salientou que essa obrigação é de meio ou de comportamento e que não se demonstra seu descumprimento pelo mero fato de que um direito tenha sido violado.⁶²⁵ Em outras palavras, o descumprimento não decorre da plena efetividade dessas medidas, mas, pelo menos, se espera que surtam resultados consideráveis e que sejam suficientes para considerar que existiu

⁶²¹ Cf. Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, princípio 3, a).

⁶²² Cf. Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, princípio 5. 5

⁶²³ Cf. CIDH e REDESCA, *Relatório sobre Empresas e Direitos Humanos: Normas Interamericanas*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de novembro de 2019, par. 86.

⁶²⁴ “A segunda obrigação dos Estados Partes é a de “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita a sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, na hipótese de que seja pertinente, a reparação dos danos causados pela violação dos direitos humanos”. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, *supra*, par. 166.

⁶²⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, *supra*, par. 166; e *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C N° 400, par. 208.

uma evolução da situação inicial para uma situação atual, para o que será desejável que esses avanços sejam mensuráveis.

17. Em correlação com o acima exposto, a Corte IDH já expressou que os Estados devem adotar “medidas integrais para cumprir o dever de prevenção”. Em especial, os Estados devem dispor de uma estrutura jurídica de proteção, e contar com sua aplicação efetiva e com políticas de prevenção e práticas que permitam agir de uma maneira eficaz ante as denúncias de violações de direitos humanos. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, ao mesmo tempo, fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva frente à violação de direitos humanos em questão. Do mesmo modo, os Estados devem adotar medidas de proteção em casos específicos em que seja evidente que determinados grupos de pessoas podem sofrer danos a seus direitos.⁶²⁶

18. Um primeiro elemento que se desprende do exposto pelo Tribunal Interamericano é a obrigação de contar com uma *estrutura jurídica de proteção*, ou seja, regular. Conforme a interpretação dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, “a obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais não se limita ao texto constitucional ou legislativo, mas deverá se estender a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e traduzir-se na efetiva aplicação prática das normas de proteção dos direitos humanos”.⁶²⁷ Não obstante isso, não basta a adoção ou adequação da legislação interna, mas, juntamente com a regulamentação, a fim de tornar operacional o contemplado na norma, é necessário que se disponha de um aparato institucional que tenha competência sobre essa norma.⁶²⁸

19. Tampouco basta a existência formal de um aparato institucional a que se delegue a competência, sendo necessário que efetivamente esse aparato, na prática, zele pela materialização do que foi regulamentado. Para isso, como segundo elemento, *as obrigações de fiscalização, supervisão ou inspeção* assumem especial relevância, por ser o *meio* que permite às autoridades ou instituições vigiar a ação dos entes particulares frente a direitos que o Estado reconhece e se comprometeu a garantir.

20. A jurisprudência da Corte IDH já teve a oportunidade de se pronunciar concretamente sobre a fiscalização ou supervisão na área da saúde,⁶²⁹ razão pela qual as mesmas obrigações, no âmbito das empresas e da vigilância de direitos humanos, e, concretamente, no âmbito laboral, desempenham papel fundamental.

21. A Comissão Interamericana determinou a importância da supervisão, fiscalização ou inspeção na área trabalhista entre particulares, em especial para

⁶²⁶ *Mutatis mutandi*, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C Nº 318, par. 320.

⁶²⁷ Ver, *inter alia*, *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*. Parecer Consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Série A Nº 21, par. 65.

⁶²⁸ Cf. CIDH e REDESCA, *Relatório sobre Empresas e Direitos Humanos: Normas Interamericanas*, *supra*, par. 105.

⁶²⁹ A jurisprudência da Corte IDH não fez distinção entre ambas as acepções, motivo por que devem ser entendidas como sinônimos.

controlar e supervisionar os horários das jornadas de trabalho,⁶³⁰ as condições de trabalho que poderiam ter alguma repercussão sobre a vida, a integridade ou a saúde dos trabalhadores,⁶³¹ a falta de segurança nas atividades que os trabalhadores executam⁶³² ou a exploração de seu trabalho.⁶³³

22. Por sua vez, embora a Corte IDH não tivesse abordado propriamente a inspeção laboral como parte da responsabilidade internacional, em um caso sobre trabalhos forçados e formas contemporâneas de escravidão, ressaltou que, no “[t]ocante à obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 6 da Convenção Americana, [...] os Estados têm a obrigação de: [...] iv) realizar fiscalizações ou outras medidas de detecção destas práticas [...]”⁶³⁴ (grifo nosso). Pronunciamento que claramente é aplicável à proteção do direito às condições dignas de trabalho.

23. Finalmente, é importante destacar que, conforme expôs a Comissão Interamericana, a prevenção estará em jogo quando “o próprio Estado gere ou consolide uma situação de risco para o desfrute dos direitos humanos”. Ou seja, “também poderá descumprir essas obrigações sempre que seu comportamento prévio seja tal que tenha criado ou contribuído de maneira decisiva para a existência do risco para a concretização de alguma violação no caso particular”. Para “vincular um comportamento estatal à criação do risco será necessário estabelecer a conexão de ações ou omissões concretas com a criação ou consolidação de situações de risco reais para a prática de violações de direitos humanos, neste caso, vinculadas a ações empresariais”.⁶³⁵ Circunstâncias que, como se abordou na sentença, levaram à responsabilidade internacional neste caso.

II. O DIREITO A CONDIÇÕES EQUITATIVAS E SATISFATÓRIAS DE TRABALHO PARA A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA, SAÚDE E HIGIENE: MAIS UM PASSO PARA O CONTEÚDO DO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA

24. Embora na sentença sejam analisados em uma seção os direitos à vida e à integridade pessoal e, em outra, o direito ao trabalho, é relevante fazer notar que – dada a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos –, as violações devem ser compreendidas de forma integral, ou seja, o descumprimento (por inação e omissão) da obrigação de prevenção, frente a um dever concreto e expresso (fiscalizar, supervisionar ou inspecionar), provoca impacto em cada uma das violações constatadas.

25. Assim, não estava em discussão se o Estado havia regulamentado, ou não, de forma preventiva, as atividades consideradas perigosas, como parte da obrigação de garantia. No caso, analisou-se se essa legislação havia sido implementada pelas

⁶³⁰ Cf. CIDH. *Situação dos Direitos Humanos em Honduras*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15, 31 de dezembro de 2015, par. 405-415.

⁶³¹ Cf. CIDH. *Situação dos Direitos Humanos em Honduras*, *supra*, par. 427-435.

⁶³² Cf. CIDH. *Situação dos Direitos Humanos em Honduras*, *supra*, par. 427-435.

⁶³³ Cf. CIDH. *Situação dos Direitos Humanos em Honduras*, *supra*, par. 427-435; e *Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31 de dezembro de 2015, par. 565-574 e 653.14.

⁶³⁴ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 319.

⁶³⁵ Cf. CIDH e REDESCA, *Relatório sobre Empresas e Direitos Humanos: Normas Interamericanas*, *supra*, par. 96.

autoridades competentes e se a atuação dessas autoridades havia prevenido – mediante a fiscalização, a supervisão ou a inspeção – as violações dos direitos humanos. Dessa forma, a conduta omissa e inativa do Estado nos contextos de empresas particulares compromete a responsabilidade internacional, tanto nas evoluções normativas sobre empresas e direitos humanos, como no quadro convencional desenvolvido pela jurisprudência da Corte IDH.

26. A intenção da presente seção é sustentar a importância da *fiscalização, supervisão ou inspeção* como mecanismos de garantia e prevenção dos direitos trabalhistas nos contextos de relações entre particulares. Para isso, em primeiro lugar, abordarei “o conteúdo do direito identificado no presente caso”, derivado do artigo 26 do Pacto de San José, e, posteriormente, externarei algumas considerações sobre a importância da *fiscalização ou inspeção* como mecanismos preventivos para as condições equitativas e satisfatórias do direito ao trabalho, que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho.

A. Sobre o conteúdo do direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho

27. O direito ao trabalho tem constituído um elo fundamental na linha jurisprudencial relativa aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (doravante denominados “DESCA”) desde o *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*.⁶³⁶ Neste mesmo período de sessões (realizado pela primeira vez de forma virtual, devido à pandemia), decidiu-se o *Caso Spoltore Vs. Argentina*, quando expressei, em voto fundamentado, que “[j]á desde o *Caso Lagos del Campo* a jurisprudência do Tribunal Interamericano vinha identificando as diferentes formas pelas quais o direito ao trabalho se projeta, como o direito dos empregadores e trabalhadores de se associar livremente para a defesa e promoção de seus interesses [...]”.⁶³⁷

28. No *Caso Spoltore* a Corte IDH definiu que o direito às condições equitativas e satisfatórias, “como componente e parte do direito ao trabalho”,⁶³⁸ decorria do artigo 45.b) da Carta da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada

⁶³⁶ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C Nº 340, par. 153 e 154. Nesse sentido, no *Caso San Miguel Sosa e outras*, salientei que “[o] caso *San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela* complementa a visão que de maneira rápida o Tribunal Interamericano teve sobre os direitos sociais e sua exigibilidade direta ante essa instância judicial. Nesse sentido, a tríade de casos laborais, *Lagos del Campo, Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros e, agora, o Caso San Miguel Sosa e outras*, permitem esboçar uma série de normas que devem ser levadas em consideração nos exercícios de controle de convencionalidade em sede interna e estendidas ao diálogo jurisprudencial existente entre o âmbito internacional interamericano e a esfera nacional dos Estados Partes na Convenção Americana. Cf. *Voto concordante e parcialmente dissidente sobre o Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C Nº 348, par. 27. Ver a matéria no voto emitido no *Caso Spoltore Vs. Argentina*.

⁶³⁷ O Tribunal Interamericano concluiu que “o Estado é responsável pela violação dos artigos 16.1 e 26 em relação aos artigos 1.1, 13 e 8 da Convenção Americana, em prejuízo do senhor Lagos del Campo”. Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, supra*, par. 158, 163 e Ponto resolutivo 6.

⁶³⁸ Cf. *Caso Spoltore Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Série C Nº 404, par. 83.

“Carta da OEA”). Considerou-se que existia uma referência com suficiente grau de especificidade do direito a condições de trabalho para se deduzir sua existência e reconhecimento implícito na referida Carta.⁶³⁹ Desse modo, assim o fez em outros casos,⁶⁴⁰ a sentença recorreu à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a um *corpus iuris internacional* e à Constituição da Argentina para delimitar o conteúdo, de forma não limitativa, do que poderiam abranger as condições “equitativas e satisfatórias”.⁶⁴¹ Não obstante isso, naquele caso, a Corte IDH abordou unicamente esse direito no âmbito do acesso à justiça, ou seja, não se desenvolveu um conteúdo substancial e obrigacional em relação às condições equitativas e satisfatórias que compreendessem condições de segurança, saúde e higiene no trabalho.

29. Diferentemente do *Caso Spoltore*, no presente caso, o Tribunal Interamericano, embora utilize o mesmo fundamento normativo para extrair o direito, tece importantes considerações sobre seu conteúdo substancial. Por exemplo, a sentença salienta que “levando em conta os fatos e as particularidades do presente caso”, o direito ao trabalho implica que:

174. [...] o trabalhador possa realizar seu trabalho em condições adequadas de segurança, higiene e saúde, que previnam acidentes de trabalho, o que é especialmente relevante quando se trata de atividades que implicam riscos significativos para a vida e a integridade das pessoas. Além disso, de forma específica, à luz da legislação brasileira, esse direito implica a adoção de medidas de prevenção e redução de riscos inerentes ao trabalho e de acidentes de trabalho; a obrigação de proporcionar equipamentos de proteção adequados frente aos riscos decorrentes do trabalho; a caracterização, a cargo das autoridades de trabalho, da insalubridade e da insegurança no trabalho; e a obrigação de fiscalizar essas condições, também a cargo das autoridades de trabalho.⁶⁴²

⁶³⁹ Cf. *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 84.

⁶⁴⁰ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*, *supra*; *Parecer Consultivo OC-23/17*, de 15 de novembro de 2017. *Meio ambiente e direitos humanos (Obrigações estatais em relação ao meio ambiente no âmbito 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)*. Série A Nº 23; *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C Nº 344; *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C Nº 348; *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 349; *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C Nº 359; *Caso Muelle Flores Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C Nº 375; *Caso da Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 394; *Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C Nº 395; e *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*, *supra*.

⁶⁴¹ Cf. *Caso Spoltore Vs. Argentina*, *supra*, par. 84 a 87.

⁶⁴² Cf. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 174.

30. Dessa conceituação que oferece a Corte IDH em sua sentença, podemos extrair *quatro elementos* que merecem ser destacados. Em primeiro lugar – como já foi amplamente exposto na Seção I deste voto – devem-se adotar medidas para prevenir. Em segundo lugar, a prevenção pode encontrar sua materialização (em especial na ação de particulares) na fiscalização. Em terceiro lugar, a prevenção deve se concentrar na “redução de riscos inerentes ao trabalho e de acidentes de trabalho”. Em quarto lugar, os riscos que especialmente devem ser reduzidos são aqueles que impliquem “riscos significativos” para a vida e a integridade das pessoas.⁶⁴³

31. Parte do conteúdo que a Corte IDH identificou como aplicável no presente caso provém do indicado nas Convenções Nº 81 e Nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, mas em especial das interpretações a que procedeu o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nas Observações Gerais Nºs 14, 18 e 23. Por outro lado, a legislação brasileira foi de especial relevância, pois contém importantes diretrizes do conteúdo das condições equitativas e satisfatórias para garantia do direito ao trabalho.⁶⁴⁴ Entre outras considerações, por exemplo, que a fabricação de fogos é considerada “uma atividade perigosa”.⁶⁴⁵

B. Sobre a importância da fiscalização como meio de prevenção de riscos e acidentes de trabalho

32. O caso que motiva o presente voto constitui o primeiro pronunciamento sobre as obrigações no âmbito das “atividades perigosas” dentro das condições laborais. No entanto, o que a Corte IDH decidiu não é alheio à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “Tribunal Europeu” ou “Tribunal de Estrasburgo”) e do Comitê Europeu de Direitos Sociais (doravante denominado “Comitê Europeu”), como se exporá a seguir.

33. Na sentença, a Corte IDH considerou que:

⁶⁴³ A Corte IDH se referiu aos “riscos significativos” no contexto do direito ao meio ambiente e dos direitos humanos: “135. A Corte Internacional de Justiça salientou que a obrigação de prevenção surge quando há risco de um dano significativo. De acordo com esse tribunal, o caráter significativo de um risco pode ser determinado levando em conta a natureza e a dimensão do projeto e o contexto em que será realizado”; e “136. Do mesmo modo, os artigos sobre a Prevenção do Dano Transfronteiriço Resultante de Atividades Perigosas, da Comissão de Direito Internacional, só abrangem as atividades que possam implicar um dano significativo, padrões fáticos e objetivos. Por outro lado, a Comissão de Direito Internacional salientou que o Estado de origem não é responsável por prevenir riscos que não sejam previsíveis. Não obstante isso, observou que, de forma paralela, os Estados têm a obrigação de continuamente identificar as atividades que impliquem esse tipo de risco significativo”. *Meio ambiente e direitos humanos (Obrigações estatais em relação ao meio ambiente no âmbito 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)*, *supra*.

⁶⁴⁴ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 164 a 171.

⁶⁴⁵ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 164 a 168 e 170 e 171.

175. [...] Tudo [...] ocorreu sem que o Estado exercesse qualquer atividade de supervisão ou fiscalização *destinada a verificar as condições* oferecidas àqueles que trabalhavam na fábrica de fogos, ou empreendesse alguma ação voltada para a *prevenção de acidentes*, embora a atividade desenvolvida na fábrica fosse caracterizada pela legislação como especialmente perigosa.

176. Conforme o exposto, o Estado violou o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, na medida em que *falhou em seu dever de prevenir acidentes de trabalho*. Esse dever se mostra ainda mais relevante diante da dimensão dos fatos do presente caso, *que terminaram por afetar gravemente a vida e a integridade pessoal das trabalhadoras e trabalhadores*. Neste caso, apesar de o Brasil ter cumprido seu dever de regulamentar a atividade desenvolvida na fábrica de fogos (*supra* par. 171), *falhou no exercício do controle e da fiscalização das condições de trabalho, como medida necessária para a prevenção de acidentes*. Isso, embora as relações de trabalho exijam supervisão por parte do Estado, sobretudo quando se trata do exercício de atividades perigosas [...] ⁶⁴⁶ (grifo nosso).

34. No *Caso Lagos del Campo*, já se havia ressaltado que, no contexto das obrigações de proteção que cabem aos Estados no âmbito do direito ao trabalho, nas relações entre particulares (naquele caso se analisou o aspecto relativo “à estabilidade laboral”), encontra-se, entre outras, a de “adotar as medidas adequadas para a devida regulamentação e fiscalização” ⁶⁴⁷.

35. A jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo teve a oportunidade de analisar contextos de atividades denominadas “perigosas” da perspectiva do artigo 2 (direito à vida) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. ⁶⁴⁸ Externou que a obrigação positiva estabelecida nessa disposição pode ser interpretada como aplicável no contexto de qualquer atividade, pública ou não, em que possa estar em jogo o direito à vida, e *a fortiori*, no caso de atividades industriais que, por sua própria natureza sejam

⁶⁴⁶ Cf. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 175 e 176.

⁶⁴⁷ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*, *supra*, par. 149.

⁶⁴⁸ Em sentido similar, o Comitê de Direitos Humanos se manifestou na Observação Geral Nº 36 sobre o direito à vida, ao ressaltar que a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o direito à vida é extensível às hipóteses razoavelmente previsíveis de ameaças e situações de risco à vida, que possam ocasionar mortes. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 36, Direito à vida*, CCPR//C/GC/36, 3 de setembro de 2019, par. 7. Até o momento, o referido Comitê analisou essa situação em um caso sobre meio ambiente e danos à vida, em virtude do uso de agroquímicos que, a critério do Comitê, constituíam “ameaças à vida dos autores que eram razoavelmente previsíveis pelo Estado Parte”. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Norma Portillo López Vs. Paraguai*, CCPR/C/126/D/2751/2016, 25 de julho de 2019, par. 7.3 e 7.5.

perigosas,⁶⁴⁹ como a operação de locais de coleta de dejetos,⁶⁵⁰ testes nucleares,⁶⁵¹ casos relacionados com emissões tóxicas de uma fábrica de fertilizantes⁶⁵² ou a exposição dos trabalhadores a materiais que possam prejudicar sua saúde em um local de trabalho administrado por uma entidade de caráter público e controlada pelo Governo.⁶⁵³

36. Especificamente, a jurisprudência do Tribunal Europeu não só aplicou essas obrigações no âmbito de pessoas que perderam a vida, mas também considerou que podem ser aplicadas “quando exista um risco grave de morte posterior”.⁶⁵⁴

37. Por sua vez, o Comitê Europeu de Direitos Sociais abordou o tema com base nos direitos contemplados nos artigos 2.4⁶⁵⁵ e 3⁶⁵⁶ da Carta Social Europeia (doravante denominada “Carta Social”). Sobre o artigo 2.4, salientou que, frente aos denominados trabalhos perigosos e insalubres e à exposição dos trabalhadores a esse tipo de atividade, deverão esses trabalhadores gozar de férias pagas adicionais ou de redução de horas de trabalho,⁶⁵⁷ critério compartilhado de certo modo pelo Tribunal Europeu.⁶⁵⁸ Sobre o direito a condições seguras e saudáveis, contemplado no artigo 3 da Carta Social, o Comitê Europeu destacou que o referido direito estaria vinculado ao direito à integridade pessoal; desse modo, os Estados, ao aceitar o referido

⁶⁴⁹ Cf. TEDH, *Caso Brincat e outros Vs. Malta*, sentença de 24 de julho de 2014, par. 79.

⁶⁵⁰ Cf. TEDH, *Caso Önerildiz Vs. Turquia*, sentença de 30 de novembro de 2011, par. 71.

⁶⁵¹ Cf. TEDH, *Caso L.C.B. Vs. Reino Unido*, sentença de 9 de junho de 1998, par. 36.

⁶⁵² Cf. TEDH, *Caso Guerra e outros Vs. Itália*, sentença de 19 de fevereiro de 1998, par. 60 e 62, embora nesse caso o Tribunal tenha considerado que não era necessário examinar a questão, em virtude do artigo 2, já que se havia examinado segundo o artigo 8.

⁶⁵³ Cf. TEDH, *Caso Brincat e outros Vs. Malta*, sentença de 24 de julho de 2014, par. 81.

⁶⁵⁴ Os exemplos incluem casos em que a integridade física de um solicitante se viu ameaçada pela ação de um terceiro (TEDH, *Caso Osman Vs. Reino Unido*, sentença de 28 de outubro de 1998, par. 115-122) ou como resultado de uma catástrofe que não deixou dúvidas sobre a existência de uma ameaça à integridade física dos solicitantes (TEDH, *Caso Budayeva e outros Vs. Rússia*, sentença de 29 de março de 2008, par. 146).

⁶⁵⁵ Ver “Artigo 2. Direito a condições de trabalho equitativas. Para garantir o exercício efetivo do direito a condições de trabalho equitativas, as Partes se comprometem: [...] 4 a eliminar os riscos inerentes às ocupações perigosas ou insalubres e, nos casos em que não tenha sido possível eliminar ou reduzir suficientemente esses riscos, a assegurar aos trabalhadores empregados nessas ocupações uma redução das horas de trabalho, ou dias de descanso pagos de maneira suplementar [...]”.

⁶⁵⁶ Ver “Artigo 3. Direito à segurança e higiene no trabalho. Para garantir o exercício efetivo do direito à segurança e higiene no trabalho, as Partes se comprometem, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores: 1. a formular, aplicar e revisar periodicamente uma política nacional coerente sobre segurança e higiene no trabalho e sobre o ambiente de trabalho. Essa política terá como objetivo principal o melhoramento da segurança e da higiene no trabalho e a prevenção de acidentes e de danos à saúde, decorrentes do trabalho, ou com ele relacionados, ou que ocorram durante seu curso, em especial, minimizando as causas dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho; 2. a promulgar regulamentos de segurança e higiene; 3. a adotar as medidas precisas para controlar a aplicação de tais regulamentos; 4. a promover o estabelecimento progressivo de serviços de higiene no trabalho para todos os trabalhadores, com funções essencialmente preventivas e de assessoramento”.

⁶⁵⁷ Cf. CEDS, *Caso STTK ry e Tehy ry Vs. Finlândia*, Queixa No. 10/2000, decisão de 17 de outubro de 2001, par. 27.

⁶⁵⁸ Cf. TEDH, *Caso Brincat e outros Vs. Malta*, sentença de 24 de julho de 2014, par. 115. Nesse caso, o Tribunal analisou o argumento estatal segundo o qual aos trabalhadores que haviam estado expostos ao amianto, após ter o governo tomado conhecimento dos riscos dessa substância, foram oferecidas compensações ou um subsídio especial para realizar o trabalho. Não obstante isso, o TEDH rejeitou esse argumento, uma vez que o governo não havia prestado informação sobre se os demandantes desse caso tinham direito à indenização e se a haviam aceitado ou recebido; nem sobre o momento em que se dispôs efetivamente essa compensação. Por isso, a critério do Tribunal, os argumentos do Estado foram apenas uma afirmação abstrata (par. 115).

dispositivo da Carta Social, comprometem-se a garantir “o direito à integridade física e mental no trabalho”, como obrigação principal.⁶⁵⁹

38. Como ponto de partida, ambos os órgãos coincidem em que a regulamentação é fundamental quando se trata de atividades perigosas. O Tribunal Europeu especificou que, uma vez que um Estado tenha autorizado atividades perigosas, deve garantir, mediante um sistema de normas e controles suficientes, que o risco se reduza a um mínimo razoável;⁶⁶⁰ razão pela qual a responsabilidade internacional pode surgir não só diante da ausência de legislação, mas também por uma legislação insuficiente na matéria.⁶⁶¹ Por sua vez, o Comitê Europeu ressaltou que, para garantir o direito contemplado no artigo 3 da Carta Social, devem-se expedir regulamentações de saúde e segurança no trabalho, que garantam a prevenção e a proteção no local de trabalho contra os riscos reconhecidos pela comunidade científica e regulamentados em âmbito comunitário e internacional,⁶⁶² o que é coerente com o entendimento do Sistema Interamericano. Não obstante isso, o Tribunal de Estrasburgo também especificou que, “embora exista o dever principal de estabelecer uma estrutura legislativa e administrativa, não se pode descartar a possibilidade, *a priori*, de que, em certas circunstâncias específicas, na ausência das disposições legais pertinentes, obrigações positivas possam ser cumpridas na prática, mediante a adoção de medidas compatíveis com as circunstâncias.”⁶⁶³

39. Por outro lado, sobre a importância da fiscalização como meio de prevenção, o Tribunal Europeu especificou que, caso surja um dano, a violação do Estado também poderia decorrer do controle insuficiente da atividade que se encontra regulamentada.⁶⁶⁴ Em sentido similar, o Comitê Europeu especificou que o contemplado no artigo 3 não se garante “com o funcionamento da legislação”, mas que é necessário que se aplique de “maneira efetiva e se supervisione rigorosamente”;⁶⁶⁵ desse modo, o referido Comitê afirmou que “o controle, a supervisão ou a inspeção

⁶⁵⁹ Cf. CEDS, *Caso Confederação Geral Italiana do Trabalho (CGIL) Vs. Itália*, Queixa Nº 91/2013, decisão de 12 de outubro de 2005, par. 275 e 276.

⁶⁶⁰ Cf. TEDH, *Caso Binişan Vs. Romênia*, sentença de 20 de maio de 2014, par. 72; e *Caso Kalender Vs. Turquia*, sentença de 15 de dezembro de 2009, par. 43-47.

⁶⁶¹ Cf. TEDH, *Caso Binişan Vs. Romênia*, sentença de 20 de maio de 2014, par. 72; e *Caso Kalender Vs. Turquia*, sentença de 15 de dezembro de 2009, par. 43-47.

⁶⁶² Cf. CEDS, *Caso Fundação Marangopoulos para os Direitos Humanos (MFHR) Vs. Grécia*, Queixa Nº 30/2005, decisão de 6 de dezembro de 2006, par. 224.

⁶⁶³ Cf. TEDH, *Caso Brincat e outros Vs. Malta*, sentença de 24 de julho de 2014, par. 112: No caso, o TEDH analisou que, durante um lapso de tempo, não se havia legislado sobre a proteção dos efeitos nocivos do amianto. Com esse entendimento, o TEDH observou que aos trabalhadores haviam sido fornecidas máscaras descartáveis, mas que, de acordo com peritos, eram de “qualidade inadequada”. Desse modo, constatou que não haviam sido adotadas medidas adicionais, além da mencionada, e que a situação se agravava, levando em consideração a ausência de regulamentação sobre os riscos, e de ações para remediar esses riscos, em virtude da exposição ao amianto durante um espaço de tempo. Portanto, inclusive, frente a essas ações, a ação estatal era insuficiente.

⁶⁶⁴ Cf. TEDH, *Caso Binişan Vs. Romênia*, sentença de 20 de maio de 2014, par. 72; e *Caso Kalender Vs. Turquia*, sentença de 15 de dezembro de 2009, par. 43-47.

⁶⁶⁵ Cf. CEDS, *Caso Confederação Geral Italiana do Trabalho (CGIL) Vs. Itália*, Queixa Nº 91/2013, decisão de admissibilidade e mérito, de 12 de outubro de 2005, par. 276; e *Caso Comissão Internacional de Juristas Vs. Portugal*, Queixa Nº 1/1998, decisão de 9 de setembro de 1999, par. 32.

do cumprimento das normas sobre segurança e saúde no trabalho, exigidas pelo artigo 3, é uma *condição sine qua non* para a efetividade do direito garantido pelo referido artigo”.⁶⁶⁶

40. Em correlação com o acima exposto, o Comitê DESC, na Observação Geral Nº 23, considerou que, por exemplo, no âmbito da obrigação de proteger “[o]s Estados Partes deveriam zelar por que os mandatos das inspeções de trabalho [...] incluam as condições de trabalho no setor privado e proporcionem orientação aos empregadores e às empresas”.⁶⁶⁷

41. O acima exposto se complementa com o estabelecido na Convenção Nº 81 da OIT, de 1947, sobre a inspeção do trabalho, que dispõe que os Estados Partes devem “manter um sistema de inspeção do trabalho nos estabelecimentos industriais”,⁶⁶⁸ que esse sistema “será aplicado a todos os estabelecimentos a respeito dos quais os inspetores do trabalho estejam encarregados de zelar pelo cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão”,⁶⁶⁹ e estará encarregado de “zelar pelo cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como os dispositivos sobre horas de trabalho, salários, segurança, higiene e bem-estar, emprego de menores e demais dispositivos afins, na medida em que os inspetores do trabalho estejam encarregados de zelar pelo cumprimento dessas disposições”.⁶⁷⁰

42. Ademais, a Convenção Nº 155 da OIT, de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores, estabelece que os Estados devem “formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho”, cujo objetivo seja “prevenir os acidentes e os danos à saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade laboral ou sobrevenham durante o trabalho”.⁶⁷¹

43. Especificamente, as fiscalizações e inspeções nos locais de trabalho em que se encontram materiais perigosos constituem uma forma mediante a qual os Estados podem cumprir o artigo 19 da Convenção Americana, sobre “as medidas de proteção” em favor das crianças, uma vez que identificariam aqueles locais em que não esteja sendo cumprido o determinado pela legislação nacional e internacional a respeito da proibição de trabalho infantil,⁶⁷² onde, entre outros, se ponha em perigo a integridade

⁶⁶⁶ Cf. CEDS, *Caso Fundação Marangopoulos para os Direitos Humanos (MFHR) Vs. Grécia*, *supra*, par. 228.

⁶⁶⁷ Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *Observação Geral Nº 23: O direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias*, UN Doc. E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, par. 59.

⁶⁶⁸ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81 sobre a Inspeção do Trabalho*, 1947, artigo 1.

⁶⁶⁹ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81*, *supra*, artigo 2.1.

⁶⁷⁰ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 81*, *supra*, artigo 3.1.a.

⁶⁷¹ Organização Internacional do Trabalho, *Convenção Nº 155 sobre segurança e saúde dos trabalhadores*, 1981, art. 4.

⁶⁷² *Mutatis mutandi*, “Nesse sentido, a Corte destaca que as obrigações que o Estado deve assumir para eliminar as piores formas de trabalho infantil têm caráter prioritário e incluem, entre outras, elaborar e colocar em prática programas de ação para assegurar o exercício e o desfrute pleno de seus direitos. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 332; e *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 137, 138 e 139.

física ou a saúde das crianças. Essa proibição foi estabelecida, principalmente, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança,⁶⁷³ na Convenção Nº 138 da OIT,⁶⁷⁴ na Convenção Nº 182 da OIT,⁶⁷⁵ na Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança⁶⁷⁶ e nos Princípios de Nairobi, da Comissão Africana de Direitos Humanos.⁶⁷⁷

44. Como consequência desse mecanismo de proteção estatal, se poderia ter como efeito uma adequada vigilância do normatizado em âmbito interno e, desse modo, estabelecer possíveis respostas integrais para fazer frente à situação que vivem as crianças e adolescentes que “trabalham” nesses contextos.⁶⁷⁸ Nessa situação, o Comitê dos Direitos da Criança, na Observação Geral Nº 16, *sobre as obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança*, salientou que “[o]s Estados têm a obrigação de regulamentar e supervisionar as condições de trabalho e estabelecer salvaguardas que protejam as crianças da exploração [...] de trabalhos que interfiram em sua educação ou afetem sua saúde ou seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. Esses trabalhos costumam ser encontrados, embora

⁶⁷³ Ver “Artigo 32. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja prejudicial para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. 2. Os Estados Partes devem adotar medidas legislativas, sociais e educacionais para assegurar a aplicação deste artigo. Para tanto, e levando em consideração os dispositivos pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes devem, em particular: a) estabelecer uma idade mínima ou idades mínimas para a admissão no trabalho; b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de trabalho; c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas para o cumprimento efetivo deste artigo”.

⁶⁷⁴ Ver “Artigo 3.1. Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem. 2. Serão definidos por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, as categorias de emprego ou trabalho às quais se aplica o parágrafo 1 deste Artigo. 3. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, a lei ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente poderá, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, autorizar emprego ou trabalho a partir da idade de dezesseis anos, desde que estejam plenamente protegidas a saúde, a segurança e a moral dos jovens envolvidos e lhes seja proporcionada instrução ou formação adequada e específica no setor da atividade pertinente”.

⁶⁷⁵ Ver “Artigo 3. Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: [...] (d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança”.

⁶⁷⁶ Ver “Artigo 15. Trabalho infantil. Toda criança será protegida contra toda forma de exploração econômica e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. Os Estados Partes na presente Carta adotarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas para assegurar o pleno cumprimento deste artigo, que abrange tanto os setores formais como os informais de demissão, e levando em conta as disposições pertinentes dos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho relativas às crianças; em especial, os Estados Partes: - estabelecerão, mediante legislação, idades mínimas de admissão em qualquer emprego; - estabelecerão a regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego; - estabelecerão as penalidades ou as sanções apropriadas para assegurar o cumprimento efetivo deste artigo; - promoverão a divulgação de informação sobre os riscos do trabalho infantil em todos os setores da comunidade”.

⁶⁷⁷ Ver “Protect children and young persons through the following: [...] Measures governing work by children and young persons, within the family, to ensure that such work is not dangerous to them, harmful to their moral or physical well-being or likely to hamper their normal physical, intellectual and psycho-social development”. Cf. *Princípios e Diretrizes para a Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, 27 de outubro de 2011, Nairobi, princípio 95, inciso aa), ponto 4.

⁶⁷⁸ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 176 a 181.

não exclusivamente, no setor não estruturado da economia [...]. Portanto, os Estados são obrigados a elaborar e a executar programas destinados às empresas nesses contextos, entre outros aspectos, fazendo cumprir as normas internacionais sobre a idade mínima para trabalhar e as condições adequadas de trabalho, investindo em educação e formação profissional e prestando apoio para que se consiga uma transição satisfatória das crianças ao mercado de trabalho. Os Estados devem zelar por que as políticas de proteção social e infantil cheguem a todos, especialmente às famílias no setor não estruturado da economia”.⁶⁷⁹

45. Tal como dispõe a sentença, por um lado, existia uma proibição na legislação interna em relação à presença das menores e dos menores de idade na realização dos trabalhos denominados perigosos. Isso é particularmente grave, uma vez que o Estado, ao não executar as obrigações que a própria legislação estabelecia, permitiu e tolerou que existissem espaços nos quais se descumpriram as obrigações sobre proibição de trabalho infantil. Além disso, a omissão estatal fez com que não se detectasse a presença de menores de idade na fábrica de fogos, o que provocou a perda da vida de crianças e os danos que a explosão deixou como sequelas nos menores sobreviventes, sequelas que persistem ainda hoje, e que, sem dúvida, têm impacto devastador para seu pleno desenvolvimento.⁶⁸⁰

46. Como se mencionou na Seção I do presente voto, não basta que formalmente existam as instituições às quais se delegue a competência de fiscalizar, supervisionar ou inspecionar certas atividades consideradas perigosas em contextos laborais entre particulares; é necessário que, efetivamente esse aparato institucional, na prática, zele pela materialização do que foi regulamentado. Não pode passar inadvertido que, durante a audiência pública, os agentes do Estado reconheceram que, levando em conta a extensão territorial do Estado, existem “limitações razoáveis” para realizar atividades de auditoria e fiscalização das diferentes atividades econômicas, e que o Estado não pode “garantir que 100% dos estabelecimentos e das situações sejam supervisionados”.⁶⁸¹

47. Sobre essa questão, por exemplo, no âmbito do Sistema Europeu, o Comitê Europeu salientou que, em virtude do artigo 3 da Carta Social Europeia, lido em consonância com o artigo A.4⁶⁸² do mesmo instrumento, os Estados se comprometem a “ter um sistema de inspeção do trabalho adequado às condições nacionais”. Embora o referido Comitê tenha exposto que, em princípio, os Estados gozam de uma margem de apreciação – não só na organização dos serviços de inspeção, mas também na destinação de recursos aos serviços de inspeção -, o certo é que, dado que esses serviços são os principais garantes tanto da saúde quanto da segurança no local de trabalho,

⁶⁷⁹ Cf. *Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 16, sobre as obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança*, CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, par. 37.

⁶⁸⁰ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 137, 138 e 139.

⁶⁸¹ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 136.

⁶⁸² Ver “Artigo A. Obrigações [...] 4. Cada Parte disporá de um sistema de inspeção do trabalho adequado às condições nacionais”.

cabe ao Comitê se assegurar de que lhes sejam destinados recursos suficientes para que possam ser realizadas, regularmente, um número mínimo de visitas de controle, para que o direito consagrado no artigo 3 beneficie efetivamente o maior número de trabalhadores e para que o risco de acidentes se reduza ao mínimo. A margem de apreciação dos Estados é, portanto, limitado, e se viola a Carta quando a relação entre o pessoal dos serviços de inspeção, as visitas realizadas e os empregados envolvidos é manifestamente insuficiente.⁶⁸³

48. Em sentido similar, a Comissão Interamericana destacou que, como parte da estratégia de prevenção integral, os Estados deveriam fortalecer as instituições envolvidas nessa estratégia “para que possam proporcionar uma resposta efetiva ao fenômeno que se pretende enfrentar”.⁶⁸⁴

49. Tamanha foi a omissão do Estado no momento dos fatos, que a importância da fiscalização ou inspeção se viu refletida nas medidas de não repetição ordenadas pelo Tribunal Interamericano nesta sentença. Assim, conforme se observa na sentença, não se questionou a regulamentação existente no âmbito interno, e, inclusive, avaliou-se como positiva a adoção dessa legislação;⁶⁸⁵ no entanto, se explicitou “que não consta[va] dos escritos e provas encaminhados, nem dos depoimentos ou das alegações orais oferecidos na Audiência Pública, que o Estado tenha conseguido implementar medidas *para assegurar que, na prática, os locais em que são fabricados fogos de artifício no Brasil sejam fiscalizados de forma regular*” (grifo nosso).⁶⁸⁶

50. Desse modo, o Tribunal Interamericano ressaltou que:

287. A Corte lembra que a falta de fiscalização da fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus, por parte das autoridades estatais, foi o elemento principal que gerou a responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, *a fim de deter o funcionamento das fábricas clandestinas e/ou que funcionam em desacordo com as normas sobre o controle de atividades perigosas, e de garantir condições de trabalho equitativas e satisfatórias nesses ambientes, o Estado deve adotar medidas para implementar uma política sistemática de inspeções periódicas nos locais de produção de fogos de artifício, tanto para que sejam verificadas as condições de segurança e salubridade do trabalho, quanto para que seja fiscalizado o cumprimento das normas relativas ao armazenamento dos insumos*. O Estado deve assegurar que as inspeções periódicas sejam realizadas por inspetores que tenham o devido conhecimento em matéria de saúde e segurança no âmbito específico da fabricação de fogos de artifício. (grifo nosso)

⁶⁸³ Cf. CEDS, *Caso Fundação Marangopoulos para os Direitos Humanos (MFHR) Vs. Grécia*, *supra*, par. 229.

⁶⁸⁴ Cf. CIDH e REDESCA, *Relatório sobre Empresas e Direitos Humanos: Normas Interamericanas*, *supra*, par. 94.

⁶⁸⁵ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 286.

⁶⁸⁶ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 286.

51. Quanto à execução dessa medida, além do exposto na sentença,⁶⁸⁷ por exemplo, poderiam ser ilustrativos e não limitativos alguns parâmetros dispostos pelo Comitê Europeu, nos quais especificou que, para avaliar o artigo 3 da Carta Social Europeia, é necessário que se proporcionem: i) estatísticas sobre o número de estabelecimentos que recebem visitas de inspeção e o número de pessoas que empregam; ii) cifras atualizadas sobre a contratação de pessoas para a inspeção de trabalho e o número de visitas realizadas, iii) descumprimentos constatados e penalidades impostas; e iv) a proporção de trabalhadores compreendidos nas inspeções em comparação com a força total de trabalho.⁶⁸⁸

III. A POBREZA COMO PARTE DA CONDIÇÃO ECONÔMICA E A DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL E INTERSECCIONAL: DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE AOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS

A. O antes e o depois do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde

52. Como ponto de partida da análise da pobreza dentro das categorias de proibição da discriminação, é importante retomar as palavras do Comitê DESC sobre como se deve entender a pobreza, considerando-a como *“uma condição humana que se caracteriza pela privação contínua ou crônica dos recursos, da capacidade, das opções, da segurança e do poder necessários para desfrutar de um nível de vida adequado e de outros direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais”*.⁶⁸⁹

53. Por sua vez, os Princípios Orientadores sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos consideraram que “[a] pobreza é em si mesma um problema de direitos humanos urgente. Ao mesmo tempo causa e consequência de violações dos direitos humanos, é uma condição que leva a outras violações. *A extrema pobreza se caracteriza por violações múltiplas e interconexas dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e as pessoas que vivem na pobreza se veem expostas regularmente à negação de sua dignidade e igualdade*”; além disso, “[a]s pessoas que vivem na pobreza se deparam com enormes obstáculos, de natureza física, econômica, cultural e social, para exercer seus direitos. Por conseguinte, sofrem muitas privações que se relacionam entre si e

⁶⁸⁷ “[...] Para a consecução dessa medida, o Estado poderá recorrer a organizações como a OIT e o UNICEF, a fim de que prestem assessoramento ou assistência que possam ser de utilidade no cumprimento da medida ordenada. O Estado dispõe de um prazo de dois anos, contado a partir da notificação da presente Sentença, para apresentar relatório a este Tribunal sobre o andamento da implementação dessa política”. Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 287.

⁶⁸⁸ Cf. CEDS, *Caso Confederação Geral Italiana do Trabalho (CGIL) Vs. Itália*, Queixa No. 91/2013, decisão de admissibilidade e de mérito, de 12 de outubro de 2005, par. 277.

⁶⁸⁹ Comitê DESC, *Questões substantivas que surgem da aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: a pobreza e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 10 de maio de 2001, E/C.12/2001/10, par. 8. Em sentido similar, os *Princípios Orientadores sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos* (doravante denominados “PREPDH”), definem a “extrema pobreza” como *“uma combinação de escassez de renda, falta de desenvolvimento humano e exclusão social”*. ONU, *Princípios Orientadores sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos*, aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos, 27 de setembro de 2012, Resolução 21/11, princípio 2.

se reforçam mutuamente – como as condições de trabalho perigosas, [...] –, que lhes impedem de tornar realidade seus direitos e perpetuam sua pobreza”.⁶⁹⁰ (grifo nosso).

54. No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil* expus que “a ‘pobreza’ não foi reconhecida de forma expressa como categoria de especial proteção; isso não significa, no entanto, que a pobreza não possa ser avaliada como parte de alguma categoria que, de fato, se encontre reconhecida ou, antes, que se incorpore como parte de ‘outra condição social’. Nessa situação, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos (regionais⁶⁹¹ e universal⁶⁹²) têm suas particularidades quanto ao reconhecimento da pobreza como parte da categoria de proibição de discriminação ‘por posição econômica’, o que não foi impedimento para que se permeiem obrigações quanto à erradicação da pobreza, embora não como parte de uma categoria de especial proteção, mas sim como uma situação agravante das condições sociais em que vivem as pessoas, e que podem variar caso a caso”.⁶⁹³

55. No caso do Sistema Interamericano, em 2016, salientei⁶⁹⁴ que “a pobreza e a posição econômica estiveram presente[s] ao longo da jurisprudência [contenciosa⁶⁹⁵] deste Tribunal Interamericano; muitas violações de direitos humanos se relacionam a situações de exclusão e de marginalização pela própria situação de pobreza das vítimas. [...] na totalidade dos casos, se ha[via] identificado a pobreza como fator de vulnerabilidade que aprofunda o impacto que sofrem as vítimas de violações de direitos humanos submetidas a essa condição”.⁶⁹⁶ Desse modo, entre 1989 e 2016, a

⁶⁹⁰ *Princípios Orientadores sobre Extrema Pobreza e Direitos Humanos, supra*, princípios 3 e 4.

⁶⁹¹ No caso do Sistema Europeu, o artigo 14 da CEDH foi associado de forma implícita, acessória e indireta aos direitos e liberdades protegidos pela CEDH. Desse modo, a proibição de discriminação contemplada na Convenção Europeia foi relacionada ao direito à vida (art. 2 da CEDH), pelas condições de vida ou assistência; à proibição de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou ao respeito à vida privada e familiar (art. 3 e 8 da CEDH), relacionando-o a um nível de vida digno, ou ao direito à proteção da vida privada e familiar (art. 8 da CEDH), a respeito da privação dos direitos de custódia de crianças e sua colocação em uma instituição estatal, e do direito de propriedade (art. 1 do Protocolo Nº 1 da CEDH). De igual modo, encontramos um dado sobressalente na Carta Social Europeia, no artigo 30, que protege *as pessoas contra a pobreza e a exclusão social* [...]. No caso do Sistema Africano, não se conta com grandes desenvolvimentos jurisprudenciais sobre as condições de pobreza ou a posição econômica. Ver os par. 11, 12 e 16 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁶⁹² No âmbito das Nações Unidas, tanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos contemplam a proibição de discriminação por posição econômica. A esse respeito, ressaltei que “Quanto à posição econômica como categoria de especial proteção, o Comitê DESC salientou que, como motivo proibido de discriminação, é um conceito amplo que inclui os bens de raiz e os bens pessoais, ou a carência deles, ou seja, uma das facetas da pobreza”. Ver par. 11, 12 e 16 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁶⁹³ Ver o par. 17 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁶⁹⁴ Ver os par. 25 e 44 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁶⁹⁵ Anteriormente, a Corte IDH havia indicado “22. A parte final do artigo 1.1 proíbe ao Estado discriminar por diversas razões, entre elas, a *posição econômica*. O sentido do termo *discriminação* que menciona o artigo 24 deve ser interpretado, então, à luz do que menciona o artigo 1.1. Caso uma pessoa que busque a proteção da lei para fazer valer os direitos que a Convenção lhe garante constatare que sua posição econômica (neste caso, sua indigência) o impede de fazê-lo, porque não pode custear a assistência jurídica necessária ou pagar as custas do processo, fica discriminada por motivo de sua posição econômica e colocada em condições de desigualdade perante a lei. Cf. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-11/90, de 10 de agosto de 1990. Série A Nº 11.

⁶⁹⁶ Ver o par. 26 do voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

jurisprudência da Corte IDH havia analisado a pobreza ou a posição econômica das vítimas de três formas distintas: em primeiro lugar, pobreza ou condição econômica associada a grupos de vulnerabilidade tradicionalmente identificados (crianças, mulheres, indígenas, pessoas com deficiência, migrantes, etc.); em segundo lugar, pobreza ou condição econômica analisada como discriminação interseccionada com outras categorias;⁶⁹⁷ e, em terceiro lugar, pobreza ou condição econômica analisada de maneira isolada, dadas as circunstâncias do caso, sem vinculá-la a outra categoria de especial proteção.⁶⁹⁸

56. Sem prejuízo do exposto, considero um passo fundamental para o Sistema Interamericano (e no Direito Internacional dos Direitos Humanos) o *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, em que a Corte IDH analisou em um caso contencioso, de maneira direta, isolada e autônoma a categoria “posição econômica”, contemplada no artigo 1.1 do Pacto de San José. Além disso, também foi verdadeiramente inovador analisar a “posição econômica” da ótica da “pobreza”.⁶⁹⁹ Assim, por exemplo, naquele caso a Corte IDH considerou que:

339. [...] no presente caso, *algumas características de particular vitimização compartilhadas pelos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000: [i)]se encontravam em uma situação de pobreza, [ii)]provinham das regiões mais pobres do país, [iii)]com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego, [iv)] eram analfabetos, e [v)] tinham pouca ou nenhuma escolarização [...].* Essas circunstâncias os colocavam em uma situação que os tornavam mais suscetíveis de serem aliciados mediante falsas promessas e enganos⁷⁰⁰ (grifo nosso).

⁶⁹⁷ Ver o *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C N° 257; e *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, supra*.

⁶⁹⁸ Ver: *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparações*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C N° 249.

⁶⁹⁹ Como expus anteriormente, embora no caso a Corte IDH tenha analisado a pobreza dentro da categoria de “posição econômica”, isso não impede que no futuro também possa ser analisada dentro de outras categorias, já que “[...] a pobreza, por ser um fenômeno multidimensional, pode ser abordada de diferentes categorias de proteção, à luz do artigo 1.1 da Convenção Americana; como o pode[m] ser [...] a origem social ou, antes, mediante outra condição social”. Ver o par. 50 do voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Nesse sentido, a Relatora Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos expressou que “*Em sua jurisprudência, o Comitê de Direitos Humanos reiterou que a lista de motivos de discriminação não é exaustiva e que a frase “qualquer outra condição social” não está sujeita a uma só interpretação. [Por outro lado,] no artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos se inclui de maneira expressa a [posição] econômica e [origem] social entre os motivos de discriminação. Outros motivos proibidos de discriminação, como “a posição econômica” e inclusive “a origem social”, também podem ser pertinentes ao abordar questões relacionadas à pobreza*” (grifo nosso). ONU, *Relatório da Relatora Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona, 4 de agosto de 2011, A/66/265, nota de rodapé n° 7.

⁷⁰⁰ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, supra*, par. 339.

57. Naquele caso, conforme se expressou na sentença, a pobreza “[era] o principal fator da escravidão contemporânea no Brasil, por aumentar a vulnerabilidade de significativa parte da população, tornando-a presa fácil dos aliciadores para trabalho escravo”.⁷⁰¹ A pobreza não se enquadra como um fenômeno, mas como uma afetação de especial vulnerabilidade, na qual a situação de exclusão e marginalização, somada à negação estrutural e sistêmica (com antecedentes históricos para o caso específico), provocaram dano aos 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde.⁷⁰²

58. Um aspecto que não foi abordado no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (pelas particularidades do caso), mas que considerarei oportuno mencionar, em 2016, era como a condição econômica poderia se interseccionar com outras categorias ou fatores de vulnerabilidade analisados pela jurisprudência da Corte IDH. Assim, considerarei que:

53. [...] faz-se mister ressaltar que quando, além da situação pobreza estiver presente outra categoria, como raça, gênero, origem étnica etc., prevista no artigo 1.1, estaremos diante de uma situação [...] interseccional de discriminação, dependendo das particularidades do caso, conforme já foi reconhecido em outras ocasiões pelo Tribunal Interamericano.⁷⁰³

59. A manifestação acima é semelhante ao que declarou a Relatora Especial para a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos, que considerou que “as pessoas que vivem na pobreza são objeto de discriminação pela própria pobreza; e muitas vezes também porque pertencem a outros setores desfavorecidos da população, como os povos indígenas, as pessoas com deficiência, as minorias étnicas e as pessoas que vivem com o HIV/AIDS, entre outros”.⁷⁰⁴ Ou seja, embora geralmente as pessoas que se encontram em condição de pobreza possam, coincidentemente, pertencer a outros setores vulneráveis (mulheres, crianças, pessoas com deficiência, indígenas, afrodescendentes, idosos etc.), isso não exclui que as pessoas em situação de pobreza não se vinculem a outra categoria.

60. Assim, desde que a pobreza ou precária situação econômica em que vivia uma vítima ou vítimas se tornou visível mediante “a posição econômica” na jurisprudência da Corte IDH, a tendência jurisprudencial foi analisá-la de maneira interseccionada com outras categorias ou fatores de vulnerabilidade,⁷⁰⁵ ou, então, dentro dos elementos de acessibilidade dos direitos sociais (acessibilidade física), o

⁷⁰¹ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*, par. 340.

⁷⁰² Ver o par. 99 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁷⁰³ Ver o par. 53 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*.

⁷⁰⁴ Conselho de Direitos Humanos, Relatório da Relatora Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos, 11 de março de 2013, A/HRC/23/36, par. 42.

⁷⁰⁵ Embora a Corte IDH, na primeira vez que intersecciona a condição econômica, no *Caso Gonzales Lluy*, não tenha destacado que fosse por uma categoria constante do artigo 1.1, seja por posição econômica, seja por situação ou outra condição social.

que contrasta significativamente com a jurisprudência anterior ao ano de 2016. Mesmo quando em decisões anteriores a pobreza ou a condição econômica tenham estado presentes nas sentenças do Tribunal Interamericano, a abordagem era tangencial ou agravante contextual em cada um dos diferentes casos sobre os quais a Corte IDH se havia pronunciado.

61. O enfoque antes descrito (pobreza e interseccionalidade) foi manifestado com maior frequência posteriormente à sentença do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*. Por exemplo, em 2017, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu o relatório *Pobreza e Direitos Humanos*, em que definiu a pobreza e a considerou um problema estrutural que se traduz em prejuízos ao gozo e exercício dos direitos humanos que, às vezes, implica violações que supõem a responsabilidade internacional do Estado.⁷⁰⁶ Também teceu importantes considerações sobre a abordagem da pobreza com base na proibição de discriminação, decorrente dos artigos 1.1 e 24 da Convenção Interamericana e com especial ênfase no enfoque interseccional.⁷⁰⁷ Nesse relatório, a Comissão Interamericana definiu como grupos especialmente vulneráveis à pobreza as mulheres, as crianças e adolescentes, a população indígena (e tribal), a população afrodescendente, as pessoas migrantes, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas com deficiência, as pessoas pertencentes à comunidade LGBT+ e as pessoas idosas.⁷⁰⁸ Também cabe destacar a análise referente às obrigações dos Estados a respeito da atuação dos particulares frente à pobreza.⁷⁰⁹

62. No caso da jurisprudência da Corte IDH, o primeiro caso imediato em que se começa a consolidar esse enfoque é o *Caso I.V. Vs. Bolívia* (2016). A Corte IDH examinou um caso de violência contra a mulher em um contexto de ausência de consentimento em matéria de saúde sexual e reprodutiva. Na análise do acesso à justiça considerou que, além de sua condição de mulher e seu *status* de refugiada, outro fator determinante foi a “posição econômica” da vítima, pois as mudanças de jurisdição para a sede dos julgamentos penais fizeram com que se apresentasse um obstáculo geográfico na acessibilidade ao tribunal. Isso implicou o elevado custo socioeconômico de ter de se trasladar a uma longa distância, chegando a ter de viajar um trajeto de aproximadamente 255 km e financiar a viagem, a hospedagem e outros custos do traslado não só dela mesma, mas também das testemunhas, o

⁷⁰⁶ A Comissão ressaltou “91. Para efeitos do presente relatório, a pobreza constitui um problema que se traduz em obstáculos para o gozo e exercício dos direitos humanos em condições de igualdade real por parte das pessoas, grupos e coletividades que vivem nessa situação. A situação de pobreza traz consigo uma exposição acentuada a violações de direitos humanos; vulnerabilidade aumentada pelas restrições decorrentes da situação socioeconômica das pessoas. Do mesmo modo, em determinados casos, a pobreza poderia implicar, ademais, violações de direitos humanos atribuíveis à responsabilidade internacional do Estado”. Cf. CIDH, *Relatório sobre Pobreza e Direitos Humanos nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de setembro de 2017.

⁷⁰⁷ Cf. CIDH, *Relatório sobre Pobreza e Direitos Humanos nas Américas*, *supra*, par. 147 a 156.

⁷⁰⁸ Cf. CIDH, *Relatório sobre Pobreza e Direitos Humanos nas Américas*, *supra*, capítulo 3.

⁷⁰⁹ Cf. CIDH, *Relatório sobre Pobreza e Direitos Humanos nas Américas*, *supra*, par. 237 a 248

que evidentemente implicou um prejuízo de fato injustificado em seu direito de acesso à justiça.⁷¹⁰

63. Posteriormente, em 2018, no *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*, o Tribunal Interamericano abordou as violações a partir de uma decisão de declaração de abandono, em que a senhora Ramírez Escobar foi separada de seus dois filhos. No caso, a Corte IDH considerou que a separação ocorreu devido a sua “posição econômica” e especificou que “a carência de recursos materiais não pode ser o único fundamento para uma decisão que suponha a separação de uma criança de sua família”.⁷¹¹ No caso, a posição econômica da senhora Ramírez Escobar interseccionou com o gênero, já que, no caso, também foi discriminada por uma avaliação sobre o que implicava “ser uma boa mãe”, ou seja, com base nos papéis de gênero.⁷¹²

64. Finalmente, no mesmo ano, no *Caso Cuscul Pivaval e outros* (2018), a Corte IDH analisou a condição econômica do ponto de vista da “acessibilidade física” dos estabelecimentos de saúde, em que cinco vítimas deviam ter recebido atenção médica para tratamento de HIV/AIDS. Desse modo, o Tribunal Interamericano considerou que “a distância entre o centro de saúde e a precária condição econômica de cinco supostas vítimas constituiu um obstáculo para que se deslocassem até os centros de saúde, o que impactou sua possibilidade de receber atenção médica, e, portanto, suas possibilidades de iniciar ou continuar seu tratamento de maneira adequada. Nesse sentido, o Tribunal observou que a condição econômica em que viviam as supostas vítimas foi um fator determinante em sua possibilidade de acesso aos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, e que o Estado não realizou nenhuma ação destinada a reduzir esse impacto”.⁷¹³

B. A discriminação estrutural e interseccional nas vítimas da explosão da Fábrica de Fogos

65. Expus, anteriormente, alguns dos elementos que devem ser levados em consideração, de modo enunciativo, mas não limitativo, para determinar se, como decorrência do contexto ou de padrões coletivos ou massivos, estamos diante de uma discriminação estrutural.⁷¹⁴ Nesse sentido, os casos mencionados levaram em

⁷¹⁰ Cf. *Caso I.V. Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 329, par. 317 a 323.

⁷¹¹ Cf. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de março de 2018. Série C Nº 351, par. 288 e 304.

⁷¹² A Corte IDH salientou que “[...] Nesse sentido, por um lado, diferentes relatórios examinaram se a senhora Ramírez Escobar podia ou não assumir seu “papel maternal” ou “papel de mãe”, sem que fique claro que características atribuem a esse papel; analisaram se “aceitava seu papel feminino” e “o modelo sexual” que atribuem a esse papel; basearam suas considerações em depoimentos segundo os quais a senhora Ramírez Escobar era uma mãe irresponsável porque, *inter alia*, “abandona(va) [seus filhos] quando vai trabalhar”, e que por essas razões, entre outras, “observava uma conduta irregular”. Cf. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 296.

⁷¹³ Cf. *Caso Cuscul Pivaval e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 125.

⁷¹⁴ Ver o par. 80 de nosso voto emitido no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*. Ver: *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C Nº 251, par. 235, 237 e 238; *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença

consideração que se trata de: i) um grupo ou grupos de pessoas com características imutáveis ou imodificáveis pela própria vontade da pessoa, ou, antes, que estão relacionados a fatores históricos de práticas discriminatórias, podendo ser esse grupo de pessoas em minoria ou maioria; ii) que esses grupos se encontraram em uma situação sistemática e histórica de exclusão, marginalização ou subordinação que os impede de ter acesso a condições básicas de desenvolvimento humano; iii) que a situação de exclusão, marginalização ou subordinação se centra em uma zona geográfica determinada ou pode ser generalizada em todo o território de um Estado, podendo, em alguns casos, ser intergeracional; e iv) que as pessoas pertencentes a esses grupos, independentemente da intenção da norma, da neutralidade ou da menção expressa de alguma distinção ou restrição explícita baseada nas enunciações e interpretações do artigo 1.1 da Convenção Americana, são vítimas de discriminação indireta ou, então, de discriminação *de facto*, pela conduta do Estado ou pela aplicação de medidas ou ações por ele implementadas.

66. No caso, i) as 66 vítimas apresentavam diversas características, como a condição econômica, o gênero, a idade e a raça, e algumas estavam grávidas;⁷¹⁵ ii) identificou-se que os bairros onde vive a maioria das trabalhadoras e dos trabalhadores da fábrica se caracterizam não só pela pobreza, mas também pela falta de acesso à educação formal. Esses lugares tinham (têm), ademais, problemas de falta de infraestrutura, especialmente em relação ao saneamento básico, e neles predominam pessoas com baixos níveis de educação e, conseqüentemente, com baixa renda;⁷¹⁶ iii) os fatos se centravam nos bairros periféricos de Santo Antônio de Jesus, “Irmã Dulce” e “São Paulo”, no Estado da Bahia;⁷¹⁷ e iv) em que pese a existência de normas internas que regulamentavam (e estabeleciam) a fiscalização dos trabalhos perigosos e a proibição do trabalho infantil, a ineficaz aplicação destas e a nula atuação das autoridades levou a que, na realidade, uma atividade econômica especialmente perigosa se tenha instalado na área com altos índices de pobreza e marginalização da população que ali residia e reside.⁷¹⁸ Foi com base nessas considerações que a sentença chegou a que as vítimas foram objeto de uma discriminação estrutural por sua posição econômica.

67. Isso posto, diferentemente do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, em que a análise da discriminação estrutural se centrou unicamente na posição econômica das 85 vítimas, no *Caso Trabalhadores da Fábrica de Fogos*, agrega-se um novo enfoque: o interseccional.

68. Com esse entendimento, a sentença analisa a forma mediante a qual, paralelamente à posição econômica, coexistem em algumas das vítimas outras formas

de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 92 e 267; e *Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 273 e 274. Em sentido similar: *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 450.

⁷¹⁵ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 191.

⁷¹⁶ *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 64.

⁷¹⁷ *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 56 e 64.

⁷¹⁸ *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 189.

de discriminação que também estão associadas a fatores estruturais, como o gênero ou a raça. Poderíamos entender, então, que a sentença contribui para a compreensão da “discriminação estrutural interseccional” em casos particulares. Finalmente, existe um conjunto de vítimas ao qual, além dos fatores estruturais interseccionais, soma-se a idade (no caso das meninas) ou o estado de gravidez das mulheres. Também, algo que não se explicita, mas que é possível entender do analisado pela Corte IDH, é que, embora o enfoque interseccional tenha sido cunhado com base no enfoque de gênero (a partir das desvantagens que sofrem alguns grupos de mulheres), o caso nos mostra que as crianças, pobres e afrodescendentes também podem ser vítimas de discriminação interseccional. Diante dessa forma de discriminação, é necessário que as ações para erradicar essas situações de exclusão ou marginalização adotem um “enfoque diferencial” para que, na formulação das medidas, sejam levadas em conta possíveis especificidades que possam ter impacto em diferentes subgrupos das pessoas destinatárias dessas medidas.⁷¹⁹

IV. IGUAL PROTEÇÃO DA LEI, SEM DISCRIMINAÇÃO: DA EVOLUÇÃO DA IGUALDADE FORMAL AO MANDATO DA IGUALDADE MATERIAL

A. A igualdade material ou real nos sistemas de direitos humanos

69. Alguns instrumentos internacionais do Sistema Universal e do Sistema Europeu estão em sintonia com a Convenção Americana; ou seja, por um lado, contêm disposições que fazem referência à proibição de discriminação e, por outro lado, disposições que são destinadas a garantir a igualdade das pessoas perante a lei.⁷²⁰

A.1. Sistema Universal de Direitos Humanos

70. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estipula, no artigo 2 e no artigo 26,⁷²¹ o que seria o equivalente aos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana.

⁷¹⁹ A esse respeito, na sentença, a Corte IDH ordenou que “no prazo máximo de dois anos, a partir da notificação desta Sentença, elabore e execute um programa de desenvolvimento socioeconômico especialmente destinado à população de Santo Antônio de Jesus, em coordenação com as vítimas e seus representantes. [...] Esse programa deve fazer frente, necessariamente, à falta de alternativas de trabalho, especialmente para os jovens maiores de 16 anos e as mulheres afrodescendentes que vivem em condição de pobreza” (grifo nosso). *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 289.

⁷²⁰ Embora não haja desenvolvimentos jurisprudenciais na matéria, o artigo 3 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos estabelece o direito de toda pessoa à igualdade perante a lei e a gozar de igual proteção da lei.

⁷²¹ Ver: “Artigo 2.1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição”; e “Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua,

No entanto, a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos não se aprofundou na igualdade material sob a ótica do artigo 26. No entanto, na Recomendação Geral No. 18, do Comitê de Direitos Humanos, sobre a discriminação, salientou que “[a seu] juízo [...], o artigo 26 não se limita a reiterar a garantia já prevista no artigo 2, estabelecendo, ao contrário, em si mesmo, um direito autônomo. Proíbe a discriminação de fato ou de direito em qualquer esfera sujeita à legislação e à proteção das autoridades públicas. Portanto, o artigo 26 se refere às obrigações que se impõem aos Estados Partes no que diz respeito a suas leis e à aplicação de suas leis [...]”.⁷²²

71. Em consonância com o acima exposto, esse Comitê se referiu a que “o princípio da igualdade exige algumas vezes que os Estados Partes adotem *disposições positivas para reduzir ou eliminar as condições que dão origem à discriminação proibida pelo Pacto, ou que facilitem sua perpetuação*. Por exemplo, em um Estado em que a situação geral de um determinado setor da população impede ou dificulta o desfrute dos direitos humanos por parte dessa população, o Estado deveria adotar disposições especiais para remediar essa situação [...]”.⁷²³

72. O Comitê para Pessoas com Deficiência desenvolveu com maior profundidade as noções de igualdade, com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Na referida Convenção, os artigos 5.1 e 5.2⁷²⁴ são equivalentes, respectivamente, aos artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana. Na Observação Geral Nº 6, o referido Comitê salientou que: “[a] *igualdade formal* luta contra a discriminação direta considerando de maneira similar as pessoas que estão em situação similar. Pode ajudar a combater os estereótipos negativos e os preconceitos, mas não pode oferecer soluções para o “dilema da diferença”, já que não leva em conta nem aceita as diferenças entre os seres humanos. A *igualdade substantiva*, ao contrário, aborda também a discriminação indireta e estrutural, e leva em conta as relações de poder.

religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

⁷²² No momento em que foi emitida a Observação Geral (1989), o Comitê destacou que: “9. Os relatórios de muitos Estados Partes contêm informação tanto sobre medidas legislativas como administrativas e decisões dos tribunais relacionadas à proteção contra a discriminação jurídica, mas costumam não incluir informação que saliente uma discriminação de fato. Ao informar sobre o parágrafo 1 do artigo 2 e os artigos 3 e 26 do Pacto, os Estados Partes, em geral, citam dispositivos de sua constituição ou de suas leis sobre igualdade de oportunidades, no que diz respeito à igualdade das pessoas. Embora essa informação seja, sem dúvida alguma, útil, o Comitê gostaria de saber se continua existindo algum problema de discriminação de fato, praticada seja pelas autoridades públicas, seja pela comunidade ou por pessoas ou órgãos privados. O Comitê gostaria de ser informado acerca das disposições legais e medidas administrativas destinadas a reduzir ou eliminar essa discriminação”. Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 18, não discriminação*, 37º Período Ordinário de Sessões, 1989, par. 9 e 12.

⁷²³ Cf. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 18, supra*, par. 10.

⁷²⁴ Ver: “Artigo 5. Igualdade e não discriminação 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. [...]”. Em sentido similar ao artigo 5.2, o artigo 4 dispõe: “1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. [...]”.

Admite que o “dilema da diferença” implica tanto ignorar as diferenças entre os seres humanos como reconhecê-las, a fim de conseguir a igualdade”.⁷²⁵

73. Além disso, reconheceu que o artigo 5.1 estabelece, por um lado, “a igualdade perante a lei” e, pelo outro, a “igual proteção da lei”. Sobre a primeira, salientou que “[v]ários tratados internacionais de direitos humanos contêm a expressão “igualdade perante a lei”, que descreve o direito das pessoas à igualdade de tratamento por lei e também na aplicação da lei, como âmbito”.⁷²⁶ Por outro lado, expressou que:

16. [...] A expressão “igual proteção da lei” é bem conhecida no direito internacional dos tratados de direitos humanos e é utilizada para exigir que os órgãos legislativos nacionais se abstenham de manter ou gerar discriminação contra as pessoas [...] ao promulgar leis e formular políticas. Ao ler o artigo 5 em conjunção [com outros artigos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência], fica evidente que os Estados Partes devem adotar medidas positivas para facilitar que as pessoas [...] desfrutem em igualdade de condições dos direitos garantidos na legislação. [...]”⁷²⁷ (grifo nosso).

74 Assim, “a igual proteção da lei” estaria voltada para a igualdade de oportunidades ou, em outras palavras, para a “igualdade material”.

A.2. Sistema Europeu de Direitos Humanos

75. A Convenção Europeia contém, nos artigos 14 e 1 do Protocolo Adicional Nº 12,⁷²⁸ disposições equivalentes aos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana, respectivamente. Quanto à interpretação do Tribunal Europeu, referiu-se a que “embora o artigo 14 da Convenção proíba a discriminação para garantir o gozo dos «direitos e liberdades reconhecidos na (...) Convenção», o artigo 1 do Protocolo Nº 12 amplia o âmbito de proteção a “qualquer direito previsto pela lei”. Introduce, portanto, uma

⁷²⁵ Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, *Observação Geral Nº 6 (2018) sobre a igualdade e a não discriminação*, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018, par. 10.

⁷²⁶ Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, *Observação Geral Nº 6, supra*, par. 14.

⁷²⁷ Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, *Observação Geral Nº 6, supra*, par. 16.

⁷²⁸ Ver “Artigo 14 Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção há de ser assegurado sem distinção alguma, especialmente por razões de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação”. O Protocolo Nº 12 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Roma, 4.XI.2000, dispõe: “Artigo 1. Proibição geral da discriminação 1. O gozo dos direitos reconhecidos pela lei há de ser assegurado sem discriminação alguma, especialmente por razões de sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação. E 2. Ninguém poderá ser objeto de discriminação por parte de uma autoridade pública, especialmente pelos motivos mencionados no parágrafo 1”.

proibição geral da discriminação”.⁷²⁹ Ademais, destacou que “[o]s autores do Protocolo Nº 12 utilizaram, no artigo 1 desse instrumento, o mesmo termo, discriminação, utilizado na interpretação no artigo 14.”⁷³⁰

76. Para melhor entendimento, é necessário recorrer ao *Relatório Explicativo do Protocolo 12 da Convenção Europeia*, no qual se considerou que, em especial, o alcance da proteção adicional, em virtude do artigo 1, se refere aos casos em que uma pessoa é objeto de discriminação: i. no gozo de todo direito especificamente concedido ao indivíduo pelo direito nacional; ii. no gozo de qualquer direito derivado de obrigações claras das autoridades no direito nacional, ou seja, quando a lei nacional obriga essas autoridades a agir de certa forma; [e] iii. devido a outros atos ou omissões por parte das autoridades.⁷³¹

77. Isso posto, o referido relatório especificou que, em princípio, “o artigo 1 garante a proteção contra a discriminação por parte das autoridades. Esse artigo não pretende impor às Partes a obrigação positiva geral de tomar medidas para evitar qualquer caso de discriminação, ou pôr fim a ele, nas relações entre particulares”.⁷³² No entanto, considerou que:

26. [...] não se pode descartar totalmente que o dever de “assegurar” que figura no primeiro parágrafo do artigo 1 implique obrigações positivas. Essa questão pode ser suscitada, por exemplo, quando exista um vazio manifesto na proteção oferecida pelo direito nacional contra a discriminação. No que se refere mais especificamente às relações entre particulares, a ausência de proteção contra a discriminação nessas relações poderia ser tão nítida e grave que implicaria claramente a responsabilidade do Estado e colocaria em jogo o artigo 1 do Protocolo.

[...]

⁷²⁹ Cf. TEDH, *Caso Sejdić e Finci Vs. Bósnia-Herzegóvina*, 22 de dezembro de 2009, par. 53; e *Caso Maktouf e Damjanović Vs. Bósnia-Herzegóvina*, 18 de julho de 2013, par. 88.

⁷³⁰ *Caso Sejdić e Finci Vs. Bósnia-Herzegóvina*, supra, par. 55 e 53. O conceito de discriminação é objeto de constante interpretação na jurisprudência do Tribunal relativa ao artigo 14 da Convenção. A jurisprudência concluiu que, por «discriminação», se entende um tratamento diferenciado, sem justificação objetiva e razoável, de pessoas que se encontram em situações análogas.

⁷³¹ Cf. Conselho da Europa, *Relatório Explicativo do Protocolo 12 da Convenção Europeia*, par. 22.

⁷³² Cf. Conselho da Europa, *Relatório Explicativo do Protocolo 12 da Convenção Europeia*, par. 25. Acrescentou que: “Um Protocolo adicional à Convenção, que, por essência, enuncia direitos individuais justiciáveis formulados de maneira concisa não constituiria um instrumento apropriado para definir os diferentes elementos de uma obrigação tão ampla, de caráter programático. Já foram enunciadas regras específicas e mais detalhadas no âmbito de convenções distintas, exclusivamente dedicadas à eliminação da discriminação pelas razões particulares a que se referem essas convenções (ver, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ambas elaboradas no âmbito das Nações Unidas). Está claro que não se poderia interpretar este Protocolo como uma restrição ou uma exceção às disposições de direito interno ou de tratados que prevejam uma proteção adicional contra a discriminação”.

28. *Deduz-se dessas considerações que toda obrigação positiva no âmbito das relações entre particulares se referiria, na melhor das hipóteses, às relações na esfera pública normalmente regida pela lei, pela qual o Estado tem certa responsabilidade. [...] A forma precisa pela qual o Estado deveria responder variará segundo as circunstâncias. Está claro que os assuntos puramente privados não podem ver-se afetados. [...]*⁷³³ (grifo nosso).

78. Por outro lado, um aspecto a destacar se encontra na Carta Social, já que esse instrumento só contém uma “cláusula de não discriminação” (art. E), em sentido similar ao artigo 1.1 da Convenção Americana. No entanto, com base nessa disposição, o Comitê vinculou a não discriminação à “igualdade de tratamento” ou “formal”. Assim, declarou que “para garantir a igualdade de tratamento, em conformidade com o artigo E, é necessário proibir todas as formas de discriminação indireta que possam surgir, ao não se levar devidamente em conta todas as diferenças relevantes ou ao não tomar as medidas adequadas para garantir que os direitos e as vantagens coletivas que estão abertos a todos sejam realmente acessíveis a todos”.⁷³⁴ Dessa forma, o artigo E da Carta abrange, por um lado, a obrigação positiva de tratar de forma diferente as pessoas cujas situações são diferentes e, pelo outro, a diferença humana não só deve ser vista de maneira positiva, mas também deve ser respondida com discernimento para garantir uma igualdade real e efetiva.⁷³⁵ Entende-se que, do artigo E, derivariam elementos, dependendo do caso, tanto da igualdade formal como da igualdade material.

B.1. Princípios gerais

B. O mandato da igualdade real ou substancial com base no artigo 24 da Convenção Americana: As cláusulas “autônoma” e “subordinada” da igualdade e não discriminação

79. Do ponto de vista doutrinário, o artigo 24 da Convenção Americana contém uma cláusula de não discriminação “autônoma”, que, em geral, responde à formulação clássica de não discriminação perante a lei; mas, por outro lado, o artigo 1.1 também contém uma cláusula de não discriminação, identificada como “subordinada”.⁷³⁶

⁷³³ Conselho da Europa, *Relatório Explicativo do Protocolo 12 da Convenção Europeia*, par. 26 e 28.

⁷³⁴ CEDS, *Caso Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH) Vs. Bélgica*, Queixa Nº 75/2011, decisão de 75/2011, par. 206.

⁷³⁵ Cf. CEDS, *Caso Fórum Europeu de Roma e Viajantes (ERTF) Vs. França*, Queixa Nº 119/2015, decisão de 16 de abril de 2018, par. 108 e 109.

⁷³⁶ Ver Le Saux, Marianne Gonzáles e Parra Vera, Óscar, “Concepções e cláusulas de igualdade na jurisprudência da Corte Interamericana: a propósito do Caso Apitz”, em *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*, San José, Nº 47, 2008, p. 127-164; Uprimny Yepes, Rodrigo e Sánchez Duque, Luz María, “Igualdade perante a lei”, em Christian Steiner e Marie-Christine Fucks (ed.) e Patricia Uribe, (coord. acadêmica), *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comentada*, 2 ed., Bogotá, Konrad Adenauer

80. A Corte IDH observou que, ao abordar o princípio da igualdade e não discriminação, deve-se ter presente a contínua evolução do Direito Internacional.⁷³⁷ Desse modo, a não discriminação (art. 1.1 e 24), juntamente com a igualdade perante a lei (art. 24) e a igual proteção da lei (art. 24), em favor de todas as pessoas e grupos de pessoas, são elementos constitutivos de um princípio básico e geral relacionado à proteção dos direitos humanos. É difícil desvincular o elemento da igualdade da não discriminação, razão pela qual, ao falar de igualdade perante a lei, esse princípio deve ser garantido sem discriminação alguma.⁷³⁸

81. Em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, a Corte IDH estabeleceu que é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todos os dispositivos do tratado, e estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos, "sem discriminação alguma". Ou seja, independentemente da origem ou da forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório a respeito do exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é *per se* com ela incompatível.⁷³⁹ O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos gera sua responsabilidade internacional.⁷⁴⁰ É por esse motivo que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação.⁷⁴¹

82. O princípio de proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação constitui um dado sobressalente no sistema tutelar dos direitos humanos consagrado em numerosos instrumentos internacionais e desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.⁷⁴² Além disso, a Corte IDH salientou que a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade de natureza do gênero humano, e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, leve a que seja tratado com privilégio; ou

Stiftung, 2019, p. 708 e ss.; e Pérez, Edwar, *Igualdade e não discriminação no direito interamericano*, México, CNDH, México, 2016, p. 23-24.

⁷³⁷ A esse respeito, a Corte IDH, no Parecer Consultivo OC-16/99 sobre *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*, salientou que: "O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos é formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convenções, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica exerceu um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame no contexto da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo". *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*. Parecer Consultivo OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 115.

⁷³⁸ Cf. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 83.

⁷³⁹ Cf. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53; e *Caso Duque Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C Nº 310, par. 94.

⁷⁴⁰ Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, *supra*, par. 85; e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, par. 94.

⁷⁴¹ Cf. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, *supra*, par. 85; e *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, par. 94.

⁷⁴² Ver: *Xákmok Kásek Vs. Paraguai, supra*, par. 269; e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, supra*, par. 225.

que, ao contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade, ou de qualquer forma o discrimine no gozo do direito que, de fato, se reconhece àqueles que não consideram incursos nessa situação.⁷⁴³ Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *ius cogens*. Sobre ele reside o aparato jurídico do ordenamento jurídico.⁷⁴⁴

83. Ao longo de seus mais de quarenta anos de existência, a Corte IDH foi aperfeiçoando e aplicando, de maneira concreta, as normas sobre o direito à igualdade e à não discriminação. Nesse sentido, podemos destacar três cenários jurisprudenciais nos quais a Corte IDH aplicou os artigos 1.1 e 24: i) de 1984 até o ano 2007, que corresponde a uma aplicação casuística dos fatos; ii) a partir do caso *Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela* (2008), que corresponde ao estabelecimento de uma possível distinção da aplicação dos artigos 1.1 e 24 da CADH; e iii) algumas hipóteses excepcionais em que, em decorrência das circunstâncias dos fatos do caso, a aplicação dos artigos 1.1 e 24 não justifica uma distinção.

B.1.i) Do Parecer Consultivo Nº 4 (1984) ao Caso *Saramaka Vs. Suriname* (2007)

84. A primeira ocasião em que o Tribunal Interamericano teve a oportunidade de analisar o conteúdo dos artigos 1.1 e 24 foi no ano de 1984; no Parecer Consultivo Nº 4, a Corte IDH estabeleceu uma diferença quanto ao alcance de ambas as disposições. Assim, salientou que, a respeito do artigo 1.1 da Convenção:

[...] O artigo 1.1 da Convenção [...] é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, [...] qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é *per se* com ela incompatível [...].⁷⁴⁵

85. E sobre o artigo 24 dispôs que:

Embora as noções não sejam idênticas e a Corte tenha, talvez, no futuro, a oportunidade de precisar as diferenças, essa disposição reitera, de certa forma, o princípio estabelecido no artigo 1.1. Em função do reconhecimento da igualdade perante a lei, se proíbe todo tratamento discriminatório de origem legal. Desse modo, a

⁷⁴³ Cf. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, *supra*, par. 79.

⁷⁴⁴ Cf. *Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, *supra*, par. 101; *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 225; e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, *supra*, par. 79.

⁷⁴⁵ *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53.

proibição de discriminação amplamente constante do artigo 1.1, a respeito dos direitos e garantias estipulados pela Convenção, se estende ao direito interno dos Estados Partes, de tal maneira que é possível concluir que, com base nessas disposições, estes se comprometeram, em virtude da Convenção, a não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias referentes à proteção da lei [...].⁷⁴⁶

86. No entanto, posteriormente, no ano de 1990, por ocasião do Parecer Consultivo Nº 10, ressaltou que “o sentido da expressão *discriminação* que menciona o artigo 24 deve ser interpretado, então, à luz do que menciona o artigo 1.1”.⁷⁴⁷ Posteriormente, no ano de 2002, no Parecer Consultivo Nº 17, a Corte IDH reitera o critério de distinção estabelecido no OC-4.⁷⁴⁸ No OC-18, o Tribunal Interamericano novamente ressalta a distinção estabelecida no OC-4, no entendimento de que “independentemente de quais desses direitos estejam reconhecidos por um Estado, em normas de caráter interno ou internacional, a Corte considera evidente que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir [as] obrigações [de respeito e garantia dos direitos humanos] sem discriminação alguma”.⁷⁴⁹

87. Quanto aos casos contenciosos, as primeiras aproximações com vistas à possível aplicação dos artigos 1.1 e 24 aconteceram no tema indígena (*Comunidade Moiwana Vs. Suriname*⁷⁵⁰ e *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*⁷⁵¹), sem que se declarasse a violação dos referidos dispositivos. Foi somente no *Caso Yatama Vs. Nicarágua* que a Corte IDH constatou uma violação explicitando a distinção conforme o estabelecido no OC-4;⁷⁵² no entanto, quando declara a responsabilidade internacional não tece as considerações sobre o alcance dos referidos artigos, e pareceria que a interpretação mediante a qual se declara essa responsabilidade é mais acorde com o estabelecido no OC-10.⁷⁵³

⁷⁴⁶ Parecer Consultivo OC-4/84, *supra*, par. 54.

⁷⁴⁷ *Exceções ao esgotamento dos recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, Série A Nº 11, par. 22.

⁷⁴⁸ *Cf. Condição jurídica e direitos humanos da criança*. Parecer Consultivo OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Série A Nº 17, par. 43 e 44.

⁷⁴⁹ Parecer Consultivo OC-18/03, *supra*, par. 100.

⁷⁵⁰ *Cf. Caso da Comunidade e Moiwana vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de junho de 2005, Série C Nº 124, par. 94.

⁷⁵¹ Assim, “consider[ou] oportuno recordar que, em conformidade com os artigos 24 [...] e 1.1[...] da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos dessas pessoas que estão sujeitas a sua jurisdição. No entanto, cumpre salientar que, para garantir efetivamente esses direitos, ao interpretar e aplicar sua legislação interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que constituem sua identidade cultural”. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de junho de 2005, Série C Nº 125, par. 51.

⁷⁵² 148 *Cf. Caso Yatama vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005, Série C Nº 127, par. 186.

⁷⁵³ “[a] Corte entende que, em conformidade com os artigos 23, 24, 1.1 e 2 da Convenção, o Estado tem a obrigação de garantir o gozo dos direitos políticos, o que implica que a regulamentação do exercício desses direitos e sua aplicação sejam acordes com o princípio de igualdade e não discriminação, e deve

88. Até esse ponto, pareceria que a tendência jurisprudencial da Corte IDH até o ano de 2005 era distinguir o conteúdo dos artigos conforme o OC-4, ou seja, o art. 1.1 se aplica a respeito de todos os dispositivos da Convenção (em especial, conforme a proibição de discriminação por categorias específicas), ao passo que o art. 24, a respeito da legislação interna. Não obstante isso, duas decisões antes de 2008 romperam esse esquema que se vinha consolidando.

89. Em 2006, a Corte IDH decidiu o *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, no qual a vítima pertencia a uma comunidade garífuna e foi proibida de falar seu idioma materno enquanto se encontrava privado de liberdade. A Corte IDH determinou a violação dos direitos à liberdade de pensamento e expressão e à igualdade perante a lei, consagrados nos artigos 13 e 24 da Convenção Americana, e o descumprimento da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e liberdades, estabelecida no artigo 1.1.⁷⁵⁴ No caso, haveria que explicitar duas questões. Não se aplicou aos fatos “uma norma interna”, de maneira arbitrária, razão pela qual, conforme o que vinha consolidando a Corte IDH, a violação do art. 24 não teria acontecido, mas a discriminação teria se originado por “falar seu idioma”, questão que está relacionada diretamente a uma categoria estabelecida no artigo 1.1. No entanto, no caso, o artigo 1.1 é usado no que se refere às obrigações de “respeito e garantia”.

90. O outro caso que rompeu com o esquema que a Corte IDH vinha estabelecendo foi o *Caso do Presídio Miguel Castro Castro* (2006). O Tribunal Interamericano concluiu que o Estado havia descumprido a obrigação de não discriminar as mulheres em condições de detenção e que a violência sexual é uma forma de discriminação, e reconheceu a existência de situações de violência sexual dentro do presídio, de tal modo que se declarou a violação dos artigos 7.b da Convenção de Belém do Pará e 5.1 da Convenção Americana;⁷⁵⁵ no entanto, não determinou que esses danos à integridade fossem, ao mesmo tempo, violações da obrigação de não discriminar em razão de sexo/gênero contemplada no artigo 1.1.

91. Finalmente, como preâmbulo da consolidação da distinção que existiu entre os artigos 1.1 e 24, em 2007, a Corte IDH decidiu o *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Embora, nesse caso, a Corte IDH não tenha abordado o art. 24, faz uma aproximação, da perspectiva da não discriminação, por categorias estabelecidas no artigo 1.1, sobre as medidas especiais em favor dos povos indígenas. Considera-se que, na medida em que não se adotem medidas legislativas ou de outra natureza

adotar as medidas necessárias para garantir seu pleno exercício”. Cf. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *supra*, par. 202. Em situação similar se encontra o *Caso Yean e Bosico*, em que a Corte IDH estabeleceu “que por razões discriminatórias e contrárias à legislação interna pertinente, o Estado deixou de conceder a nacionalidade às meninas, o que constituiu uma privação arbitrária de sua nacionalidade, e as deixou apátridas por mais de quatro anos e quatro meses, em violação dos artigos 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 do mesmo instrumento, e também em relação ao artigo 1.1 desse instrumento”. *Caso das crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 174.

⁷⁵⁴ Cf. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C Nº 141, par. 174.

⁷⁵⁵ Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 303, 308 e 312.

que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos da Convenção, estes não serão garantidos e respeitados sem discriminação.⁷⁵⁶ Assim, esse precedente reafirma o exposto pelo OC-4, de 1984.

92. Como podemos observar, durante esse tempo, a Corte IDH não tinha uniformidade com relação ao entendimento do conteúdo do disposto no artigo 24 (e, por conseguinte, quando seria procedente analisar essa disposição), ou do que estabelecia o artigo 1.1, que estaria relacionado à presença de categorias suspeitas ou critérios que, *prima facie*, permitirão chegar a uma presunção de tratamento discriminatório.

B.1.ii) A partir de 2008 com o Caso Apitz Barbera

93. A situação acima descrita mudou substancialmente a partir de 2008. A partir do *Caso Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) Vs. *Venezuela*, a Corte IDH considerou de maneira clara e contundente que a diferença entre o artigo 1.1 e o artigo 24 do Pacto de San José reside em que:

209. [...] A diferença entre os dois artigos reside em que a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos constantes da Convenção Americana, ao passo que o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”. Em outras palavras, caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, pelo contrário, a discriminação se referisse a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24.⁷⁵⁷

94. Assim, a partir de então, a Corte IDH vem considerando de forma constante que o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito, não só quanto aos direitos constantes desse tratado, mas no que se refere a todas as leis que o Estado aprove e a sua aplicação.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Cf. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº 172, par. 175.

⁷⁵⁷ *Caso Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) Vs. *Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209.

⁷⁵⁸ Cf. *Caso Duque Vs. Colômbia, supra*, par. 94; *Caso Flor Freire Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C Nº 315, par. 112; e *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 9 de março de 2018. Série C Nº 351, par. 272. Embora a Corte IDH, posteriormente ao *Caso Apitz*, tenha feito referência à jurisprudência que estabeleceu no *Caso YATAMA*, ou seja, que o artigo 24 proíbe a discriminação de “direito ou de fato”, o entendimento do Tribunal Interamericano a respeito do artigo 24 é que se refere à proibição de discriminação de direito.

B.1.iii) A conjugação dos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana

95. Embora a Corte IDH tenha expressado que existe, *prima facie*, essa distinção entre ambas as disposições, também reconheceu que, em algumas situações, as violações suscitadas compreendem ambas as modalidades de discriminação e, portanto, não se faz necessário realizar uma distinção entre os dois dispositivos.⁷⁵⁹ Nesse sentido, nos casos *Véliz Franco* e *Velásquez Paiz*, ambos contra o Estado guatemalteco, o Tribunal Interamericano considerou que a ineficácia das ações das autoridades, ou a indiferença, constituía em si mesma uma forma de discriminação no acesso à justiça, razão por que, quanto à violação dos artigos 1.1 e 24, não era necessário estabelecer uma diferença,⁷⁶⁰ no sentido do estabelecido a partir do *Caso Apitz Barbera e outros*.

96. Posteriormente, no *Caso V.R.P., V.C.P. e outros Vs. Nicaragua*, a Corte IDH ressaltou que, conforme o artigo 24 da Convenção, cabe aos Estados a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, *eliminar as regulamentações de caráter discriminatório, combater as práticas dessa natureza e estabelecer normas e outras medidas que reconhecem e assegurem a efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas*,⁷⁶¹ o que, nesse caso, produzia uma análise conjunta dos artigos 1.1 e 24 do Pacto de San José. Desse modo, o pronunciamento mencionado era a antessala daquilo que, no presente caso, se reconhece “como o mandato de igualdade material com base no artigo 24”.⁷⁶²

V. A IGUALDADE MATERIAL OU SUBSTANCIAL NAS VÍTIMAS DA EXPLOÇÃO DA FÁBRICA DE FOGOS

97. As ações positivas ou afirmativas a cargo do Estado na jurisprudência interamericana haviam sido associadas unicamente ao conteúdo do artigo 1.1 a partir da “obrigação de garantir”. A jurisprudência constante da Corte IDH havia salientado que “os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer a respeito de ações e práticas de terceiros que, com sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”.⁷⁶³

⁷⁵⁹ Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2014. Série C N° 277, par. 215; e *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C N° 307, par. 199.

⁷⁶⁰ Cf. *Caso Véliz Franco e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 208; e *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala, supra*, par. 176.

⁷⁶¹ *Caso V.R.P., V.P.C. e outros Vs. Nicaragua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C N° 350, par. 289.

⁷⁶² Não era a primeira vez que o Tribunal o expressava. A mesma análise havia sido externada nos casos *YATAMA* e *Vélez Loor*. Nesses casos, no entanto, não se havia feito uma abordagem com as considerações feitas no *Caso V.R.P., V.C.P. e outros*. Cf. *Caso Yatama Vs. Nicaragua, supra*, par. 185; e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N° 218, par. 248.

⁷⁶³ Parecer Consultivo OC-18/03, *supra*, par. 104; *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, supra*, par. 271; *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile, supra*, par. 80; *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, supra*, par. 236; *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena*

98. Na sentença, a Corte IDH destacou que analisaria o artigo 24 devido a que:

[p]or conseguinte, neste caso, a Corte analisará as violações alegadas à luz dos artigos 1.1 e 24, uma vez que os argumentos da Comissão e dos representantes se centram tanto na alegada discriminação sofrida pelas supostas vítimas, por sua condição de mulheres e afrodescendentes, quanto por sua situação de pobreza, bem como pela falta de adoção de medidas de ação positiva para garantir seus direitos convencionais” (grifo nosso).⁷⁶⁴

99. A afirmação acima exposta na sentença tem importantes consequências no entendimento da igualdade e não discriminação como pilares fundamentais da Convenção Americana, porquanto atende a adotar medidas, tanto a partir da “obrigação de garantir”, pelo artigo 1.1, quanto a partir da concepção da igualdade como não discriminação ou *igualdade material*, no âmbito do artigo 24.

100. Não é a primeira vez que no Sistema Interamericano se afirma que, em seu âmbito, não existe somente a igualdade formal ou de tratamento não arbitrário, mas também se entende que se protege um aspecto material, substancial, de oportunidades ou real. Assim, a Comissão Interamericana declarou, no ano de 2007, que:

99. O Sistema Interamericano não só congrega uma noção formal de igualdade, limitada a exigir critérios de distinção objetivos e razoáveis e, portanto, a proibir diferenças de tratamento irrazoáveis, inconstantes ou arbitrarias, mas avança para um conceito de igualdade material ou estrutural que parte do reconhecimento de que certos setores da população necessitam da adoção de medidas especiais de equiparação. Isso implica a necessidade de tratamento diferenciado quando, devido às circunstâncias que afetam um grupo em desvantagem, a igualdade de tratamento suponha limitar ou piorar o acesso a um serviço ou bem, ou o exercício de um direito.⁷⁶⁵

Mapuche) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de maio de 2014. Série C Nº 279, par. 201; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289, par. 220; Caso Duque Vs. Colômbia, supra, par. 92; e Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, supra, par. 336.

⁷⁶⁴ *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil, supra, par. 183.*

⁷⁶⁵ CIDH. “Acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência nas Américas”. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 janeiro de 2007, par. 99. No referido relatório (nota de rodapé, p. 136), a Comissão Interamericana se apoia em Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990; Ferrajoli, Luis, “Igualdade e Diferença”, em *Direitos e Garantias. A lei do mais fraco*, Madri, Editorial Trota, 1999, p. 73-96; Barrere Zenueta, María Ángeles, *Discriminação, direito antidiscriminatório e ação positiva em favor das mulheres*, Madri, Civitas, 1997; *Igualdade e discriminação positiva: um esboço de análise conceitual*; Fiss, Owen, “Another Equality”, e “Grupos e a cláusula de igual proteção”, em Gargarella, Roberto (comp), *Direito e grupos em desvantagem*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137-168.

101. Além disso, a Comissão Interamericana analisou situações de discriminação estrutural e salientou que “os princípios gerais de não discriminação e igualdade” refletidos nos artigos 1 e 24 da Convenção Americana exigem a “adoção de medidas destinadas a superar as desigualdades na distribuição interna e nas oportunidades”.⁷⁶⁶

102. A doutrina havia sido enfática ao ressaltar que, pelo menos no Direito Internacional, existem duas noções de igualdade e que foram expressas em instrumentos internacionais: (i) a igualdade como “proibição de tratamento arbitrário” ou “igualdade formal”; e (ii) a igualdade “como não discriminação”, a “igualdade como não submissão” ou a “igualdade material”. Isso posto, a respeito do artigo 24, reconhecia-se que, enquanto a primeira parte do artigo, “todas as pessoas são iguais perante a lei”, fazia referência àquela que se denominou igualdade como proibição do tratamento arbitrário ou igualdade formal, a segunda parte, “sem discriminação, a igual proteção da lei”, se referiria à igualdade como proibição de discriminação ou não sujeição, o que se complementaria com o disposto no art. 1.1.⁷⁶⁷

103. Isso posto, essa noção de “igualdade como proibição de discriminação” ou “não sujeição” se baseia na ideia de que existem setores que foram sistemática ou historicamente subordinados, subjugados, excluídos ou marginalizados, motivo pelo qual existe a necessidade de que os Estados adotem medidas para melhorar a condição desses grupos, com o objetivo de permitir que saiam da situação de marginalização. Essa concepção da igualdade demanda do Estado não somente que ele se abstenha de realizar ações que aprofundem a marginalização desses grupos, mas que revise normas que são aparentemente neutras, mas que têm impacto discriminatório sobre os grupos em situação de exclusão, e, além disso, adotar medidas positivas para favorecer sua integração à sociedade e seu acesso a bens sociais.⁷⁶⁸ A ação do Estado, então, estaria destinada a reverter as situações de desigualdade social das pessoas ou de alguns grupos de pessoas.

104. O exposto pela Comissão Interamericana e pela doutrina coincide substancialmente com os primeiros desenvolvimentos jurisprudenciais da Corte IDH. No *Caso Furlan e outros Vs. Argentina*, reconheceu que o direito à igualdade e não discriminação abrange duas concepções: uma concepção negativa, relacionada à proibição de diferenças de tratamento arbitrárias, e uma concepção positiva, relacionada à obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real frente a grupos que foram historicamente excluídos ou que se encontram em maior risco de

⁷⁶⁶ CIDH, Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Equador 1997, Capítulo II. B, Garantias Jurídicas e Institucionais na República do Equador.

⁷⁶⁷ Ver Le Saux, Marianne Gonzáles e Parra Vera, Óscar, “Concepções e cláusulas de igualdade na jurisprudência da Corte Interamericana: a propósito do *Caso Apitz*”, em *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, N° 47, 2008, p. 147.

⁷⁶⁸ Cf. Saba, Roberto, *Pobreza, direitos humanos e desigualdade estrutural*, México, Suprema Corte de Justiça da Nação-Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação-Instituto Eleitoral do Distrito Federal, 2012, p. 46 e ss.; e Fiss, Owen, ver diferentes trabalhos referentes a grupos e à cláusula de igual proteção, em *Gargarella, Roberto (comp.), Direito e grupos em desvantagem*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137-168.

ser discriminados.⁷⁶⁹ No *Caso YATAMA Vs. Nicarágua*, a Corte IDH já havia salientado que, “o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito e *de fato*, não só quanto aos direitos constantes desse tratado, mas no que diz respeito a todas as leis que o Estado aprove e a sua aplicação.”⁷⁷⁰

105. Não obstante isso, embora a jurisprudência da Corte IDH afirmasse que o artigo 24 protegia também a “igualdade de fato”, pela igual proteção da lei, esse conteúdo nas análises concretas era redirecionado para o conteúdo do artigo 1.1, ou seja, para a “obrigação dos Estados de respeitar e garantir, sem discriminação, os direitos reconhecidos nesse tratado”.

106. A jurisprudência, posteriormente a *Apitz*, se referia ao artigo 24 da Convenção, na medida em que, no caso concreto, uma norma fosse aplicada de forma arbitrária, mas não abordava como a falta de normas – ou seja, o fato de que fosse desejável que o Estado adotasse ações ou normas para garantir direitos –, ou sua insuficiência/ineficiência (independentemente de terem sido aplicadas no caso concreto), impactava na “igual proteção da lei, [sem discriminação]”.

107. Uma das dúvidas era se “a não aplicação de normas/ações” ou “a falta de adoção de normas/ações” provocava um impacto desproporcional e, por conseguinte, discriminatório (pela exclusão que gera no desfrute de um direito), do ponto de vista da “igual proteção da lei”, em especial quando se havia demonstrado a existência de discriminação indireta e padrões de discriminação estrutural contra grupos sistematicamente discriminados.⁷⁷¹

108. Assim, na sentença, a Corte IDH reconhece, pela primeira vez, de maneira explícita que:

199. Por outro lado, a Corte conclui que, do artigo 24 da Convenção, decorre um mandato destinado a garantir a igualdade material, o que não ocorreu no presente caso. Nesse sentido, o direito à igualdade, garantido pelo artigo 24 da Convenção, apresenta duas dimensões, a primeira *uma dimensão formal*, que estabelece a igualdade perante a lei. A segunda, *uma dimensão material ou substancial*, que ordena a adoção de *medidas positivas* de promoção em favor de grupos historicamente discriminados ou marginalizados em razão dos fatores de discriminação a que faz referência o artigo 1.1 da Convenção Americana. Isso significa que o direito à igualdade implica a obrigação de adotar medidas para garantir que essa igualdade seja *real e efetiva*, ou seja, de corrigir as desigualdades existentes, promover a inclusão e a participação

⁷⁶⁹ Cf. *Caso Furlán e familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 267.

⁷⁷⁰ Cf. *Caso Yatama Vs. Nicarágua*. *supra*, par. 186.

⁷⁷¹ Ver: *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, *supra*.

dos grupos historicamente marginalizados e garantir às pessoas ou grupos em desvantagem o gozo efetivo de seus direitos; em suma, oferecer às pessoas possibilidades concretas de ver realizada, em seus próprios casos, a igualdade material. Para isso, os Estados devem enfrentar energeticamente situações de exclusão e marginalização⁷⁷² (grifo nosso).

109. Do acima exposto se observa que, na medida em que exista um contexto de discriminação estrutural, deve-se ler a expressão “sem discriminação”, no artigo 24, em consonância com o mesmo enunciado constante do artigo 1.1; e, por conseguinte, compreender que, a partir do artigo 24 da Convenção, existem, para garantir os direitos, obrigações positivas. Essas obrigações positivas se devem traduzir, por exemplo, na: i) eliminação de legislação que possa ser aparentemente neutra, mas que provoque impacto indireto em determinados grupos, ii) adoção de legislação que atenda às situações particulares de fato de grupos excluídos sistematicamente; ou iii) adoção de medidas de compensação para que a legislação existente possa ser aplicável à realidade e não resulte em ineficácia.

110. O entendimento da expressão “sem discriminação” no artigo 24, à luz do artigo 1.1 da Convenção, concorda com o espírito que motivou a criação do Protocolo 12 no Sistema Europeu. Além disso, o exposto no parágrafo 199 da sentença, sobre o que implica “a igual proteção da lei”, concorda com o determinado sobre *igualdade material*, constante do artigo 5 da Convenção das Pessoas com Deficiência, e a interpretação oferecida pelo Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência. Ademais, como se mencionou, pelo menos, o Comitê de Direitos Humanos entende que, a partir do artigo 26 (equivalente ao artigo 24 da Convenção Americana), também se estaria diante de uma obrigação de adotar medidas positivas.

111. Portanto, o mandato com base no artigo 24 da Convenção não só abrange *abster-se* de a) emitir normas que criem um tratamento arbitrário; ou b) aplicar as normas já existentes de forma arbitrária (obrigações de respeito), mas também implica que cabe ao Estado adotar normas para superar as situações de desigualdade ou, na sua ausência, eliminar as normas ou práticas que perpetuem essa desigualdade (obrigações positivas), porquanto, na medida em que não se faça isso com a legislação interna, não se estaria ante “a igual proteção da lei”.⁷⁷³

112. No caso, a responsabilidade internacional surge pela falta de proteção da lei, no sentido de que o Estado não havia adotado medida alguma que pudesse ser avaliada pela Corte IDH como forma de enfrentar ou de buscar reverter a situação de pobreza e marginalização estrutural das trabalhadoras da fábrica de fogos, com especial atenção aos fatores de discriminação que confluíam em cada caso concreto.

⁷⁷² *Caso Empleados de la Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 199.

⁷⁷³ O exposto concorda com o enunciado no *Caso V.R.P. V.C.P. e outros Vs. Nicaragua* e, com menor desenvolvimento, nos *Casos Vélez Loor* e *YATAMA*. Ver *supra*, par. .96 e nota de rodapé 157 do presente voto.

Ademais, em que pese a alegação da existência de uma estrutura jurídica efetiva para a redução das desigualdades, e que havia executado diversas políticas públicas com esse mesmo objetivo no Município de Santo Antônio de Jesus, o Estado não havia demonstrado que a situação de discriminação estrutural sofrida pelas mulheres que se dedicam à fabricação de fogos de artifício tenha mudado, ou seja, não havia demonstrado que tivessem sido efetivas.⁷⁷⁴

113. Ante a falta de fiscalização das condições de higiene, saúde e segurança do trabalho na fabricação de fogos de artifício para, especialmente, evitar acidentes de trabalho (em que pese a exigência legal de realizar essa ação), o Estado não só deixou de garantir o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho das supostas vítimas, mas também contribuiu para agravar as condições de discriminação estrutural em que se encontravam. Some-se a isso, por outro lado, a ausência de adoção de medidas que tivessem permitido desfrutar do verdadeiro conteúdo desse direito, qual seja, incentivar o trabalho formal na área.⁷⁷⁵

114. Em conclusão, a sentença considera que, em determinados contextos, o artigo 1.1 e o artigo 24 da Convenção Americana podem ser violados pelos Estados, quando se demonstra que, por um lado, as medidas adotadas foram ineficazes e, pelo outro, que tampouco foram adotadas medidas que tivessem compensado situações de desigualdade. Desse modo, o entendimento da ineficácia, insuficiência ou ausência de medidas, normas, ações ou políticas, em favor de grupos estruturalmente marginalizados, não só se analisa com base no artigo 1.1, mas também com base no artigo 24 do Pacto de San José.

VI. CONCLUSÕES

115. As explosões em locais de armazenamento de materiais perigosos não são um fenômeno novo, nem em nosso continente, nem no mundo. Lamentavelmente, continuam surgindo vítimas mortais e sobreviventes com graves danos à integridade física e psíquica, em razão de explosões de fogos de artifício como as ocorridas no presente caso. A importância desta sentença reside em visibilizar como, além das regulamentações existentes na matéria – que, em muitos casos podem ser robustas –, na medida em que na prática e na realidade não se materialize o que a norma ordena, será inefetiva a proteção que se pretende.

116. Além disso, a sentença referenda as obrigações que têm os Estados frente à ação dos particulares nos contextos laborais, no caso uma empresa privada que manipula e armazena materiais perigosos. Especificamente, trata-se do primeiro cenário em que é possível interpretar as disposições da Convenção Americana (art. 1.1 e 2), com base nos desdobramentos verificados no âmbito das empresas e dos

⁷⁷⁴ Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 200 e 202.

⁷⁷⁵ Questão que fica compreendida nas reparações. Cf. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil*, *supra*, par. 289 e 290.

direitos humanos, especialmente de acordo com a obrigação de “proteção”, que coincide com o que jurisprudencialmente foi interpretado no âmbito da obrigação de garantia e do dever de prevenção.

117. Também a sentença destaca a existência de sujeição de grupos de pessoas, que, dadas suas condições sociais, econômicas e pessoais, se veem obrigadas a aceitar trabalhos que não atendem ao conteúdo mínimo das normas internas e internacionais (daí a importância da *fiscalização ou inspeção* como meio de prevenção de violações). Em muitos casos, existe um vínculo entre a aceitação de trabalhos perigosos e a situação econômica das vítimas.

118. Nesse contexto, tanto a regulamentação – que, como foi mencionado, costuma existir – quanto a fiscalização (ou inspeção), como meio de materialização para supervisionar o cumprimento da norma, assumem especial relevância nos contextos em que não só se armazenam substâncias ou materiais perigosos, mas onde trabalham pessoas. Isso posto, a fiscalização ou inspeção se posiciona como requisito *sine qua non* do direito às condições de trabalho seguras, salubres e equitativas, pois, do contrário, não se tornaria efetivo o conteúdo desse direito, e especialmente quando se trata de atos de particulares sobre os quais a própria legislação ordena uma estrita vigilância. A falta adequada do cumprimento da regulamentação e da fiscalização não previne a violação de direitos humanos, como ocorreu neste caso, em que 60 pessoas perderam a vida e seis sofreram danos físicos e emocionais graves.

119. Todo o exposto se enquadra na reflexão sobre o que fez com que essas pessoas vítimas dos fatos não tivessem a opção de outras fontes de emprego. Assim, na abordagem da discriminação no presente caso, ajuda a entender que diversos fatores tornavam as vítimas exponencialmente vulneráveis. Cumpre acrescentar ao exposto que, embora existissem normas que regulamentavam as atividades perigosas, a não concretização das medidas de fiscalização, na realidade, tornavam ineficazes essas normas. Assim, embora o Estado, conforme as disposições nacionais, estivesse obrigado a exercer fiscalização, nos fatos do caso, em uma área geográfica em que existiam altos índices de pobreza, e em que se realizavam trabalhos perigosos dos quais se tinha conhecimento, essa fiscalização não aconteceu.

120. Por outro lado, tampouco foram adotadas medidas no momento dos fatos que permitissem que as vítimas tivessem outras opções de emprego, ou seja, não se demonstrou que existissem leis, normas, políticas ou práticas cuja orientação determinasse que levassem em consideração a situação de pobreza das pessoas que viviam no Município para reverter efetivamente a situação de desigualdade a que estavam submetidas as vítimas.

121. Nessas considerações, o entendimento conjunto do princípio de igualdade e não discriminação, em especial com base no artigo 24 da Convenção Americana, com um mandato de *igualdade material*, respalda, em grande medida, o redimensionamento do alcance da *discriminação estrutural* (agravada quando confluem outros fatores). A noção de *igualdade substantiva* é coerente com o paulatino desenvolvimento do

Direito Internacional, mas também do direito constitucional da região, seja por se consagrar nas constituições,⁷⁷⁶ seja pela via jurisprudencial.⁷⁷⁷

122. Esse cenário é especialmente importante ante a ineficácia das normas atinentes a garantir os direitos ou ante a constatação de que as ações adotadas ou a falta de adoção dessas ações “excluíram” ou “marginalizaram” grupos específicos da população, o que não implica que, na interpretação da Convenção Americana, se deva eliminar a noção de *igualdade formal* ou deva predominar a *igualdade material*. Deve-se ter presente que as duas concepções e interpretações coexistem, complementando-se nos aspectos em que uma delas seja insuficiente.

⁷⁷⁶ Exemplos claros dessa incorporação são as Leis Fundamentais da Colômbia e do Equador. No caso da Colômbia, o artigo 13, parágrafo 2, salienta que “O Estado promoverá as condições para que a *igualdade seja real e efetiva, e adotará medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados*”. A Constituição do Equador, artigo 66, parágrafo 4, dispõe o “Direito à igualdade formal, à igualdade material e à não discriminação”. Outras Constituições seguem formulações similares: i) Argentina: no artigo 75, alíneas 2 e 23 (atribuições do Congresso) se identificam mandatos de “igualdade de oportunidades” e “igualdade real de oportunidades e de tratamento”; ii) Bolívia: no artigo 8 (Princípios, valores e fins do Estado), Seção II, salienta-se que “O Estado se sustenta nos valores de [...] igualdade, [...] igualdade de oportunidades [...]”; iii) Chile, no artigo 1, parágrafo 5, é possível identificar um mandato de “igualdade de oportunidades”; iv) México: podemos encontrar mandatos de “igualdade de oportunidades” em favor dos povos indígenas e afro-mexicanos (art. 2, parágrafo B), e quanto a que o direito à educação “se baseará [...] com um enfoque de direitos humanos e de *igualdade substantiva*” (art. 3, parágrafo quarto); v) Paraguai: no artigo 47 (Das garantias da igualdade) se ressalta “[o] Estado garantirá a todos os habitantes da República: [...] 4) a igualdade de oportunidades na participação dos beneficiários da natureza, dos bens materiais e da cultura”, e vi) Peru: no artigo 26 da Constituição se contempla que “[n]a relação trabalhista são respeitados os seguintes princípios: 1. Igualdade de oportunidades sem discriminação”.

⁷⁷⁷ Algumas sentenças de Altas Cortes nacionais que abordaram a *igualdade substantiva* são: i) Colômbia: “A igualdade supõe, então, [que] ao passo que aqueles que estão em situação diferente (constitucionalmente relevante) devem ser tratados de forma diferente. Projeta-se também, de uma *dimensão substantiva ou material*, que impõe ao Estado o compromisso ético e jurídico de promover as condições para que a igualdade seja real e efetiva, adotando medidas em favor dos grupos discriminados, marginalizados ou em situação de fragilidade manifesta (ações afirmativas)” (Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-657/2015, de 21 de outubro de 2015); ii) Equador: “é preciso anotar que existe uma diferença entre a denominada *igualdade formal ou igualdade perante a lei* e a *igualdade material ou igualdade real*. Em termos jurídicos, ambos os tipos de igualdade possuem um mesmo núcleo comum, que consiste na comparabilidade de certas características para estabelecer sua aplicação; não obstante isso, divergem em seus efeitos, focalizando o primeiro tipo a restrição da discriminação e o segundo, o respeito à diferença. Desse modo, a *igualdade formal* tem relação com a garantia de identidade de tratamento a todos os destinatários de uma norma jurídica, evitando a existência injustificada de privilégios, ao passo que a *igualdade material* não tem a ver com questões formais, mas com a real posição social do indivíduo a quem a lei será aplicada, com o objetivo de evitar injustiças” (Corte Constitucional do Equador, Sentença N° 002- 14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014, p. 44); iii) México: “[...] considere-se que o direito humano à igualdade jurídica não somente apresenta uma faceta ou dimensão formal ou de direito, mas também uma de caráter *substantivo ou de fato*, a qual tem por objetivo remover ou reduzir os obstáculos sociais, políticos, culturais, econômicos ou de qualquer outra natureza que impeçam a determinadas pessoas ou grupos sociais gozar ou exercer de maneira real e efetiva seus direitos humanos em condições de paridade com outro conjunto de pessoas ou grupo social” (Primeira Sala da Suprema Corte de Justiça da Nação, Tese jurisprudencial: 1a./J. 125/2017 (10a.), dezembro de 2017); e iv) Peru: “[...] o Estado peruano, definido pela Constituição de 1993, apresenta as características básicas de um Estado social e democrático de direito, no qual se exige a configuração de dois aspectos básicos: a existência de condições materiais mínimas para alcançar seus pressupostos, e a identificação do Estado com os fins de seu conteúdo social”, razão pela qual “[e]sse mínimo vital busca garantir a igualdade de oportunidades em todo nível social, bem como neutralizar as situações discriminatórias e violatórias da dignidade do homem; por esse motivo, a concretização dessas condições materiais mínimas de existência deve motivar a intervenção do Estado e da sociedade, de maneira conjunta, para a consecução desse fim” (Tribunal Constitucional do Peru, Exp. N° 2945- 2003-AA/TC, sentença de 20 de abril de 2004).

123. A igualdade e a não discriminação são dois dos princípios e direitos mais fundamentais do direito internacional dos direitos humanos, constituindo componentes essenciais em uma democracia constitucional. Por esse motivo, cumpre compreender seu alcance de forma conjunta em contextos de clara situação de desvantagem, desigualdade e exclusão. Situações que sempre agravam as violações de direitos humanos protegidos pela Convenção Americana, cujo “mandato transformador”⁷⁷⁸ é crucial na região mais desigual do mundo, com importantes níveis de pobreza e com enormes desafios sociais e econômicas,⁷⁷⁹ que lamentavelmente parecem aumentar, e que se tornaram visíveis em virtude da crise que vivemos, em decorrência da pandemia e seus efeitos.⁷⁸⁰

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Juiz

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

VOTO CONCORDANTE DO JUIZ RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL

SENTENÇA DE 15 DE JULHO DE 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

I. Introdução

1. Na Sentença se declara, entre outras, a violação dos artigos 19, 24 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção”),

⁷⁷⁸ Ver as intervenções na mesa “Da interpretação de normas à mudança social. Os tratados de direitos humanos como instrumentos vivos à luz da realidade”, na reunião das três cortes regionais de direitos humanos, por ocasião do 40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana e da criação da Corte IDH, realizada na sede do Tribunal Interamericano, em 17 de julho de 2018. Sobre esse “mandato transformador” e suas implicações, ver a exposição de Bogdandy von, Armin, “O mandato do Sistema Interamericano. Constitucionalismo transformador por um direito comum de direitos humanos”. Cf. *Diálogo entre Cortes Regionais de Direitos Humanos*, San José, Corte IDH, 2020, p. 61-74, bem como os comentários da juíza Elizabeth Odio Benito (Corte IDH) e dos juízes Ângelo Matusse (Corte Africana) e Branko Lubarda (Tribunal Europeu) sobre essa exposição, além das conclusões da mesa, pela moderadora Mónica Pinto, todas elas nas p. 75-83, 85-108, 109-114 e 115-118, respectivamente. A juíza Odio Benito considera que esse “mandato transformador” funciona com a “interpretação evolutiva”. A obra pode ser consultada em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>.

⁷⁷⁹ Quanto à “persistência da desigualdade”, da “pobreza” e da “exclusão social”, bem como de seu impacto em pessoas ou grupos em situação ou condição de vulnerabilidade, ver Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), *Panorama Social da América Latina*, Santiago, Chile, Nações Unidas, anos 2017, 2018 e 2019.

⁷⁸⁰ Segundo a CEPAL “a pobreza, a pobreza extrema e a desigualdade aumentarão em todos os países da região”. CEPAL, *O desafio social em tempos de COVID-19*, Santiago, Chile, Nações Unidas, 2020 p. 1.

por se haver comprovado uma situação de discriminação interseccional e estrutural que violou direitos humanos de mulheres, adolescentes e crianças de uma região do nordeste do Brasil com significativa presença histórica de pessoas afrodescendentes em condições de pobreza e vulnerabilidade social.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte IDH” ou “Corte”), por meio da sentença, julgou improcedentes as exceções preliminares relativas à inadmissibilidade da apresentação do caso, em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito pela Comissão, à incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho e à falta de esgotamento dos recursos internos, e concluiu que o Estado do Brasil é responsável pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à igual proteção da lei, à proibição de discriminação, ao trabalho, às garantias judiciais e proteção judicial e aos direitos da criança.

3. Por meio do presente, coincido com o disposto na Sentença e formulo este Voto com o objetivo de: (i) aprofundar a forma pela qual considero que a Corte IDH deveria abordar os casos que envolvem violações dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com base na universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação de todos os direitos humanos como fundamento de sua justiciabilidade; (ii) expor que a discriminação interseccional e estrutural contra mulheres e crianças afrodescendentes e pobres implica um padrão que requer especial proteção; e (iii) ressaltar as razões em virtude das quais a obrigação de elaborar e executar um programa de desenvolvimento socioeconômico destinado à população de Santo Antônio de Jesus, em coordenação com as vítimas e seus representantes, como medida de não repetição, deve-se ajustar aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 e às recomendações do Fundo das Nações Unidas para a Infância (doravante denominado UNICEF) e da Organização Internacional do Trabalho (doravante denominada OIT).

II. A questão da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Competência da Corte IDH

a) A exceção prévia de incompetência *ratione materiae*

4. O Estado destacou que a Corte IDH não é competente para se pronunciar sobre a violação do direito ao trabalho, conforme o artigo 26 da Convenção, porque os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais não podem ser submetidos ao regime de petições individuais (parágrafo 21 da sentença). Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão”) e os representantes solicitaram que a exceção fosse julgada improcedente, uma vez que não constitui uma exceção preliminar, tratando-se, antes, de uma questão de mérito (parágrafo 22 da sentença).

5. A Corte, ao final, rejeitou a exceção preliminar, na medida em que se trata de uma questão que deveria ser abordada no mérito deste assunto, e reafirmou sua

competência para “conhecer e resolver controvérsias relativas ao artigo 26 da Convenção Americana como parte integrante dos direitos enumerados em seu texto, a respeito dos quais o artigo 1.1 confere obrigações de respeito e garantia” (parágrafo 23 da sentença).

6. Nesse sentido, votei por rejeitar a exceção apresentada, por considerar que os argumentos expostos pela Corte IDH no *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladora”) Vs. Peru*⁷⁸¹ eram trasladáveis à posição que se sustenta neste caso. Em especial, compartilho os pressupostos ali expostos quanto a que: (1) a Corte “tem o poder inerente a suas atribuições de determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence*)”; (2) quando um Estado reconhece a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, estabelecida no artigo 62.1 da Convenção, isso implica a admissão estatal do poder da Corte de resolver qualquer controvérsia relativa a sua jurisdição; (3) a Corte exerce uma jurisdição plena sobre todos os artigos e disposições da Convenção, abrangendo, portanto, o artigo 26; (4) caso um Estado seja Parte na Convenção Americana e tenha reconhecido a competência contenciosa da Corte, esta é competente para decidir se o referido Estado incorreu em uma violação ou descumprimento de algum dos direitos reconhecidos na Convenção, inclusive no que concerne ao artigo 26. Portanto, coincido com o decidido, no entendimento de que a análise dessa controvérsia, ou seja, a determinação sobre a responsabilidade do Estado pelo descumprimento do artigo 26 da Convenção, deve ser abordada no capítulo de mérito da presente Sentença.

b) A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais: antecedentes, o debate na Corte e as diferentes posições. Minha posição

7. A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais foi objeto de discussão tanto pela doutrina como na Corte, e existem três posturas a esse respeito, tal como mencionei, entre outros, em meu voto concordante à sentença de 21 de novembro de 2019 do *Caso da Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (Ancejub- Sunat) Vs. Peru*.⁷⁸² A primeira corrente entende que a análise de violações individuais dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais deve ser realizada exclusivamente em sua relação com os direitos reconhecidos expressamente pelos artigos 3 a 25 da Convenção, e com base no expressamente permitido pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado “Protocolo de San Salvador”), no artigo 19.6.⁷⁸³ Ao passo que a segunda corrente sustenta que a Corte tem competência

⁷⁸¹ Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladora”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C N° 198, par. 16 e 17.

⁷⁸² Cf. *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C N° 394.

⁷⁸³ Cf. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C N° 112. Ou o *Caso Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005*. Série C N° 125. Para mencionar dois

para conhecer das violações autônomas aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com fundamento no artigo 26 da Convenção, entendendo-se que seriam justificáveis de forma individual.⁷⁸⁴

8. Conforme mencionei em votos concordantes anteriores, e reiterando os fundamentos ali expostos,⁷⁸⁵ me filio a uma postura diversa que denominei “a tese da indivisibilidade-simultaneidade”, e que se baseia na universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, para afirmar a competência da Corte para conhecer sobre violações individuais dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, na convicção de que os Direitos Humanos são interdependentes e indivisíveis, de maneira tal que os direitos civis e políticos se encontram entrelaçados com os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Essa interdependência e indivisibilidade permitem que se veja o ser humano de maneira integral, como titular pleno de direitos. Deixar de vê-lo assim significa fragmentar artificialmente os direitos e a dignidade humana.

9. Similar visão se afirma no Preâmbulo do Protocolo de San Salvador: *“Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito 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 objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros”*.

10. Dentro dessa visão, o artigo 26 da Convenção funciona como um artigo-quadro, entendendo-se que faz alusão de forma geral aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, cuja leitura e determinação nos remete à Carta da OEA. Em segundo lugar, o Protocolo de San Salvador individualiza e dá conteúdo aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, explicitando que são justificáveis por meio de petições individuais perante a Corte os casos relacionados a direitos sindicais e educação (art.

exemplos, assim como no *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298.

⁷⁸⁴ Cf. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C Nº 340, par. 142 e 154; *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C Nº 344, par. 192; *Caso San Miguel Sosa e outras Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C Nº 348, par. 220; *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de março de 2018. Série C Nº 349, par. 100; *Caso Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C Nº 359, par. 75 a 97; *Caso Muelle Flores Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de março de 2019. Série C Nº 375, par. 34 a 37; *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C Nº 394, par. 33 a 34; *Caso Hernández Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C Nº 395, par. 62; e *Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C Nº 400, par. 195.

⁷⁸⁵ Cf. Voto favorável à sentença de 21 de novembro de 2019 do *Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (Ancejub-Sunat) Vs. Peru* e à sentença de 22 de novembro de 2019 do *Caso Hernández Vs. Argentina, Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*.

19.6). Menciona-se no Protocolo que é de grande importância que esses (direitos) sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos (ver Preâmbulo). Finalmente, há um conjunto de instrumentos do corpus juris interamericano que também faz referência aos DESCA.

11. Por outro lado, já sublinhei a importância do artigo 4 do Protocolo de San Salvador quanto à não admissão de restrições dos DESCA. O artigo 4 do Protocolo de San Salvador dispõe que: *“não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau”*. Em aplicação das disposições do Protocolo, foi criado o Mecanismo de Monitoramento do Grupo de Trabalho do Protocolo de San Salvador, que se encarrega de definir os indicadores que devem ser incluídos nos relatórios dos Estados Partes e monitorar o cumprimento das obrigações do Protocolo.

12. No meu modo de ver, pelo exposto e seus antecedentes, é mister concluir que não é admissível restringir o acesso à justiça interamericana a respeito das alegadas violações de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Seria, inclusive, contrário ao princípio da interpretação *pro persona* dos Direitos Humanos, previsto no artigo 29 da Convenção, a ele servindo como ferramenta hermenêutica em perspectiva sistêmica do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

13. Observei também que o Protocolo de San Salvador, ao mesmo tempo que avançou no conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais, prescreve expressamente a utilização do sistema de petições individuais por meio do artigo 19, parágrafo 6, a respeito dos direitos ao trabalho e à educação. Nesses casos, portanto, nenhum esforço argumentativo é necessário, uma vez que sua competência tem origem no texto do tratado.

14. Do mesmo modo, cumpre levar em conta que a parte II da Convenção salienta, no artigo 44, que: *“Qualquer pessoa ou grupo de pessoas (...) pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”*. Por sua vez, o artigo 48 destaca que: *“A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira...”*. Igualmente, o artigo 62, 3, da Convenção estabelece que: *“A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido...”* (grifo do autor).

15. Da análise dos artigos acima, surge que: (1) os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais podem ser levados ao conhecimento de ambos os órgãos de proteção; (2) a Comissão e a Corte IDH podem ter competência sobre os casos apresentados a esse respeito; (3) não se fazem distinções entre direitos civis, políticos, sociais, culturais e ambientais, no que diz respeito a sua proteção; e (4) pretender que os órgãos de proteção interamericanos só possam conhecer dos direitos civis e políticos seria contrário às notas de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, o que implicaria uma

fragmentação da proteção internacional da pessoa, que iria em direto detrimento da dignidade humana, fundamento e fim dos direitos humanos.

16. Por ocasião da explosão na Fábrica de Fogos de Artificio que se resolve nesta sentença, a Corte foi chamada a intervir, pela violação tanto de direitos civis e políticos, como do direito ao trabalho. Na posição que sustento, as violações a cada um desses direitos são justiciáveis em função dos princípios de universalidade, interdependência, indivisibilidade e inter-relação de todos os Direitos Humanos.

17. É assim que, mediante uma interpretação harmônica dos instrumentos americanos, a Corte, considerando a interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos, por um lado, e dos econômicos, sociais, culturais e ambientais pelo outro, pode se pronunciar a respeito das violações de uns e outros. De modo que um mesmo fato, por ação ou omissão, pode, simultaneamente, significar a violação de um direito civil e político e de um direito econômico, social, cultural e ambiental, o que ocorreu no presente caso, pela existência de um padrão de discriminação interseccional e estrutural característico da região.

18. Como consequência do Resolutivo 6 da sentença: *“O Estado é responsável pela violação dos direitos da criança, à igual proteção da lei, à proibição de discriminação e ao trabalho, constantes dos artigos 19, 24 e 26, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo das sessenta pessoas falecidas e das seis sobreviventes da explosão da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus [...]”*.

19. Compartilho o disposto, na medida em que dele decorre que existe uma violação conjunta e simultânea dos direitos: à proteção especial da infância, no caso das crianças, inclusive uma não nascida no momento da explosão, estabelecido no artigo 19 da Convenção; à igualdade (art. 24 da Convenção), em virtude de um padrão estrutural discriminatório com forte incidência da situação de pobreza, do gênero, da idade e da origem étnica das vítimas; e do direito ao trabalho, porquanto não se respeitou ou garantiu o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, conforme o art. 26 da Convenção.

20. Essa violação conjunta e indivisível de direitos é, a meu critério, no caso, o fundamento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

21. Isso porque, quanto a minha posição, os direitos civis e políticos violados são indivisíveis com relação ao direito ao trabalho, pois as violações dos direitos reconhecidos nos artigos 19 e 24 da Convenção Americana estão relacionadas diretamente à violação do direito ao trabalho e são inseparáveis da violação desse direito. As condições deploráveis e inconventionais de trabalho foram possíveis, no caso das crianças, por não haver se tornado efetiva a obrigação de proteção especial e respeito de todas as vítimas diretas da violação do direito de igualdade, na medida em que estavam submetidas a situações especialmente discriminatórias, num contexto de pobreza generalizada.

III. Existência de um padrão de discriminação interseccional

a) O conceito de interseccionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

22. Entendo a interseccionalidade como a confluência numa mesma pessoa ou grupo de pessoas, como vítimas de discriminação, da violação de diferentes tipos de direitos. A confluência de múltiplas discriminações, no meu entender, potencializa o efeito devastador na dignidade humana das pessoas que as sofrem, e provoca violação de direitos mais intensa e diversa do que quando se configuram a respeito de um só direito.

23. A primeira a abordar o conceito de interseccionalidade foi Kimberle Crenshaw, ao sugerir que as mulheres afrodescendentes sofrem uma dupla discriminação, devido ao racismo e ao gênero. Razão pela qual, em comparação com uma mulher branca ou com um homem afrodescendente, sua situação pode ser similar ou diferente e de maior vulnerabilidade.⁷⁸⁶ Também desenvolveu a importância de seu significado no momento de criar e avaliar políticas para evitar um tratamento centrado na aceitação do fator de discriminação predominante que invisibiliza a interseção de fatores de discriminação.⁷⁸⁷

24. O conceito de interseccionalidade permite à Corte, como elemento hermenêutico, a determinação de pessoas ou grupos que sofrem discriminação e a análise das causas dessa situação. Esta sentença procede à apreciação do fenômeno, e a adequada inteligência de sua gravidade e a análise das causas e efeitos a respeito das pessoas ajudam a Corte a resolver o mérito dos casos submetidos a sua consideração e, ao mesmo tempo, oferece a perspectiva necessária para determinar reparações que consistem, entre outras, na preceituação de medidas de não repetição adequadas, mediante a imposição aos Estados de condutas voltadas para superar a discriminação e a violação de direitos.

25. A Corte IDH utilizou pela primeira vez o conceito de “interseccionalidade” na análise da discriminação sofrida por uma menina, no acesso à educação, no *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*.⁷⁸⁸ Afirma-se que, no caso, “*incidiram de forma interseccional diversos fatores de vulnerabilidade e risco de discriminação, associados a sua condição de menina, mulher, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV. A discriminação que viveu Talía não somente foi ocasionada por diversos fatores, senão derivou em uma forma específica de discriminação que resultou da interseção desses fatores, quer dizer, se algum dos ditos fatores não houvessem existido, a discriminação teria tido uma natureza diferente. De fato, a pobreza impactou no acesso inicial a um*

⁷⁸⁶ Cf. Kimberle Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum* 1, nº 8, 1989, p. 149. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>.

⁷⁸⁷ Cf. Kimberle Crenshaw, *supra*, p. 152.

⁷⁸⁸ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298.

*atendimento em saúde, que não foi de qualidade e que, pelo contrário, gerou o contágio por HIV. A situação de pobreza impactou também nas dificuldades para encontrar um melhor acesso ao sistema educativo e ter uma moradia digna”.*⁷⁸⁹

26. Por sua vez, a Comissão, em uma análise sobre a pobreza,⁷⁹⁰ define o impacto diferenciado da pobreza como fator de vulnerabilidade que se agrava e aumenta quando se soma às vulnerabilidades de determinados grupos populacionais, como as mulheres, as crianças e os adolescentes.

27. No âmbito do sistema universal de proteção de direitos humanos, além do mencionado pela sentença, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em seu Relatório de 2017 ao Conselho de Direitos Humanos, expôs os efeitos das formas múltiplas e interseccionais de discriminação e violência no contexto do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e das formas conexas de intolerância, enfatizando as mulheres e as meninas.⁷⁹¹ Expõe também a necessidade de oferecer uma proteção específica e adaptada às mulheres e às meninas, enfatizando especialmente o dano a direitos pela exclusão socioeconômica e pela pobreza.

28. Especificamente em relação ao direito ao trabalho, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos dispõe que *“A discriminação interseccional afeta profundamente as mulheres em sua busca de emprego ou no local de trabalho. Durante o processo de contratação ou no entorno de trabalho, podem aflorar as crenças estereotipadas, sutis ou explícitas, que professam seus empregadores, companheiros de trabalho ou sócios comerciais”.*⁷⁹²

29. No mesmo sentido, a Relatora Especial sobre a Pobreza Extrema e os Direitos Humanos sugere que *“a quantidade, a intensidade e o peso do trabalho assistencial não remunerado aumentam com a pobreza e a exclusão social, ao passo que a situação costuma ser pior para as mulheres que sofrem discriminação e exclusão social por outros motivos, como a origem étnica, a raça, a cor, a saúde ou o estado civil”.*⁷⁹³

30. Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos relaciona características assumidas como definidoras de um grupo em situação de vulnerabilidade à violação de direitos sofrida, por exemplo, a determinação do conteúdo essencial de um

⁷⁸⁹ Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, supra, par. 290.

⁷⁹⁰ Cf. CIDH, *Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de setembro de 2017.

⁷⁹¹ Cf. Conselho de Direitos Humanos, *Efeitos das formas múltiplas e interseccionais de discriminação e violência no contexto do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e das formas conexas de intolerância sobre o pleno desfrute pelas mulheres e pelas meninas de todos os direitos humanos*, Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 21 de abril de 2017, UN Doc. A/HRC/35/10.

⁷⁹² Conselho de Direitos Humanos, *Efeitos das formas múltiplas e interseccionais de discriminação e violência no contexto do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e das formas conexas de intolerância sobre o pleno desfrute pelas mulheres e pelas meninas de todos os direitos humanos*, supra, par. 16.

⁷⁹³ Assembleia Geral das Nações Unidas, *A extrema pobreza e os direitos humanos*, Relatório apresentado pela Relatora Especial sobre a Pobreza Extrema e os Direitos Humanos, 9 de agosto de 2013, UN Doc. A/68/293, par. 14 e 18. Citado em: Conselho de Direitos Humanos, *Efeitos das formas múltiplas e interseccionais de discriminação e violência no contexto do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e das formas conexas de intolerância sobre o pleno desfrute pelas mulheres e pelas meninas de todos os direitos humanos*, supra, par. 17.

direito difere quando se trata de ciganos,⁷⁹⁴ ou pessoas privadas de liberdade,⁷⁹⁵ ou menores não acompanhados.⁷⁹⁶ Nesse sentido, também este tribunal utilizou o conceito de “vulnerabilidade específica” ao considerar que “os Órgãos Jurisdicionais internos não levaram em conta a vulnerabilidade específica da demandante, inerente a sua condição de mulher africana exercendo a prostituição”.⁷⁹⁷ Com base no conceito de “vulnerabilidade específica” da demandante, que era uma mulher africana que oferecia serviços sexuais na rua, é possível analisar a interseção de fatores como raça, gênero e situação sociolaboral.

31. A interseccionalidade como ferramenta útil para a interpretação dos direitos humanos como interdependentes, inter-relacionados e indivisíveis foi proposta porque permite o estudo de diferentes fatores de opressão e violação.⁷⁹⁸ No caso, é viável a análise dos diferentes fatores de vulnerabilidade que apresentam um perfil próprio, mas ao mesmo tempo interagem de maneira interseccional com os demais.

b) A discriminação interseccional como padrão na região que deve ser levado especialmente em conta no caso

32. A Comissão expôs em diferentes oportunidades que a interseccionalidade afeta especialmente as mulheres na região, no que diz respeito a seus direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁹⁹ Nesse sentido, no “Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas”, alegou que “As mulheres se veem afetadas em maior medida pela pobreza e se encontram em particular desvantagem no exercício tanto de seus direitos civis e políticos como econômicos, sociais e culturais”.⁸⁰⁰ No estudo temático sobre “Diretrizes para a elaboração de indicadores de progresso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais”, a Comissão reconheceu o caráter imediato da obrigação de não discriminar e de garantir a igualdade no exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, e identificou as mulheres como uma população historicamente discriminada e excluída no exercício desses direitos. Em meados de 2014, viviam na América Latina 612 milhões de pessoas, e as mulheres representavam mais da metade dessa população: 310 milhões eram mulheres e 302 milhões, homens. Nesse ano se projetava que “28% da população regional vivia em situação de pobreza por renda e 12% em situação de

⁷⁹⁴ Cf. TEDH, Caso Buckley Vs. Reino Unido, Nº 20348/92, sentença de 29 de setembro de 1996.

⁷⁹⁵ Cf. TEDH, Caso Salman Vs. Turquia, No. 21986/93, sentença de 27 de junho de 2000; e Caso Algür Vs. Turquia, Nº 32574/96, sentença de 22 de outubro de 2002.

⁷⁹⁶ Cf. TEDH, Caso Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga Vs. Bélgica, Nº 13178/03, sentença de 12 de outubro de 2006.

⁷⁹⁷ TEDH, Caso B.S. Vs. Espanha, Nº 47159/08, sentença de 24 de julho de 2012, par. 71.

⁷⁹⁸ Cf. Andrea Catalina Zota-Bernal, «Incorporação da análise interseccional nas sentenças da Corte IDH sobre grupos vulneráveis, sua articulação com a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos», *Eunomia. Revista em Cultura da Legalidade*, 2015. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803/1534>.

⁷⁹⁹ Cf. CIDH, *Diretrizes para a elaboração de indicadores de progresso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julho de 2008, par. 56 e ss.

⁸⁰⁰ Cf. CIDH, *Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas*, *supra*, par. 304.

indigência. Na população nessa condição, encontram-se em maior medida crianças em idade produtiva, indígenas e afrodescendentes”.⁸⁰¹

33. A respeito do trabalho infantil e sua proibição, a sentença afirma: “179. A CDC dispõe, no artigo 32, o direito da criança de ser protegida da exploração econômica e de trabalhos perigosos que possam interferir em sua educação ou afetar sua saúde ou desenvolvimento.⁸⁰² Essa obrigação coincide com o estabelecido no texto da Constituição do Brasil que proíbe, no artigo 7º, o trabalho noturno, perigoso ou insalubre dos menores de dezoito anos e o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz (*supra* par. 102). No mesmo sentido, a CLT proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e qualquer trabalho aos menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz, entre quatorze e dezesseis anos.⁸⁰³ Finalmente, além das disposições mencionadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe qualquer trabalho para crianças menores de 14 anos⁸⁰⁴ e veda o trabalho perigoso, insalubre ou penoso a adolescentes.⁸⁰⁵”

34. O perito Doutor Miguel Cillero Bruñol cita as observações formuladas pelo Comitê dos Direitos da Criança sobre o Brasil, e também se refere à informação prestada pelo UNICEF a respeito do trabalho infantil, que é um fenômeno de alta incidência no Brasil, e que “a maioria das vítimas são crianças negras que vivem em zonas urbanas e que geralmente realizam trabalho remunerado”, sendo também significativa a “proporção de meninas que trabalham no serviço doméstico”. Nesse sentido, o perito conclui que “o trabalho infantil constitui no Brasil uma situação estrutural de violação de direitos das crianças e adolescentes”.⁸⁰⁶ Como se viu, essas crianças executavam um trabalho proibido como uma das piores formas de trabalho infantil pela Convenção 182 da OIT e pela própria legislação interna do Brasil.

35. A Corte IDH, no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, se aproximou da identificação de elementos que possam constituir um padrão coletivo frente a uma discriminação estrutural, alegando que se deveria levar em consideração se se trata de: “(i) um grupo ou grupos de pessoas com características imutáveis ou imodificáveis pela própria vontade da pessoa ou que estão relacionados a fatores históricos de práticas discriminatórias, podendo ser este grupo de pessoas uma minoria ou maioria; (ii) que estes grupos se encontravam em uma situação sistemática e histórica de exclusão, marginalização ou subordinação que os impedia de ter acesso

⁸⁰¹ Cf. CIDH, *Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas*, *supra*, par. 305.

⁸⁰² Com relação a esse assunto, o Comitê dos Direitos da Criança reconheceu que o trabalho de menores de idade em setores informais da economia é especialmente perigoso para o gozo de seus direitos, e que as crianças que trabalham em espaços ocultos de trabalho informal enfrentam a “precariedade laboral; uma remuneração escassa, irregular ou, inclusive, nula; riscos à saúde; falta de seguridade social; restrições à liberdade de associação; e uma proteção inadequada contra a discriminação e a violência ou a exploração”. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 16: As obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança*, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, par. 35.

⁸⁰³ Cf. Consolidação das Leis do Trabalho, *supra*, artigo 611-B, XXIII.

⁸⁰⁴ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, *supra*, artigo 60.

⁸⁰⁵ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, *supra*, artigo 67, II.

⁸⁰⁶ Cf. Laudo pericial apresentado à Corte IDH por Miguel Cillero Bruñol (expediente de mérito, folhas 911 a 943).

a condições básicas de desenvolvimento humano; (iii) que a situação de exclusão, marginalização ou subordinação se concentra em uma região geográfica determinada ou pode também ser generalizada em todo o território de um Estado e, em alguns casos, pode ser intergeracional; e (iv) que as pessoas pertencentes a estes grupos, sem importar a intenção da norma, a neutralidade ou a menção expressa de alguma distinção ou restrição explícita baseada nos enunciados e interpretações do artigo 1.1 da Convenção Americana, são vítimas de discriminação indireta ou de discriminação *de facto*, em virtude da conduta do Estado ou da aplicação de medidas ou ações por ele implementadas.”⁸⁰⁷

36. Levando em conta o exposto, é que afirmo que a discriminação interseccional que sofreram as mulheres e as crianças do caso, em razão da pobreza, da raça e do gênero, constituiu uma violação de direitos em cascata, quanto às condições em que trabalhavam no local da explosão. Um padrão que aumentou as desvantagens e as violações no evento da Fábrica de Fogos. Esse padrão de discriminação interseccional exige especial atenção para prevenir e evitar no futuro a desproteção e a violação de direitos das quais já eram vítimas as mulheres e as crianças da Fábrica de Fogos antes da explosão.

37. No caso, as mulheres, por sua própria condição e por pertencer a determinadas áreas, somente obtinham trabalho fabricando fogos de artifício, e eram o único sustento da família. Deviam levar com elas os filhos, para melhorar a renda, de modo a poder manter o núcleo familiar. As crianças se viam privadas de seus direitos, em virtude da situação das mães. Todas essas vulnerabilidades agiam conjuntamente, potencializando, por sua interseccionalidade, a especial situação de desamparo ante a renúncia do Estado a cumprir sua função de respeito e, basicamente, de garantia dos direitos humanos dessas pessoas. Nesse sentido, no parágrafo 197 da Sentença, são descritos os padrões de discriminação estrutural e interseccional.

38. Estamos frente a uma situação de pobreza estrutural de mulheres e meninas afrodescendentes, em alguns casos, inclusive, grávidas, e que não dispunham de alternativa econômica senão aceitar um trabalho perigoso, em condições de exploração. O salário por esse trabalho era miserável, a ponto de as mulheres levarem os filhos para aumentar o número de estalos de salão fabricados, como forma de aumentar a retribuição. A confluência desses fatores e a existência desse padrão de discriminação interseccional levaram a que as mulheres e crianças vítimas não tivessem alternativa senão trabalhar ali.

39. As vítimas sofreram uma discriminação estrutural, em virtude de pertencer a setores historicamente marginalizados – cuja origem está vinculada ao fenômeno da escravidão –, que se manteve no tempo, à margem dos avanços normativos que nunca tiveram efetividade real. Além disso, sofreram a discriminação interseccional produzida por pertencer a categorias de discriminação elencadas pela Convenção

⁸⁰⁷ *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C Nº 318, par. 80.

Americana: etnia, gênero, idade, pertencimento social e outras que confluíram em um feixe de violações a seus direitos.

40. A existência de padrões de conduta em relação a determinadas situações de vulnerabilidade já foi mencionada no Caso *González e outras ("Campo Algodonero") vs. México*,⁸⁰⁸ onde se comprovou a existência de um padrão sistemático de violência e discriminação contra mulheres da Cidade de Juárez. No mesmo sentido se pronunciou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no relatório do Caso Maria da Penha.⁸⁰⁹

41. A experiência das mulheres, em geral, não se funde em um só eixo de subordinação, mas defronta uma interação de diversos fatores e sistemas de subordinação que fazem com que a experiência particular não seja equivalente à que se experimentaria com base em um só dos fatores.

42. A existência de padrões de discriminação interseccional contra mulheres e meninas pobres em diferentes zonas da região⁸¹⁰ é um problema que exige especial proteção estatal. No presente caso, as vítimas pertenciam a um grupo em especial situação de vulnerabilidade; a privação de direitos e a interseccionalidade acentuavam os deveres de respeito e garantia a cargo do Estado (art. 1.1 da Convenção). No entanto, o Estado não adotou medidas destinadas a garantir o exercício do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias sem discriminação, ou a existência de uma alternativa de trabalho diferente da fabricação de fogos de artifício (tal como se deduz dos parágrafos 198 e 289 da sentença).

IV. Medida de não repetição vinculada à interseccionalidade da violação de direitos verificada

43. A obrigação positiva do Estado, ante a verificação de um padrão de discriminação interseccional e estrutural como o descrito, consiste no desenvolvimento de linhas de ação, mediante a elaboração de políticas sistemáticas que atuem sobre as origens e causas de sua existência.

44. Nesse sentido, em 2015, o Comitê dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, constatou a necessidade da abordagem das causas fundamentais da evasão escolar das crianças que vivem em zonas urbanas marginalizadas, em especial, as crianças afrobrasileiras, incluindo-se a pobreza, a violência familiar, o trabalho infantil e a gravidez na adolescência, e da elaboração de uma estratégia integral para abordar o problema. Observa-se que as medidas adotadas devem incluir o apoio às adolescentes grávidas e às mães adolescentes para que continuem sua educação.⁸¹¹

⁸⁰⁸ Cf. *Caso Gonzales e outras ("Campo Algodonero") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 132.

⁸⁰⁹ Cf. CIDH, Relatório Nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001.

⁸¹⁰ Cf. Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres – CLADEM, *Padrões de Violência contra as Mulheres na América Latina e no Caribe. Relatório apresentado à Relatora da ONU sobre Violência contra a Mulher, suas Causas e Consequências*, Rashida Manjoo, 2014.

⁸¹¹ Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observações Finais ao Brasil, CRC/C/BRA/CO/2-4*, 30 de outubro de 2015.

45. Desse modo, considero fundamental que nos aprofundemos na medida de não repetição vinculada à interseccionalidade de violações constatada para a consideração do padrão estrutural de discriminação comprovado em relação a mulheres, crianças e adolescentes.

46. Neste voto, enfatizo especialmente a Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, cuja principal finalidade é “não deixar ninguém para trás”. A Agenda 2030 responde ao “enfoque de direitos nas políticas e estratégias de desenvolvimento”, cujo conteúdo é reconhecer que o desenvolvimento é um direito das pessoas, exigível frente a seus governos, e que as políticas de desenvolvimento devem ser fundamentadas nos direitos humanos. Os Direitos Humanos constituem um elemento essencial na formulação das políticas e estratégias de desenvolvimento.

47. Afirma-se no item 35 da Declaração que precede os objetivos: “O desenvolvimento sustentável não pode ser realizado sem paz e segurança; e paz e segurança estarão em risco sem o desenvolvimento sustentável. A nova Agenda reconhece a necessidade de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que são baseadas no respeito aos direitos humanos (incluindo o direito ao desenvolvimento), em um efetivo Estado de Direito e uma boa governança em todos os níveis e em instituições transparentes, eficazes e responsáveis [...]” (destaques do autor).

48. Essa relação entre direitos humanos e desenvolvimento sustentável se torna efetiva nos ODS 2030 como o roteiro resultante do consenso internacional para que as pessoas superem situações de violação de seus direitos como as provadas na sentença. O Objetivo 16 é a expressão que recolhe essa relação, promovendo o Estado de Direito em âmbito nacional e global (1.3), criando instituições eficazes, responsáveis e transparentes (16.6), assegurando o acesso público à informação e protegendo as liberdades fundamentais (16.10), promovendo e fazendo cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável (16.b).

49. A situação do presente caso se vincula especialmente aos objetivos número 1 “acabar com a pobreza em todas as suas formas”, 5 “igualdade de gênero”, 8 “crescimento econômico [...] e trabalho decente”, 10 “redução das desigualdades” e 16 “paz, justiça e instituições sólidas”.

50. Recomenda-se ao Estado que recorra a organizações especializadas do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, como a OIT e o UNICEF, para a realização de inspeções sistemáticas, assessoramento e assistência técnica que seja de utilidade (parágrafo 287 da Sentença).

51. As violações de direitos comprovadas neste caso exigem que o Estado atue com máxima diligência em seus deveres de garantir e respeitar os direitos humanos violados (art. 1.1. da Convenção) e que adote as medidas oriundas desta sentença, solicitando a cooperação internacional adequada para seu cumprimento.

V. Conclusão

52. O Tribunal não deve perder de vista que sua função primária é conhecer sobre casos que exijam a interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção quando lhe sejam submetidos, com o objetivo de decidir se existiu uma violação a um direito ou liberdade protegido, e dispor que se garanta ao lesado o gozo de sua liberdade ou direito infringido. Nesse sentido, a Corte tem uma vocação de fazer justiça em casos concretos dentro dos limites previstos pelo direito dos tratados. Mas também tem uma função de contribuir para que se realizem os objetivos da Convenção, e isso implica atender aos problemas que afligem nossas sociedades. É importante considerar que a legitimidade do Tribunal se fundamenta na solidez de seus argumentos, e em seu apego ao Direito e na prudência de suas sentenças.

53. A jurisprudência da Corte, por conseguinte, busca a reparação estrutural; com este voto, busca-se contribuir para essa linha. Conforme os três pontos expressados, o que ressalto de minha posição é que a situação da explosão da Fábrica de Fogos e suas consequências têm um nexo direto com o fenômeno estrutural e interseccional de discriminação que sofrem as mulheres, as crianças e os adolescentes pobres e afrodescendentes de Santo Antônio de Jesus, que responde a um padrão histórico do ponto de vista social, econômico e cultural. Isso implica que ser criança ou mulher, afrodescendente e pobre confluem em uma discriminação estrutural e interseccional que tem como consequência e efeito que devam recorrer a trabalhos em condições ilegítimas do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, com as terríveis consequências de perda de vidas e graves danos à integridade física e psíquica das vítimas, como no presente caso.

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
Juiz

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





CRIAÇÃO

GRUPO TEMÁTICO TEMPORÁRIO

**REDUÇÃO DA LETALIDADE E
DA VIOLÊNCIA POLICIAL**

**GTT
MPRJ**

GRUPO TEMÁTICO TEMPORÁRIO
LETALIDADE E VIOLÊNCIA POLICIAL

MPRJ cria Grupo Temático para ações direcionadas à redução da letalidade e da violência policial

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, criou um Grupo Temático Temporário voltado à promoção, em todo o Estado do Rio de Janeiro, de ações estratégicas e coordenadas a fim de atender às determinações para redução da letalidade e da violência policial no Estado. A criação do grupo consta da Resolução GPGJ nº 2.411/21, em cumprimento às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Nova Brasília (ponto resolutivo 17), e do Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF nº 635/RJ.

Com duração de um ano, passível de prorrogação, o Grupo Temático Temporário será integrado por Promotores de Justiça designados pelo PGJ. Entre as ações previstas, consta a atuação, em regime de plantão contínuo e ininterrupto, para atendimento às demandas relacionadas ao controle externo das polícias fluminenses, em conformidade com a determinação do STF. O Grupo Temático Temporário contará com o suporte operacional e técnico de estruturas internas como a recém-criada Coordenadoria-Geral de Segurança Pública, os Centros de Apoio Operacional, a Coordenadoria-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana, o Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE/MPRJ), a Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ) e dos setores de gestão da informação e processamento de dados institucionais. Para compor o Grupo foram nomeados quatro Promotores de Justiça que apresentarão ao PGJ, em até 15 dias, o regimento interno com o desempenho das atribuições, as metas a serem perseguidas e os indicadores a serem analisados.

Mediante auxílio consentido do Promotor de Justiça natural, o Grupo atuará em representações, inquéritos civis, termos de ajustamento de conduta, recomendações, ações civis públicas ou de improbidade administrativa, além de outras medidas pertinentes. A atuação terá como objeto a elaboração e execução de plano de redução de letalidade policial, por parte do Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento aos termos da Sentença da CIDH, no caso Nova Brasília, e o acompanhamento das determinações oriundas do julgamento pelo STF da ADPF nº 635/RJ, sendo o Grupo responsável pelo controle da regularidade das operações policiais durante a pandemia, entre outras medidas (*vide* art. 5º, II).

Caberá ao Grupo, em regime de plantão, o atendimento às demandas relacionadas ao controle externo das polícias fluminenses, tais como o recebimento de denúncias, o registro de notícias de violações de direitos fundamentais durante operações policiais, a interlocução com entidades da sociedade civil e órgãos públicos, a identificação de possíveis diligências de urgência voltadas à cessação imediata de violações noticiadas, entre outras. O plantão atuará de forma remota, com três servidores e três Promotores 24h por dia, 7 dias por semana, podendo se deslocar para os locais em urgência. Ao Grupo incumbirá também remeter ao Promotor de Justiça natural as notícias de violações cometidas no bojo de operações policiais, a fim de que sejam deflagrados os respectivos procedimentos investigatórios criminais.

A partir da criação do Grupo, o MPRJ reafirma constarem de suas prioridades institucionais o tema da letalidade policial, a investigação de abusos cometidos por policiais e o controle da violação de Direitos Humanos, no contexto do controle externo da política pública de segurança. Com as Resoluções que estabelecem o Grupo Temático e a Coordenadoria-Geral de Segurança Pública, há o objetivo do aprimoramento da atuação da instituição, tanto no controle externo da atividade policial, como na contribuição para o desenvolvimento das políticas públicas na área de segurança. As mudanças decorrem da reestruturação que vem sendo promovida a partir da Resolução GPGJ nº 2401/2021, com reformulação da atuação coletiva especializada.



MPRJ participa de reunião do Fórum Nacional de Gestão do CNMP para debater a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do MP brasileiro

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro participou da 1ª Reunião Ordinária de 2021 do Fórum Nacional de Gestão do Ministério Público (FNG), que ocorreu nos dias 12 e 13 de maio. O encontro, que foi realizado de forma presencial e virtual, por meio das plataformas Youtube e MicroSoft Teams, teve como principal objetivo o debate sobre a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, no âmbito do Ministério Público.

Organizado pela Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público (CPE/CNMP), o encontro serviu de palco para a discussão de propostas e sugestões pelos Comitês Temáticos do CNMP em suas áreas de atuação, de políticas, de elaboração de manuais ou rotinas de implementação das novas responsabilidades para as unidades e ramos do MP, trazidas pela LGPD e pela proposta de Resolução sobre o tema, a qual passou, posteriormente, pela apreciação do Plenário do CNMP.

O presidente da CPE/CNMP, conselheiro Sebastião Caixeta, abriu o encontro, saudando a todos e fazendo um agradecimento por sua realização de forma virtual, mesmo em tempos de pandemia. Caixeta enfatizou a importância do Fórum Nacional

de Gestão para a implementação de políticas para o Ministério Público brasileiro e falou sobre a tramitação, no Plenário do CNMP, da proposta para normatizar a implementação da LGPD no âmbito do Ministério Público, além do próprio CNMP, da Lei nº 13.709/2018, que impacta a área-fim e a área-meio do Ministério Público.

O grupo de trabalho que elaborou a proposta foi coordenado pelo conselheiro Marcelo Weitzel, que, ao apresentar a proposta ao Plenário, afirmou que o texto visa à segurança ao administrador, aos servidores e aos membros do Ministério Público. Weitzel acrescentou, ainda, que o texto oferece arcabouço normativo no qual se elenca o que, quem e como se deve lidar com os dados, conforme previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Em seguida, a Promotora de Justiça do Mato Grosso do Sul, membro auxiliar da CPE e nova coordenadora do Fórum Nacional de Gestão, Ana Lara Camargo de Castro, orientou aos 378 inscritos, entre membros e servidores, que o objetivo do encontro será discutir e tirar dúvidas sobre a implementação das mudanças em atendimento à legislação junto à equipe de especialistas e estudiosos que trabalharam na elaboração da proposta de normatização no Ministério Público.

Em seguida à abertura, o Promotor de Justiça Dimitrius Viveiros Gonçalves, Secretário-Geral do MPRJ, procedeu a uma apresentação sobre a Resolução CNMP nº 225/2021, a qual instituiu o plano de classificação de documentos e a tabela de temporalidade e destinação de documentos. Dimitrius ressaltou que a “preservação do patrimônio histórico cultural de cada unidade do MP passa pela gestão documental, do conhecimento e da informação”.

Também foram designados para participar do evento pelo MPRJ a Procuradora de Justiça Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario, Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional; o Promotor Sidney Rosa da Silva Junior, assessor da Secretaria-Geral de Planejamento Institucional; e os servidores Ronaldo Bello Guimarães, secretário de Logística; Francisco José Andrade Nogueira; Marcelo Vieira de Azevedo, secretário de Planejamento e Finanças; Anmiel Siqueira de Carvalho, diretor de Orçamento e Finanças; Daniel de Lima Haab, secretário de Tecnologia da Informação e de Comunicação, Maria Luiza de Castro Barreto Dias, assessora da Secretaria de Tecnologia da Informação; Leonardo Nogueira Martins e Thaís Sessa Paes, da Diretoria de Recursos Humanos (DRH); e a assessora de Imprensa Denise Ramalho Nascimento, da Coordenadoria de Comunicação (Codcom/MPRJ).



Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebe o Presidente do TJ-RJ

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebeu a visita do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio, Henrique Carlos de Andrade Figueira, na sede da instituição, no dia 23/6. No encontro, foram discutidas pautas institucionais de interesse do MPRJ e da magistratura.

O PGJ ressaltou a importância do estreitamento da relação entre as instituições com vistas ao aprimoramento do sistema de justiça. “A ampliação do diálogo busca soluções para melhor atender a população, por meio da atuação do Ministério Público e do Judiciário”, declarou Luciano Mattos ao fim da reunião.

O Presidente do TJ-RJ, Henrique Figueira, afirmou que a excelente relação entre os dois poderes permite que as instituições avancem no tratamento das questões enfrentadas, entre elas, o debate sobre o regime de recuperação fiscal do estado do Rio de Janeiro.

O encontro contou com a presença do Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Vieira; do Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo da Silva Lima Neto; do Consultor Jurídico do MPRJ, o Promotor de Justiça Emerson Garcia, além do Desembargador Ricardo Couto de Castro e dos juízes Marcelo Martins Evaristo da Silva e Bruno Bodart, integrantes do Tribunal.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

139; 147; 150-153; 159-163;

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

57; 58; 77; 78; 85-87; 89-93; 185-187;
191-205;

ARISTÓTELES

287; 288; 290; 291;

ARMAZENAMENTO DOS REGISTROS PESSOAIS

304;

ASPECTOS CONTROVERSOS

185; 195;

BASES TEÓRICAS MULTIDISCIPLINARES

137; 140;

CASOS DE SOLIDARIEDADE PASSIVA

185; 187; 199; 205;

CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA

169; 176; 178; 179;

CIBERSEGURANÇA

299;

COMPETÊNCIA

57; 62; 64; 69; 71-73; 78; 91; 99; 160; 176-
178; 300; 307-310;

CONGRESSO NACIONAL

71; 85-88; 103; 116; 246; 247; 255; 258;
269;

CONSENSUALIDADE

57-58, 64-66, 68-69, 71-72, 75-79, 82-
84, 86, 90, 93, 186, 188-189, 191, 203;

CONVIVÊNCIA FAMILIAR

137-139; 145-147; 150; 151; 157; 159-162;

CORRESPONDÊNCIA BIUNÍVOCA

57; 64;

CRIME E CASTIGO

279; 284;

CULPA

70; 81; 82; 95; 96; 98-103; 250; 279-281;
283; 284;

CULPA JURÍDICA

279; 280;

CULPA PSICOLÓGICA

279; 280; 284;

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

20; 21;

DEMOCRACIA

19; 24-26; 28; 95; 211; 243-245; 250-252;
262; 263;

DIGNIDADE

147; 157; 175; 189; 219; 231-236; 239;
250;

DIGRESSÃO HISTÓRICA

19; 21;

DIREITO PENAL

23; 57-63; 65-67; 76; 85; 186; 231-234;
236; 237; 239; 240;

DIREITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

57; 58; 60-62; 76; 79; 83-86; 92;

DIREITO SANCIONADOR BRASILEIRO

57, 58; 63-65; 80; 92; 94; 191; 203;

DIREITO SANCIONADOR CÍVEL

57; 58; 60-62; 72; 76; 86; 92; 94;

DOSTOIÉVSKI

279-281; 284;

EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

210;

EMENDA À CONSTITUIÇÃO

269;

ENFRENTAMENTO DA CRISE DA COVID-19

105; 106; 116;

ÉTICA

22; 67; 91; 244; 245; 287; 288; 291;

ÉTICA A NICÔMACO

287; 288;

EVOLUÇÃO

22; 81; 109; 137; 139; 147; 151; 170; 188;
239; 243;

EXCESSO DE REGISTROS DE CPF

105;

FAMÍLIA
26; 119; 120; 125; 128; 131; 134; 137; 138;
140; 145; 146; 147; 148; 149-155; 157-
163; 223; 233;

FLEXIBILIZAÇÃO
243-246; 248; 251; 254; 258-263;

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA
105; 109;

HIPÓTESE FILOSÓFICA
279; 283;

HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO DIREITO
137; 147;

HOMEM VIRTUOSO
287-291;

HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL
57; 64; 68; 70; 74; 77; 85; 86; 89-93; 196-
199;

HUMANIDADE
21; 97; 147; 231; 232; 234; 236; 239; 240;
282;

ILUMINISMO
97; 231; 232; 235; 239;

IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL
209-211;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
57; 60-62; 76-79; 89-91; 93; 176; 185-
205;

INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS
185; 194; 201;

INTERESSE DA SOCIEDADE
105; 111;

INTEROPERABILIDADE
105; 111-115; 121; 130;

JOGO DEMOCRÁTICO
243-245, 251, 253, 259, 261-263;

JUIZ-ÁRBITRO BRASILEIRO
209, 215;

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE
271;

L'INDEPENDANCE DU PARQUET
271-273;

**LIMITE TEMPORAL PARA CELEBRAÇÃO
DO ACORDO**
185, 195;

LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL
185, 187, 202;

MANIFESTAÇÃO DA DOCTRINA
169, 173;

MEDIDAS COERCITIVAS
210;

**NATUREZA DA PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR
PÚBLICO**
169-170;

NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS
19, 22;

NIETZSCHE
279;

**NOMINATION DES MAGISTRATS DU
MINISTÈRE PUBLIC**
271;

NÚCLEO DE PROTEÇÃO ANIMAL
19-20, 28;

ORÇAMENTO PÚBLICO
105, 111, 115, 134;

PATRIMÔNIO PÚBLICO
75-76, 185-186, 193, 196, 200-201, 204;

**PENA ADMINISTRATIVA DE CASSAÇÃO
DO PROVENTO**
169, 171;

**POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS**
297, 301, 302;

POLÍTICAS PÚBLICAS
24, 105, 109-111, 113, 115, 118, 121, 123-
126, 129, 134-135, 150-151, 157-158, 160,
213, 243, 249;

POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS
169, 175;

POSSE E DO PORTE DE ARMA
243-245, 259, 262-263;

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
209-210, 217-218;

PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS
209-210, 217, 222-224;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
95, 99-102;

PRIMEIRA INFÂNCIA
137-140, 143-146, 151, 153-155, 161-163;

PRINCÍPIOS

22, 26, 62, 95, 102, 148, 150-151, 170, 173, 179-181, 188-189, 193, 204, 210, 212, 231-234, 236-237, 239-240, 245, 255, 257-259, 261, 263, 291;

PROPORZIONALITA PAN-PROCESSUALE

210;

PROTEÇÃO INTEGRAL

137, 147, 149-150;

PROTETORES DE ANIMAIS

20, 28;

RESERVA LEGAL

232, 237;

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

243-245, 251, 262;

RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

272;

RISCOS ORÇAMENTÁRIOS

105, 114, 119, 125;

SANÇÕES

26, 57-62, 64-66, 73, 76-80, 82-86, 90-93, 181, 191, 193, 197-201, 203-204, 228, 233, 239;

SEGURANÇA PÚBLICA

243-245, 249, 251, 254, 258-259, 261-263;

SERVIÇO DE FAMÍLIA

155;

SERVIDOR PÚBLICO

63, 169-170, 173-174, 176-179;

SUPER-HOMEM

279, 283-284;

TEORIA DO CRIME PERMITIDO

279, 281-282;

TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

19-20, 27, 29;

TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS

299;

TRÂNSITO EM JULGADO

76, 86, 90-91, 95, 99-101, 189, 195-197;

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

299,

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

105, 116, 127, 135-136, 176, 178;

TUTELA DOS DIREITOS

150, 156, 209-210, 218, 221-222, 225;

VEDAÇÃO DE REELEIÇÃO

269; 300, 302-305.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Agnaldo Alves

Controle Administrativo

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Luisa Fazolato

Estagiária

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