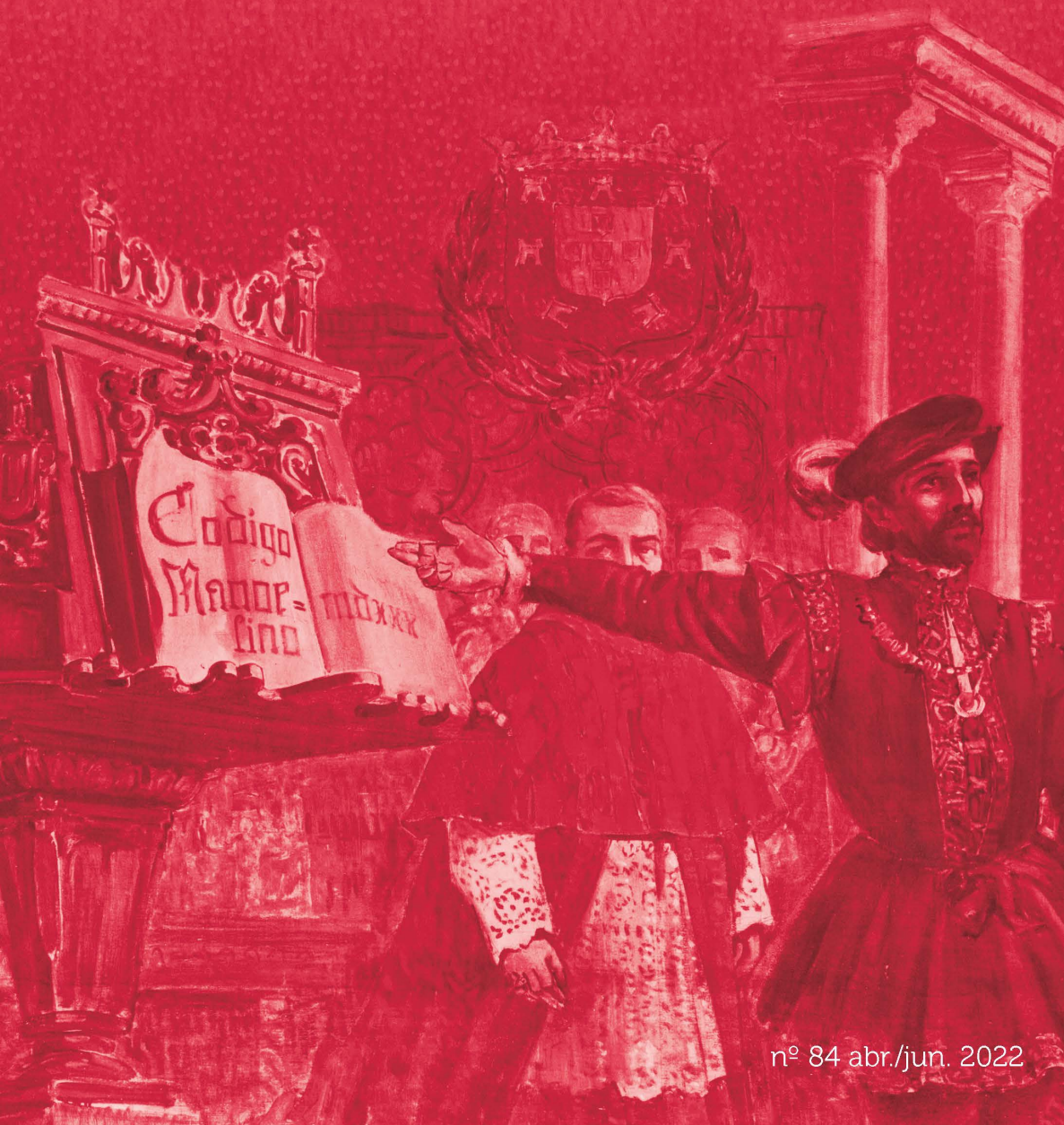


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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 84 abr./jun. 2022

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

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

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

Redação e Administração

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

1995-2021 (1 - 82)
2022 (83, 84)

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

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho

Membros eleitos

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

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

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**

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

Editorial

As atribuições pelas quais o nosso país vem passando nas searas política e econômica representam verdadeiros desafios à ordem jurídica constituída. O atual momento de nossa história demanda estrita atenção e respeito às normas que alicerçam o Estado de Direito, de modo que a superação das provações do presente contribua para a sedimentação da democracia nacional.

Diante de tal conjuntura, o conhecimento científico-jurídico torna-se essencial como importante elemento norteador, não apenas para os operadores do Direito, mas para toda a sociedade. É abraçada a este compromisso que a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em sua 84ª edição da terceira fase, a 136ª de sua história, busca se colocar como uma fonte de informação útil no plano pragmático e de inegociável envergadura no científico.

Os artigos selecionados para a seção “Doutrina” da presente edição incursionam em temas de inegável complexidade e importância, tais como o futuro da Justiça e o mundo 4.0; a autocomposição no processo coletivo, entre o discurso e a possibilidade; o trabalho escravizado no Brasil; o elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa; a relevância dogmática da inovação como introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça; a tutela jurídica da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo ambiental no ordenamento brasileiro; o aumento populacional e a degradação ambiental; notas acerca de Constituição e pandemia, entre outros.

Em “Observatório Jurídico”, são propostas reflexões que giram em torno de temas como a necessidade de promover a ideologia participativa, no que se refere à tutela coletiva e à legitimidade concorrente, da lavra de Emerson Garcia; e a imagem do Supremo Tribunal Federal na perspectiva da população brasileira, no artigo “O STF e o Povo”, do professor Ives Gandra. Em “Observatório Filosófico”, Adolfo Borges nos apresenta com uma breve reflexão filosófica sobre a guerra como eclipse do Direito.

A seção “Memória Institucional” apresenta, dentro do Projeto História em Destaque, um objeto museológico como item documental: a máquina de escrever Remington que pertenceu ao Procurador de Justiça Luiz Brandão Gatti, falecido em 2014.

A prática ministerial é retratada na seção “Peças Processuais”, por meio de pareceres e peças da lavra de membros desta Instituição, os quais incursionam em situações sistêmicas, administrativas e jurídicas do cotidiano finalístico do Ministério Público.

No tocante ao pensamento jurídico que emana dos nossos Tribunais Superiores, foram reproduzidos, na seção “Jurisprudência”, recentes julgados de suma relevância do STF e do STJ.

Por fim, informamos que nossa Revista conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior acessibilidade, incremento na democratização do saber, sustentabilidade financeira e menor impacto ambiental. Resta-nos, ainda, agradecer uma vez mais aos nossos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma leitura proveitosa.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Corruptissima republica plurimae leges: Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021)?

Alexander Araujo de Souza
Renata Christino Cossatis 19

O trabalho escravizado no Brasil: a exploração da mão de obra dos grupos vulneráveis no país e a ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Catiane Steffen 29

Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação

Fredie Didier Jr.
Leandro Fernandez 39

Constituição e pandemia – breve nota

Jorge Miranda 71

A remissão pré-processual cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto

Luciana Rocha de Araujo Benisti 87

Aumento populacional e degradação ambiental: a conta que não quer fechar

Reis Friede 133

O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?

Rita Tourinho 147

A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade

Robson Renault Godinho 171

O futuro da Justiça e o mundo 4.0

Valter Shuenquener de Araújo
Anderson de Paiva Gabriel
Fábio Ribeiro Porto 207

A tutela jurídica da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo ambiental no ordenamento brasileiro

Vinícius Alves Puiatti

Bernardo Pimentel Souza

Edson Ferreira de Carvalho233

Observatório Jurídico

Tutela coletiva e legitimidade concorrente: a necessidade de promover a ideologia participativa

Emerson Garcia.....261

O STF e o povo

Ives Gandra263

Observatório Filosófico

Breve reflexão filosófica sobre a guerra como eclipse do Direito

Adolfo Borges Filho269

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Requerimento. Autorização para a realização de entrevista perante o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a fim de subsidiar pesquisa acadêmica sobre “Violência contra mulheres e letalidade feminina no Rio de Janeiro”.

Emerson Garcia.....281

Processo Administrativo. Arguição de Suspeição. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais. O afastamento de um membro do Ministério Público da presidência de um inquérito civil deve operar-se segundo regras claras e previamente estabelecidas. Precedentes do Conselho Nacional do Ministério Público e do Supremo Tribunal Federal. Fato sindicado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Ministério Público Estadual.

Marlon Oberst Cordovil.....285

Peças

Ação Civil Pública com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada. Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania de Niterói. Requeridos: Fundação Estatal de Saúde de Niterói e município de Niterói. Concurso Público. Edital nº 01/2020, destinado ao preenchimento de 783 vagas junto ao quadro de recursos humanos na área de saúde do Município de Niterói, bem como à formação de cadastro reserva para preenchimento das vagas. Inexistência de reserva de 20% das vagas para negros e pardos, em ofensa à Lei Municipal nº 3.534/2020.

Renata Scarpa Fernandes Borges.....295

Memória Institucional

Nota Introdutória 311

História em Destaque

A Máquina de Escrever do Dr. Luiz Gatti..... 313

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 213.536 / Rio de Janeiro. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Processual Penal. Apropriação indébita. *Habeas Corpus* como sucedâneo de revisão criminal. Impossibilidade. Matérias não examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Indevida supressão de instância. Repetição de pedido formulado no Superior Tribunal de Justiça. Inviabilidade do novo pedido. Decisão em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de ilegalidade. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.

Primeira Turma. Julgado 23.05.2022 319

Jurisprudência Cível

Recurso Extraordinário nº 1.010.606 / Rio de Janeiro. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima

Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça.

Tribunal Pleno. Julgado 11.02.2021327

Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.344.583 / Rio de Janeiro. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Direito Administrativo. Ação Civil Pública. Pedido de abstenção de realizar gastos públicos relacionados ao custeio de eventos religiosos. Demonstração da repercussão geral. Fundamentação deficiente. Interpretação da legislação infraconstitucional local. Impossibilidade. Súmula 280/STF. Ofensa reflexa. Necessidade do reexame dos fatos e das provas. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Segunda Turma. Julgado 16.05.2022565

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Recurso em *Habeas Corpus* nº 158.808 / Rio de Janeiro (2021/0408111-2). Processo penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Sentença condenatória prolatada. Nulidade. Apresentação intempestiva do rol de testemunhas pelo Ministério Público. Supressão. Não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. Existência de outras anotações criminais. Art. 28-A, §2º, II, do CPP. Fundamentos da prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade concreta. Organização criminosa. Condições favoráveis. Irrelevância *in casu*. Medidas cautelares diversas. Impossibilidade.

Sexta Turma. Julgado 10.05.2022575

Habeas Corpus nº 662.690/ Rio de Janeiro (2021/0126576-1). *Habeas Corpus*. Direito Penal e Processual Penal. Procedimento investigatório criminal autônomo instaurado pelo Ministério Público Estadual. Busca e apreensão. Ilegalidade. Inviolabilidade do advogado. Inadequação da correição parcial. Inocorrência. Atipicidade da conduta investigada. Trancamento do procedimento investigativo criminal por ausência de justa causa. Anulação da decisão judicial de busca e apreensão. Subsunção controversa. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Licitude. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF. Prestígio aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. *Writ* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem de *Habeas Corpus* concedida.

Quinta Turma. Julgado 17.05.2022589

Jurisprudência Cível

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1897180 / Rio de Janeiro (2021/0145720-8). Administrativo e processual civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Recurso Especial do Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro provido. Permissão. Ausência de licitação. Nulidade. Indenização. Não cabimento. Limites da lide. Decisão mantida.

Segunda Turma. Julgado sessão virtual 10.05.2022 a 16.05.2022607

Noticiário

PGJ toma posse como Vice-Presidente do CNPG para a Região Sudeste.....623

Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins toma posse como
Corregedor-Geral do MPRJ.....625

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....637



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Corruptissima republica plurimae leges:
Retroatividade da Nova Lei de Improbidade
Administrativa (Lei nº 14.230/2021)?

Corruptissima republica plurimae leges:
retroactivity of the New Misconduct in Public
Office Law (Lei nº 14.230/2021)?

Alexander Araujo de Souza*

Renata Christino Cossatis**

Sumário

1. A natureza das sanções de improbidade administrativa. 2. A impossibilidade de aplicação retroativa da nova Lei de Improbidade Administrativa. 3. Conclusões.

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de a garantia da retroatividade da lei penal mais benéfica, reservada pela Constituição da República de 1988 (art. 5º, LX) excepcionalmente ao Direito Penal, ser transplantada para a sistemática dos atos de improbidade administrativa, o que importaria em se reconhecer, ou não, a aplicação retroativa das novas regras trazidas pela Lei nº 14.230/21 aos fatos praticados anteriormente à sua vigência.

Abstract

This article analyzes the possibility of the guarantee of retroactivity of the most beneficial criminal law, reserved by the Constitution of the Republic of 1988 (art. 5, LX) exceptionally to Criminal Law, being transplanted to the system of acts of misconduct in public office, which would matter whether, or not, to recognize the retroactive application of the new rules introduced by Law nº 14.230/21 to the facts practiced prior to its validity.

Palavras-chave: Corrupção. Direito Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Direito Penal. Irretroatividade.

* Doutor em Direito Penal pela *Università degli Studi Roma Tre*. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em *Crimen organizado, corrupción y terrorismo* pela *Universidad de Salamanca*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Keywords: *Corruption. Administrative Law. Misconduct in Public Office Law. Criminal Law. Non retroactivity.*

1. A natureza das sanções de improbidade administrativa

Já se abordou outrora¹ sobre o extraordinário avanço levado a efeito pela Constituição da República de 1988, a qual ampliou a tutela à probidade administrativa para o campo civil, indo muito além das Constituições anteriores², trazendo, ainda, um bem estruturado arcabouço de combate à corrupção e à violação dos bens jurídicos relativos a *res publica*.

No entanto, passados dezenove anos da vigência da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a discussão sobre a natureza jurídica das sanções nela previstas se renova diante das patentes atecniais trazidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que a modifica. Isto, sobretudo, no que toca à possibilidade de importação da regra especial estabelecida no art. 5º, LX, da Constituição da República de que “a *lei penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (reproduzida no parágrafo único do art. 2º do Código Penal) para a sua aplicação no âmbito das ações de improbidade.

O presente estudo, com efeito, não pretende esmiuçar as alterações constantes do projeto de lei nº 2.505, sancionado e promulgado com a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Ao contrário, almeja-se demonstrar a patente desarmonia que se provocaria no sistema jurídico pátrio, bem como a inquestionável colisão teleológica com as normas da Constituição da República e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, com a tentativa de se transportar, de maneira casuística e seletiva, regras exclusivas do Direito Penal para a sistemática da improbidade administrativa regrada pela Lei nº 8.429/92³.

A tutela da probidade teve seu nascedouro nos crimes de responsabilidade, avançou para o Direito Penal e alçou braços em direção ao Direito Administrativo, com o alcance de todo e qualquer servidor público. Contudo, a Constituição de 1988 deu a ela, inegavelmente, roupagem cível⁴, tendo sido bastante claro o constituinte originário ao ressaltar, em seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (...) *sem prejuízo da ação penal cabível*”.

¹ COSSATIS, Renata Christino. *Os Agentes Políticos e a Improbidade Administrativa*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/renatacossatis.pdf. Acesso em 03 de janeiro de 2022.

² Assim, por exemplo, o art. 57, “f”, da Constituição de 1934; o art. 85, “d”, da Constituição de 1937; o art. 89, V, da Constituição de 1946 e o art. 84, V, da Constituição de 1967.

³ Na Pet 3240, o Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, deixou consignada posição, com a qual não concordamos, de uma possível identidade entre as sanções: “A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5.º, XLVI, da Constituição.” (STF, Pleno, Publicado 22.08.2018)

⁴ Analisou-se a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa em trabalho anterior: COSSATIS, Renata Christino. *Os Agentes Políticos e a Improbidade Administrativa*. Op. cit.

A ampliação da tutela da probidade administrativa para além do campo político-criminal é perfeitamente coerente com a evolução do conceito de moralidade e com o reconhecimento das práticas ímprobas e corruptivas como as mais graves violações aos direitos fundamentais,⁵ bem como com a preocupação, cada vez maior, em se educar o gestor público⁶, como também os cidadãos em geral, ao respeito à legalidade e à moralidade.

Já tendo a Constituição estatuído não se tratar a ação de improbidade de uma ação penal, a Lei nº 14.230/21, em seu art. 17-D, pouco contribuiu para que se desvelasse a sua natureza, limitando-se a dispor que “não constitui ação civil”. A única interpretação plausível que se pode conferir ao referido dispositivo legal, sem que interprete violação ao texto constitucional, é o de que a ação de improbidade não se cuida de uma “ação civil pública”⁷. Isso porque, ato contínuo, o legislador prossegue estatuinto ser “vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”, que são objetos próprios da ação prevista no art. 129, III, da Constituição da República.

De fato, não faria sentido a ciência penal, que se consubstancia na *ultima ratio*, punir os delitos de corrupção sem que houvesse um sistema legislativo amplo, de caráter extrapenal, que alcançasse também aqueles que não se submetem ao estatuto jurídico próprio dos servidores públicos em geral, como o Chefe do Executivo e os membros do Legislativo. Sem falar na necessidade de se criarem mecanismos próprios voltados ao ressarcimento ao erário de natureza não penal, o que, sem dúvidas, contribui para o salto evolutivo necessário ao desenvolvimento político-econômico⁸ do País.

⁵ Assim, SOUZA, Alexander Araujo de. *Criminalità organizzata*. Minaccia alla democrazia e ai diritti fondamentali. Roma: Aracne, 2016, p. 128. No mesmo sentido, MANTOVANI, Ferrando. La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (accanimento contro la vita o cultura della vita)? In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 42. A propósito, em 2017, o alto comissário da ONU para Direitos Humanos, Zeid Al Hussein, em reunião do Conselho de Direitos Humanos, em Genebra, citando o Brasil, afirmou: “A corrupção viola o direito de milhões de pessoas pelo mundo, ao roubar deles o que deveria ser um bem comum e impedindo direitos fundamentais como saúde, educação ou acesso à Justiça”, complementando: “recentes escândalos de corrupção, incluindo sérias alegações com altos funcionários do Brasil e de Honduras, mostram como a corrupção está profundamente enraizada em todos os níveis de governo em muitos países das Américas, muitas vezes ligados ao crime organizado e tráfico de drogas (...) Isso mina as instituições democráticas e promove uma erosão da confiança pública. (...) Progresso para destapar, processar a corrupção em todos os níveis de governo é um passo essencial para garantir respeito pelos direitos dos povos, incluindo a Justiça”. Disponível em: <https://exame.com/brasil/citando-brasil-onu-alerta-que-a-corrupcao-ameaca-a-democracia/>. Acesso em 28 de dez. de 2021.

⁶ Há dois séculos não havia, no Brasil, regras de responsabilização e educação do gestor público. Previa o art. 99 da Constituição Imperial: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

⁷ Sustentando, neste sentido, não ser a ação de improbidade administrativa uma ação civil pública, veja-se CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública, comentários por artigo*. Lei nº 7.347, de 24.07.85. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 78.

⁸ Como consignou DALLAGNOL, Deltan, “Os índices de corrupção de um país são inversamente proporcionais à competitividade de suas empresas no cenário global. Time que se acostuma a ganhar comprando juiz e os adversários não ganha quando o jogo é pra valer (...). A concorrência desleal não estimula os músculos empresariais.” O mesmo autor ainda arremata: “Além disso, a corrupção é um fator que aumenta a imprevisibilidade e o risco nos negócios.” (*A luta contra a corrupção*). Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 45/46)

Pretender equiparar e, portanto, transfigurar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa àquelas previstas no Direito Penal traduz interpretação em patente descompasso com o comando contido na parte final do § 4º do art. 37 da Constituição e inegável retrocesso na proteção da coisa pública.

Da mesma forma, encampar a tese de que se trataria de sanções de natureza administrativo-disciplinar⁹ e, por isso, receberiam as mesmas garantias do Direito Penal, constitui evidente desvirtuamento de institutos jurídicos. Busca-se enxergar uma inexistente identidade substancial entre pena e sanção ao ato de improbidade, sob o argumento de que isso daria suporte à doutrina da unidade da “pretensão punitiva” (*ius puniendi*) do Estado, cujo principal corolário seria a aplicação dos princípios próprios do Direito Penal ao chamado Direito Administrativo sancionador. A incoerência seria tão grande quanto dizer que uma margarida é uma rosa somente pelo fato de ambas serem flores e exalarem perfumes. Não se deve esquecer, porém, da eloquente advertência de Shakespeare de que uma “rosa é uma rosa, e tem perfume de rosa, ainda que se pretenda dar a ela outro nome”¹⁰. Com efeito, não é o nome que se queira dar a um instituto que lhe confere essência. Alguns exemplos práticos são elucidativos da malsinada incoerência.

Uma *multa* por infração de trânsito, uma *multa* decorrente de sentença penal condenatória e uma *multa* por violação a ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, § 8º, do Código de Processo Civil) decididamente não possuem idêntica natureza jurídica. Não a possuem, apesar de diminuírem igualmente a fortuna do infrator e de ostentarem idêntico *nomen iuris* como sanção prevista em lei. Ao contrário, suas naturezas se diferenciam substancialmente em razão do sistema jurídico próprio em que estão inseridas e pela respectiva autoridade que as aplica (judiciária ou administrativa).

Pretender equiparar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa às previstas no Direito Penal, forçando a aplicação àquelas da mesma principiologia inerente a este, representa a mesma incoerência de se sustentar que a multa administrativa por infração ao art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro¹¹ necessita ser precedida dos princípios do Direito Penal aplicáveis à multa, que constitui pena por violação à norma incriminadora constante do art. 306 do mesmo diploma¹². No caso do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, a multa administrativa é aplicada

⁹ Igualmente não se trata, por óbvio, de sanções de natureza política. O julgamento político foi reservado, pela Constituição da República, ao próprio Poder Legislativo, o que se verifica no elenco de competências atribuídas ao Senado Federal em seus arts. 52 e 55, § 2º. Além disso, a sentença no processo de improbidade administrativa impescinde de fundamentação jurídica, tal como preceitua o art. 489 do Código de Processo Civil, exigência esta desnecessária em caso de julgamento político.

¹⁰ William Shakespeare, em sua obra *Romeo and Juliet*, em diálogo entre estes, deixou consignado: “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet*”.

¹¹ Dispõe o art. 165 do CTB: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses”.

¹² Dispõe o art. 306 do CTB: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

sem qualquer discussão a respeito dos princípios do *ne bis in idem*, do *favor rei*, do *in dubio pro reo*, tampouco sobre a existência, ou não, de foro por prerrogativa ao infrator. O mesmo se diga quanto a uma multa aplicada no âmbito do processo civil – como uma astreinte ou outra de natureza puramente sancionatória, como aquela prevista no § 8º do art. 334 do Código de Processo Civil. Também aqui não se importa a principiologia própria do Direito Penal, apesar de o aspecto punitivo-pedagógico também lhes ser inerente e a consequência prática a mesma, qual seja, a diminuição do patrimônio do sancionado.

Também em outro campo do direito, o da responsabilização civil, às ações por ato ilícito, lastreadas no art. 186 do Código Civil, no qual tanto se sustenta a teoria do *punitive damage*, não se aplicam os princípios inerentes ao Direito Penal, ainda que a coerção judicial também apresente natureza punitivo-pedagógica. Com efeito, não se pode olvidar que cada ramo do direito conta com princípios que lhe são próprios. Assim, da mesma maneira, a presunção de legitimidade dos atos praticados por agentes públicos, inerente ao Direito Administrativo, não se aplica na seara criminal.

O Direito Penal, portanto, não pode deixar de ser a *ultima ratio* em matéria punitiva para se tornar a *prima causa*, ao sabor das circunstâncias. Inconcebível que se extirpem apenas as partes convenientes da ciência criminal para serem transportadas para a seara da improbidade administrativa, tornando-as axiomas isolados de seu arcabouço, sob o superficial argumento de proteção às “garantias fundamentais do réu”. A transmutação, em verdadeiro desvirtuamento da natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade, com a finalidade única de se favorecerem corruptos e ímprobos, importa em patente desarmonia do sistema jurídico. Pinçar princípios próprios de um ramo jurídico, como o Direito Penal, para transportá-los a outro, sem se verificar a compatibilidade do enxerto com o corpo para o qual é transplantado, equivale à retirada da pedra angular de um sistema piramidal para se tentar encaixá-la em outro qualquer, sob o argumento de uma possível semelhança. A ruína será inevitável em ambas as situações¹³.

No caso do Direito Penal, verificar-se-á a banalização de garantias que foram criadas para um sistema considerado como a *ultima ratio* em matéria punitiva. Além disso, importará ruptura do *contrato social*¹⁴ pelo qual os cidadãos da República abdicaram de parcela de suas liberdades para a formação do corpo estatal e de parcela de sua propriedade para a constituição da coisa pública. Isso, inquestionavelmente,

¹³ A reflexão sobre a desarmonia de um sistema é coerentemente traduzida pelo Imperador Romano Marco Aurélio nas percuientes palavras: “como dizem os pedreiros que as pedras quadrangulares que se integram nos muros ou nas pirâmides, ao se ajustarem umas nas outras segundo certa combinação, encontram a harmonia. Em síntese, existe, com efeito, uma única harmonia”. (AURÉLIO, Marco. *Meditações*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2019, p. 58)

¹⁴ O grande teórico do contrato social já havia deixado consignado: “*Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques, et l'abus des lois par le Gouvernement est un mal moindre que la corruption du Législateur, suite infaillible des vues particulières. Alors l'État étant altéré dans sa substance, toute réforme devient impossible. Un peuple qui n'abuserait jamais du Gouvernement n'abuserait pas non plus de l'indépendance; un peuple qui gouvernerait toujours bien n'aurait pas besoin d'être gouverné*”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Flammarion, 2001, p. 105-106)

também traz instabilidade e rebaixamento, ainda maiores, do Brasil no ranking internacional de percepção da corrupção¹⁵, além de colocar o País, como se verá adiante, na contramão dos tratados internacionais por ele firmados em matéria de combate à corrupção.

Conclusivamente, parafraseando Shakespeare, uma sanção de improbidade administrativa nada mais é que (desculpe-se o truísmo) uma sanção de improbidade administrativa, e não uma pena criminal. Àquela, portanto, como se verá, não se aplicam os princípios próprios do Direito Penal.

2. A impossibilidade de aplicação retroativa da nova Lei de Improbidade Administrativa

Os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica adotam, como regra, o princípio de que as leis devem regular fatos futuros, não retroagindo para alcançar situações constituídas sob a vigência da lei revogada ou modificada. É o que estatui, dentre nós, o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42)¹⁶. Cuida-se do princípio da irretroatividade das leis, o qual apenas se excepciona em matéria penal, quando a lei nova seja, de qualquer maneira, mais benéfica ao seu infrator, aplicando-se a fatos constituídos sob a égide da lei anterior.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi explícita em estabelecer que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. A retroatividade em matéria penal da *lex mitior*, portanto, constitui exceção ao princípio geral da irretroatividade das leis.

Referida exceção encontra sua justificativa no fato de o Direito Penal se consubstanciar na *ultima ratio* em matéria punitiva, o mais potente poder de que dispõe o Estado de limitar a liberdade de seus súditos¹⁷. Justamente em razão disso, conta este ramo do direito com princípios próprios, cuja aplicação não encontra justificativa em relação aos demais sistemas. O *favor rei*, do qual é um corolário a

¹⁵ O Brasil no ranking da transparência internacional de 2020 encontra-se com pontuação 94, ao lado da Etiópia e Cazaquistão, numa classificação entre a 38ª posição dos países mais corruptos. Em posição imediatamente melhor que a do Brasil estão a Colômbia e o Equador. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2020>. Acesso em 28 de dezembro de 2021.

¹⁶ Dispõe o referido art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

¹⁷ Como assevera FERRAJOLI, Luigi, “la potestà di punire e di giudicare resta sicuramente, come scrissero Montesquieu e Condorcet, il più “terribile” e “odioso” dei poteri: quello che si esercita in maniera più violenta e diretta sulle persone e nel quale si manifesta in forma più conflittuale il rapporto tra stato e cittadino, tra autorità e libertà, tra sicurezza sociale e diritti individuali.” (DIRITTO; RAGIONE. *Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. XV)

máxima *in dubio pro reo*¹⁸, a proibição de analogia *in malam partem* e a retroatividade da lei penal mais benéfica exemplificam nítidas limitações ao *ius puniendi*.

Diante da excepcionalidade da retroação da *lex poenalis mitior*, cumpre lembrar a existência do princípio geral de direito segundo o qual, desde o Direito Romano, as exceções se interpretam restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*)¹⁹. Assim, a exceção relativa à retroatividade da lei penal mais benéfica ao transgressor não deve ser interpretada extensivamente, mas remanescer nos estritos parâmetros das normas *penais* repressivas. Isto foi o que almejou explicitamente o constituinte de 1988, pois não estatuiu simplesmente que a “lei” (civil ou administrativa) não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; ao contrário, circunscreveu a possibilidade de retroação à “lei penal” mais benéfica. Igualmente o fez a já citada Convenção Americana de Direitos Humanos ao se referir expressamente a condutas “delituosas”.

Como já se assentou, possuindo, portanto, as sanções aos atos de improbidade natureza cível, ainda que se queira, sob a roupagem das expressões direito administrativo “sancionador” ou “disciplinar”, equipará-las às penas criminais, impossível aplicar-se a retroatividade da lei mais benéfica ao ímprobo. A propósito, a própria Lei nº 14.230/21, em seu art. 1º, § 4º, estabeleceu que se aplicam “ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Ora, esta regra se refere não aos princípios constitucionais de direito penal, mas expressamente aos princípios do direito administrativo sancionador (como o contraditório e a ampla defesa, assegurados expressamente no art. 5º, LV, da Constituição da República, aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo”). E não há a menor sombra de dúvidas de que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, LX) encontra-se constitucionalmente limitado, de maneira estrita, à seara criminal.

¹⁸ Neste sentido, ainda uma vez, FERRAJOLI, Luigi, “(...) *si capisce, su questa base, come il principio equitativo del favor rei – di cui è un corollario la massima in dubio pro reo – non solo non contraddice, ma è addirittura una condizione necessaria per integrare il tipo di certezza razionale perseguita dal garantismo penale.*” (DIRITTO; RAGIONE. *Teoria del garantismo penale*. Op. cit., p. 84)

¹⁹ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes fez referência a tal princípio geral de direito em relação aos mais variados ramos do direito. Confira-se: “(...) Assim, por se tratar de regra de exceção, não admite interpretação extensiva ou analógica”. Nesse sentido, é vasta a jurisprudência do STJ: “O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - ‘*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*’ (interpretam-se as exceções estritissimamente), no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: ‘A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica.’ (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras. (...)” (MAXIMILIANO, Carlos. in *Heremênutica e Aplicação do Direito*, Forense, 2011, p. 184/193) 5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806027/PE; Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 09.05.2006; REsp 728753/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.03.2006; REsp 734450/RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644733/SC; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005) - REsp 829.726/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 27/11/2006, p. 254.” (STJ, Primeira Turma, REsp 829726/PR, Rel. Min. Luiz Fux)

A título de exemplo, relativamente à prescrição dos atos de improbidade administrativa, com os novos prazos e regras trazidos pela Lei nº 14.230/21, estes decididamente devem reger apenas as situações jurídicas aperfeiçoadas após a sua entrada em vigor, jamais aquelas constituídas sob a égide das disposições vigentes anteriormente.

Portanto, aos atos de improbidade praticados antes da vigência da Lei nº 14.230/21 *não* se aplicam as regras por esta inovadas, como a prescrição em 08 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato (art. 23), a suspensão pelo prazo de 180 dias em razão da instauração do inquérito civil (art. 23, § 1º), as hipóteses de interrupção da prescrição (art. 23, § 4º), a retomada do curso do prazo prescricional, após a sua interrupção, pela metade (art. 23, § 5º), tampouco a prescrição intercorrente reconhecível de ofício (art. 23, § 8º). Nestas hipóteses, aperfeiçoadas sob a égide das disposições anteriores da Lei nº 8.429/92, aplica-se o princípio geral do *tempus regit actum*. Ou seja, regem-se pela lei em vigor ao tempo da sua prática, submetendo-se aos prazos constantes da redação originária dos incisos I²⁰, II e III do art. 23 da Lei nº 8.429/92, bem como às demais normas gerais de natureza cível sobre a prescrição, inclusive no que toca às suas causas interruptivas e à inovação da prescrição intercorrente prevista no art. 206-A do Código Civil (com redação dada pela recente Lei nº 14.195/21).

Vale relembrar, ainda, que o Brasil é signatário da Convenção de Mérida, introduzida no ordenamento jurídico pátrio mediante o Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, cujo art. 29 determina: “Cada Estado Parte estabelecerá, quando proceder, de acordo com sua legislação interna, *um prazo de prescrição amplo* para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção e estabelecerá *um prazo maior* ou interromperá a prescrição quando o presumido delincente tenha evadido da administração da justiça.” Ora, se para o Direito Penal, *ultima ratio*, cujas sanções são penas prisionais, convencionou-se internacionalmente que os prazos prescricionais para o combate à corrupção devem ser mais amplos, seria inconcebível que, no âmbito extrapenal, repita-se, cível, os prazos da tutela da *coisa pública* fossem mais exíguos.

Nota-se que a Nova Lei de Improbidade está patentemente na contramão da Convenção de Mérida, ao prever, por exemplo, que “interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, *pela metade do prazo*” (art. 23, § 5º). Não se pode pretender, assim, ao arripio das mais comezinhas normas de interpretação, que ela se aplique aos fatos constituídos antes de sua entrada em vigor. Cumpre lembrar que até mesmo o célebre Cesare Beccaria, considerado pai de todos os garantistas penais, sustentava que determinados delitos graves nem sequer deveriam

²⁰ Neste particular, GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério sustentam, inclusive, que a contagem do prazo de 05 (cinco) anos previsto originariamente no inciso I do art. 23 se inicie do término do último mandato outorgado ao agente: “a associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a tese de que a prescrição somente deve se principiar com o afastamento do agente.” (*Improbidade administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 646)

ser beneficiados pela prescrição²¹. E não há dúvidas de que a corrupção, bem como os atos de improbidade administrativa, consubstanciam-se em ilícitos gravíssimos²², os quais o legislador deveria não somente punir com rigor, mas também estabelecer prazos prescricionais amplos, a fim de que eles não corroam os direitos fundamentais dos cidadãos e, por outro lado, não valham “a pena” para aqueles que os cometem.

Outro princípio penal absolutamente inaplicável na esfera da improbidade administrativa é o da *abolitio criminis*. Não há que se falar, nesta sede, de *novatos legis in mellius* para efeito de reconhecimento de *abolitio “criminis”*, pois, obviamente, de crime não se trata e nunca se tratou. Assim, continuam sendo regidas pela antiga normativa vigente à época em que praticadas as condutas *dolosas* ou *culposas*, bem como as suas respectivas sanções, que se adequavam às tipologias descritivas e seus respectivos sancionamentos constantes da redação anterior da Lei nº 8.429/1992. Por outro lado, as novas regras trazidas pela Lei nº 14.230/21, com a redação que esta deu aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, serão aplicáveis somente aos fatos cometidos após a entrada em vigor daquela lei, isto é, a partir de 26 de outubro de 2021.

Além disso, a tentativa de se transportar a *abolitio criminis* para o sistema civil de improbidade, no qual há a formação de coisa soberanamente julgada após dois anos da prolação da sentença (art. 975 do Código de Processo Civil), por força da proteção constitucional do art. 5º, XXXVI, importaria em grave violação ao princípio da isonomia entre aqueles cujo trânsito em julgado já se operou e aqueles cujos processos ainda tramitam ou nem sequer se iniciaram. Isso pelo fato de inexistirem, na seara civil, os mecanismos típicos e excepcionabilíssimos do processo penal, como a revisão criminal prevista no art. 622 do Código de Processo Penal, manejável a qualquer tempo.

Finalmente, não se deve olvidar que, independentemente da existência, ou não, de ato de improbidade de natureza dolosa ou culposa, ou de possível reconhecimento de prescrição, intercorrente ou não, remanescerá sempre a necessidade de ajuizamento da imprescritível ação de ressarcimento de danos ao erário (art. 37, § 5º, da Constituição), lastreada, inclusive, nas regras de responsabilização civil²³.

²¹ Como asseverou o célebre BECCARIA, Cesare, “*Parimenti quelli delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga.*” (*Dei delitti e delle pene*. Milano: Società Tipografica dei Classici Italiani, 1821, p. 45)

²² Ainda uma vez nos servimos das palavras de DALLAGNOL, Deltan: “*A corrupção é uma serial killer que mata em silêncio. Ela se disfarça de buracos em estradas, falta de medicamentos, crime de rua, miséria. Mas, como se esconde, dificilmente é responsabilizada pelas mortes que causa. Porém as pessoas que sofrem suas consequências existem e têm nome. E ninguém está livre de ser a próxima vítima. Todos nós temos razões de sobra para nos indignar e tomar uma atitude.*” (Op. cit., p. 40)

²³ Vale aqui lembrar o raciocínio traçado para fatos antecedentes à Lei de Improbidade: “O dever de reparar o dano causado a outrem preexistia à Lei nº 8.429/92, no mínimo desde o direito romano, o que afasta o argumento de que, tratando-se de diploma que institui determinada sanção, não estariam sujeitos a ressarcimento os danos anteriores à sua vigência.” (GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. Op. cit., p. 568) Assim como para as hipóteses de prescrição: “(...) tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido”. (*idem*, op. cit., p. 644)

3. Conclusões

A Lei nº 14.230/21 não alterou, nem poderia, a natureza jurídica das sanções relativas aos atos de improbidade ante a clara redação do art. 37, § 4º, da Constituição. Tendo esta ressalvado a ação penal cabível, e não possuindo o sancionamento aos atos ímprobos de natureza política ou administrativa, forçoso reconhecer sua natureza civil.

A pretensa equiparação da sanção cível ao ato de improbidade à pena criminal, em contrariedade ao texto constitucional, com o único objetivo de favorecer o ímprobo, ampara-se em um superficial argumento de que as garantias fundamentais do Direito Penal lhe seriam extensíveis, sem ao menos obtemperar que cada sistema possui peculiaridades muito próprias. O *ius puniendi* encontra-se limitado por garantias excepcionais pelo fato de constituir a maior violência do Estado na esfera individual, em nada comparável às sanções previstas na Lei de Improbidade.

Logo, a garantia da retroatividade da lei penal mais benéfica, reservada pelo constituinte originário excepcionalmente ao Direito Penal, não pode ser transplantada para a sistemática dos atos de improbidade administrativa. Não há, portanto, que se reconhecer a aplicação retroativa das novas regras trazidas pela Lei nº 14.230/21 aos fatos praticados anteriormente à sua vigência, seja uma pretensa *abolitio criminis*, pois de crime não se trata, seja a prescrição das ações com fulcro nas novas normas sobre prazos e causas interruptivas e suspensivas.

Desarmonizar os sistemas jurídicos com uma equivocada aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21 traria nefastas consequências ao enfrentamento aos atos ímprobos e corruptivos e à proteção ao erário. Isso tudo diante de um preocupante cenário em que o Brasil é visto pelos organismos internacionais como sendo o portador dos piores índices quando o assunto é enfrentamento da corrupção e sobre usurpação da coisa pública. O *The World Justice Project (WJP) Rule of Law Index*²⁴, em sua última atualização em 2021, aponta o Brasil ostentando a posição 138ª entre 139 países, com o Poder Legislativo mais corrupto do mundo, perdendo apenas para a Guatemala. No mesmo relatório, o Brasil é o país na 132ª posição em relação à punição de agentes públicos pela *misconduct*, perdendo, inclusive, para o Haiti. Sobre a eficiência e efetividade da Justiça brasileira em matéria de punição de ilícitos, o Brasil se encontra na infeliz posição 133ª entre 139 países.

²⁴ Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2021>. Acessado em 06.01.2022.

O trabalho escravizado no Brasil: a exploração da mão de obra dos grupos vulneráveis no país e a ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Catiane Steffen*

Sumário

1. Introdução. 2. A relação entre a pobreza, o trabalho escravizado no Brasil e a ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho. 2.2. O Conceito de Trabalho Escravizado após a Portaria 1.129/17 do Ministério do Trabalho. 2.3. Ações de Combate ao Trabalho Escravizado Contemporâneo no Brasil. 3. Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente artigo aborda o trabalho escravizado no Brasil a partir da análise de como a pobreza potencializa ofensas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como aquelas produzidas pelo trabalho escravizado. Esse princípio é núcleo essencial dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. O trabalho mostra o quanto é necessária e premente a adoção de medidas para a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nas diversas relações na sociedade e nas atuações do Poder Público, para se evitar o trabalho escravizado.

Palavras-chave: Trabalho escravizado. Pobreza. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

1. Introdução

O Brasil rompeu oficialmente com a prática escravagista há mais de 130 anos. De lá para cá, o Estado comprometeu-se com o respeito e a promoção à diversidade, incorporou a dignidade da pessoa humana ao ordenamento jurídico pátrio e tipificou a exploração do ser humano em condições de escravizado.

Apesar das ações para garantir a concretização dos ideais republicanos, decorrido mais de um século, o país ainda encontra marcas do passado impregnadas na sociedade: do discurso discriminatório propagado por alguns dos representantes do povo às políticas de Estado segregadoras que direcionam a atenção do Poder

* Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre. Pesquisadora com ênfase nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Processual Penal.

Público a uns, mantêm à margem outros e que dividem a população em estratos dos quais se libertar parece um calvário pela carta de alforria. Nesse contexto de sociedade moldada pela prática escravagista, as relações sociais foram estabelecidas ao longo do tempo pautadas numa divisão entre senhores e escravizados.

Os escravizados não tinham autonomia sobre o corpo, tampouco sobre o espírito, que eram submetidos às imposições dos senhores da Casa Grande. A relação era de possuidor e de possuído. Seres humanos escravizados, precificados e tratados como mercadoria.

O passado do país marcado pela escravização reverbera nas relações de trabalho até hoje. Nesse sentido, o artigo discorre sobre como a camada pobre fica exposta à realidade do trabalho escravizado no país, que ainda consegue se fazer presente na sociedade brasileira pela a) ineficiência do Estado em concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, b) resistência do Estado em implantar políticas públicas que atenuem e corrijam séculos de desigualdades sociais e c) pela dificuldade de aplicação de sanções civis, trabalhistas e penais sobre os que praticam tais atos criminosos.

Além disso, no presente trabalho se discorre sobre como o trabalho escravizado ofende o princípio da dignidade da pessoa. Em seguida, analisa-se brevemente a alteração do conceito de trabalho análogo à escravidão, promovida pela Portaria 1.129/17, posteriormente editada, a fim de corrigir a definição, insuficiente em si mesma, para contemplar a escravização contemporânea.

2. A relação entre a pobreza, o trabalho escravizado no Brasil e a ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Historicamente, a Lei Áurea aboliu a escravidão no Brasil. Passado mais de um século desde o sancionamento da Lei, em 13 de maio de 1888, ainda existem pessoas sendo escravizadas no país através do trabalho exaustivo e degradante que compromete a integridade física e mental.

O trabalho escravizado contemporâneo não compromete mais um perfil específico de pessoas, mas atinge com força uma camada da população desassistida pelo Poder Público. Essa camada é formada por pessoas provenientes de grupos mais vulneráveis na sociedade composto por analfabetos, desempregados e pessoas hipossuficientes economicamente que ao buscarem melhores condições de vida e de trabalho são atraídas para relações nas quais perdem a autodeterminação.

No entanto, historicamente, pessoas de determinadas etnias, estratos sociais, e pelas mais diversas políticas discriminatórias, foram mantidas à margem da atuação social do Estado. Uma das heranças lastimáveis do passado é a perpetuação da miséria e do estigma sobre uma parcela da população que encontra raízes ancestrais naqueles que por séculos foram reduzidos, invisibilizados e que tiveram suas necessidades sociais ignoradas pelo Poder Público.

Sobre isso, faz-se interessante revisitar a obra do contratualista John Locke, que se insurgiu na idade média contra o modelo de aquisição de propriedade derivada da hereditariedade. Para ele, além da liberdade, a propriedade também seria um direito natural. O autor foi o primeiro a formular uma teoria, entendida por muitos como moderna, na qual a aquisição da propriedade privada aconteceria pela transformação que o homem faz das coisas em estado de indeterminação – encontradas assim na natureza – através do trabalho das suas mãos. Essa transformação pelo próprio trabalho é que tornaria o homem proprietário de bens.

Num modelo de sociedade que concebia a propriedade como herdada – por meio da descendência, dos títulos, como se via com os aristocratas – a concepção de John Locke, de propriedade criada, construída com o trabalho no tempo – na qual a pessoa nasce sem nenhum patrimônio e pelo trabalho o vai conquistando – é tipicamente uma concepção moderna, burguesa. Essa concepção possibilitaria também uma ascensão social da burguesia, que confrontaria as classes dominantes da época. Ainda hoje, existe um tensionamento entre estratos sociais, de modo que a manutenção de camadas pobres se torna essencial para a efetivação dos interesses de outros estratos.

É a massa pobre que faz o Brasil *acontecer* e a massa pobre precisa ser manipulada para o país *acontecer* dentro de um contexto específico. Como peças, os pobres são movimentados para pensar, contribuir e agir a fim de satisfazer interesses de outros. Uns são mantidos numa posição tão desfavorável quanto possível em relação a outros, para que os primeiros sirvam aos interesses de alguns núcleos hegemônicos. Estes tentam internalizar na sociedade e naturalizar as desigualdades sociais através dos discursos, das ações e da atuação do Estado, inclusive pelo direcionamento de políticas públicas, a fim de satisfazer interesses de determinados setores e pessoas.

Um exemplo disso é a introdução do conceito de meritocracia, tão divulgado na mídia na última década. Para se pensar em meritocracia, há de se conceber que todos estejam em igualdade de condições na disputa, o que não acontece numa sociedade tão desigual como a brasileira. Esse é um discurso especialmente feito para encobrir as mazelas sociais e responsabilizar a massa pobre pelo próprio estado em que se encontra, pois se tudo advém do mérito, os milhões de famintos e de pobres que movimentam a sociedade brasileira assim se encontrariam por culpa deles mesmos. O Estado retira de si mesmo a responsabilidade pela formulação de políticas públicas e aqueles que ascendem socialmente numa lógica de exploração e de dominação social, acumulando cada vez mais enquanto menos contribuem na sociedade, podem desfrutar menos constrangidos do que ostentam.

Num Brasil em que mães pobres gestam bebês sem nem mesmo ter alimentos em quantidade suficiente para nutrir os seus corpos e o dos seus filhos em formação, uma criança pobre não tem nem mesmo como concorrer em condições de igualdade com filhos de pessoas de classes ricas, desde o momento em que é concebida. As células, tecidos, ossos, a estrutura física e mental de crianças gestadas por mães bem

alimentadas é desenvolvida e formada em seus detalhes com nutrientes que sequer chegam aos bebês pobres quando da sua formação no ventre materno.

Uma criança que puxa carrinho debaixo de sol tórrido para juntar alguns reais para comprar arroz e feijão ao final do dia – que nem dorme devido às dores decorrentes da acidez de uma barriga vazia – não terá a mesma condição para memorizar, pensar e internalizar conteúdo que terá aquela criança que ouve Mozart, realiza quantas refeições quiser no dia, descansa e dorme num quarto com ar-condicionado. Nesse contexto, exceções são alçadas ao clamor popular de entrevistas e de reportagens, a fim de falsamente comprovar o conceito de meritocracia, numa tentativa de se esconder aquilo que de fato é a regra na sociedade brasileira atual.

O ciclo da miséria vai sendo ampliado pelas dificuldades e pela segregação social a que os filhos da pobreza vão sendo cada vez mais expostos ao longo do crescimento. Tornam-se adultos que lutam pelo prato diário, que investem enorme esforço para tentar sobreviver com a menor indignidade possível.

No campo da relação entre desigualdade de renda e tributação, vemos que o modelo de sistema tributário aplicado numa sociedade – embora não seja capaz exclusivamente por si mesmo de determinar a desigualdade de renda, tampouco de ser um instrumento capaz de sozinho construir sociedades com menos desigualdades – é um dos fatores que atuam fortemente no aumento das lacunas sociais. Essas lacunas colocam os estratos da população mais desassistidos pelo Poder Público cada vez mais à margem dos ideais de sociedade livre, justa e igualitária a que o Estado brasileiro se comprometeu a promover no texto da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se essa triste realidade no modelo econômico brasileiro no qual quem recebe mais paga menos tributo. Há pouca tributação da renda e do patrimônio, e excessiva tributação sobre bens e serviços – o que penaliza a camada mais pobre da população. Há isenção total de imposto de renda sobre lucros e dividendos distribuídos a acionistas das empresas. E, ainda, há a possibilidade de se deduzir do lucro tributável uma despesa fictícia relativa aos chamados *juros sobre capital próprio*, além das poucas faixas tributárias¹.

Os pobres são atingidos duramente pelo Estado, que retira parte do salário na folha de pagamento e que dissipa o restante em impostos diversos sobre o mais elementar à manutenção da vida. No entanto, tudo isso está inserido num sistema legalizado pelo ordenamento jurídico, de encontro à proteção da dignidade da pessoa humana. A pouca renda que a base da pirâmide auferir no país esvai-se de suas mãos, enquanto isso o Estado não tributa a renda proveniente do capital.

Não se nega que as ações estatais dependem de arrecadação para serem implementadas e que os tributos são um dos pilares do Estado para a concretização dos direitos e das garantias asseguradas na Constituição. Essas entregas materiais dos indivíduos ao Estado deveriam ser utilizadas para a concretização do que está

¹ BUFFON, Marciano. *Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

previsto na Constituição Federal: a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual as pessoas possam viver com dignidade.

Os ideais de justiça social da Constituição são viabilizados pelo pagamento de tributos. No entanto, o Estado investe na promoção dos interesses particulares de uma camada pequena e abastada que multiplica a fortuna, garantindo o futuro de gerações que continuarão o ciclo de viver dos lucros do capital que continuará a crescer.

Quando o Estado tributa o mínimo existencial, o Estado retira das famílias carentes a autodeterminação, impossibilita que elas invistam a renda naquilo que lhes é mais necessário dentre todas as urgências diárias. Quando os tributos chegam (e se chegam) diluídos em serviços para apoiar as camadas pobres da população e tutelar a efetividade dos direitos fundamentais, as mais urgentes necessidades dessas famílias muitas vezes sequer são satisfeitas seja porque o que o Estado entrega não atende a mais premente de suas necessidades seja porque algum critério instituído pelo próprio Estado exclui essas pessoas de serem amparadas por ele – as mesmas pessoas miseráveis das quais o Estado tomou parte da renda.

Conforme explica o professor e advogado tributarista Marciano Buffon, com sensibilidade e propriedade em sua primorosa obra², o Estado *“existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”*. Desse modo, toda a atuação do Estado – inclusive a tributação – deve se pautar pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja o concretizando nas políticas estatais seja limitando o arbítrio em função dele. Ainda, conforme o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser elemento fundante de toda disposição normativa, assim como deve emergir de qualquer disposição do ordenamento jurídico.

Uma sociedade que não se preocupa com a redução das desigualdades sociais, que se utiliza das camadas pobres para sustentar benefícios aos que deles não necessitam, cria alguns poucos detentores de muito poder e de dinheiro numa sociedade disfuncional, com multidões de miseráveis, que ficam expostos a todo tipo de barbárie, como o trabalho escravizado. Conforme bem salientado por Buffon³, as sociedades com economias disfuncionais não alcançam crescimento e apresentam elevados níveis de violência e de criminalidade.

Quanto mais miseráveis forem as condições de vida numa determinada região, mais propensas as pessoas ficam de serem escravizadas, atraídas por criminosos para, na maior parte das vezes, irem – de aparente voluntariedade – ao encontro do trabalho escravizado. Mesmo quando as pessoas buscam um trabalho e deparam-se com o trabalho escravizado, estas nem mesmo conseguem reconhecer a gravidade do que as espera, pois a necessidade é tamanha que se agarram a acreditar em qualquer oportunidade que lhes é oferecida.

² BUFFON, Marciano. *Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

³ *Ibidem*.

Diante da fome, da miséria, da falta de oportunidade e de políticas públicas sociais, que espaço de escolha livre, consciente e informado há para essas pessoas? No mínimo, um espaço de escolha viciado. Não é à toa que as estatísticas mostram que a maior parte dos trabalhadores em situação análoga a de escravidão no Brasil provêm das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste⁴. As duas primeiras regiões são as mais pobres do país.

Aliciadores deslocam-se pelo Brasil, iludem jovens, homens e mulheres com propostas que encobrem a dura realidade a que essas pessoas serão expostas. Estas são levadas a lugares de difícil acesso, privadas da comunicação com familiares, ameaçadas, castigadas fisicamente, muitas vezes sem água potável, necessitando dormir em alojamentos degradantes, e sem receber alimentação adequada – indivíduos que, comumente, endividam-se com os próprios aliciadores para ter o que comer enquanto são explorados por eles.

O trabalho escravizado está diretamente associado a outros crimes, como ao tráfico de pessoas, que costumam ser retiradas das áreas rurais das regiões mais pobres do país para serem escravizadas em atividades como o plantio e a colheita de maçãs, de café, de fumo, na extração de carvão e na fabricação de roupas e de calçados. Alguns desses trabalhadores, quando libertos, nem mesmo conseguem retornar para a cidade onde moravam pela ausência de recursos.

Não raro, pessoas libertadas são aliciadas para trabalhar no mesmo local onde foram escravizadas. O medo, a vergonha, a humilhação e a necessidade fazem com que seja muito difícil de se obter o depoimento das vítimas de trabalho escravizado no inquérito penal. Isso, somado a outras dificuldades encontradas pelos órgãos de fiscalização, torna difícil a colheita das provas da consumação do crime de trabalho escravizado para a responsabilização dos que praticam a conduta contra as vítimas.

2.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho

Conforme a Constituição Federal de 1988, o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Carta Maior garante o direito de o indivíduo ter a vida respeitada em suas diferentes dimensões, fruindo de âmbito existencial próprio⁵. Isso se aplica também em relação à sua força de trabalho.

Esse princípio, que não tem um conteúdo meramente ético, deve ser a fonte primeira das Leis e delas deve emergir. Nesse sentido, atende o Direito do Trabalho, pois este objetiva regulamentar as relações de trabalho, e, ao fazer assim,

⁴ MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. *O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana*. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁵ MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. *O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana*. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

ele permite implementar o princípio da dignidade da pessoa humana na concretude das relações sociais⁶.

Ao longo do texto da Constituição Federal há diversos artigos que reconhecem a hipossuficiência do empregado e preveem a defesa dos direitos dele, especialmente o direito ao trabalho digno⁷. Assim, qualquer forma de trabalho que explore o ser humano, coagindo-o a prestar a força de seu trabalho em condições degradantes, constitui-se em trabalho escravizado e é uma grave violação aos direitos humanos, pois o direito de não ser escravizado é absoluto⁸.

2.2. O Conceito de Trabalho Escravizado após a Portaria 1.129/17 do Ministério do Trabalho

A Constituição Federal expressa que o fundamento da ordem econômica se encontra na *valorização do trabalho e na iniciativa privada*, mas essa prioridade se dá no sentido de servir de norte à intervenção Estatal na economia, não autorizando que se priorize o capital em detrimento do ser humano. Através da Portaria 1.129/17, o Ministério do Trabalho estabeleceu novas regras para a caracterização de trabalho análogo ao da escravidão.

Nos termos da Portaria, para caracterizar trabalho escravizado seria necessário demonstrar o cerceamento de liberdade de locomoção do trabalhador. No entanto, como bem salientou a Ministra Rosa Weber no voto que suspendeu a Portaria, a escravidão moderna é bem mais sutil e o cerceamento da liberdade pode ocorrer por meio de constrangimentos de natureza diferentes da física, como os constrangimentos econômicos, que impactem na capacidade da vítima de fazer escolhas segundo a sua livre determinação: “O ato de privar alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, é repudiado pela ordem constitucional, quer se faça mediante coação, quer pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno”.

Devido à pressão de duas ADIs que tramitaram na mais alta Corte do país e após uma série de debates, críticas de organizações de representação do trabalho, inclusive da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Portaria foi substituída pela Portaria MTB 1.293, de 28 dezembro de 2017.⁹ Nos termos da nova Portaria, não é

⁶ SCHÄFER, José. *A dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho*. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7704>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁷ AZEREDO, Amanda; RENAULT, Luiz. *O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego*. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_azeredo_luiz_otavio_renault.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁸ TREVISAM, Elisaide. *Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁹ RODRIGUES, Rafael; DUARTE, Francielle. *A flexibilização do direito do trabalho à luz da reforma trabalhista e seus reflexos perante a escravidão contemporânea*. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3109>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

necessária a coação direta contra a liberdade de ir e vir para que fique configurado o trabalho escravizado.

2.3. Ações de Combate ao Trabalho Escravizado Contemporâneo no Brasil

O Brasil criou em 1995 o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, que faz parte do Ministério do Trabalho. Esse grupo atua na fiscalização e repressão ao trabalho escravizado no país. Composto por auditores do trabalho, delegados, agentes federais e procuradores do Ministério Público do Trabalho, concretizam ações para contribuir na erradicação dessa mazela.

As ações do GEFM são realizadas a partir de denúncias e as equipes trabalham para a libertação dos trabalhadores dos locais onde são explorados¹⁰. Em 2003, o governo federal com o apoio da Organização Internacional do Trabalho lançou o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, que propôs 76 ações para aperfeiçoar o combate ao trabalho escravizado, entre elas a melhoria administrativa do Ministério Público Federal e do Trabalho, ações específicas de conscientização da sociedade civil e investimento na capacitação dos agentes.

Em 2008, foi proposto o 2º plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, com a inserção dos trabalhadores resgatados em programas assistenciais do governo, seguro-desemprego especial para o trabalhador resgatado, assistência jurídica e elaboração de documentos entre outras ações para proteger o trabalhador em condição análoga a de escravização. O país conta também com a Portaria 540, de 15 de outubro de 2004, que criou o Cadastro de Empregadores Infratores, também conhecida como Lista Suja.

Essa lista é atualizada semestralmente e identifica pessoas físicas e jurídicas autuadas pela fiscalização por manterem trabalhadores submetidos à situação análoga à de escravização. A lista com a relação dos empregadores autuados é publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e a inclusão do nome do infrator acontece após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, na qual tenha se identificado o trabalho escravizado.

Os infratores são impedidos de ter acesso a linhas de crédito ou incentivos fiscais promovidos por bancos e agências de desenvolvimento signatárias do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, que se comprometeram a não realizar transações econômicas com aqueles que estão incluídos no Cadastro.

No entanto, essas medidas não são suficientes para garantir a erradicação do trabalho escravizado, até porque a lista suja é uma ação administrativa que não se confunde com a esfera criminal. Hoje, a maior parte da demanda de enfrentamento ao trabalho escravizado está com o Ministério Público do Trabalho, que atua no combate ao trabalho escravizado não apenas pela implementação de ações concretas como

¹⁰ TREVISAM, Elisaide. *Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

também pelo comprometimento do Estado na adoção de medidas eficazes pela sociedade no combate ao trabalho escravizado.

3. Considerações finais

O Direito do Trabalho regula o trabalho humano de qualquer natureza e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. O trabalho escravizado contraria os fundamentos da Constituição que garantem o trabalho livre, viola os direitos humanos e irradia consequências na esfera penal, trabalhista e administrativa. A Portaria 1.129/17 do Ministério do Trabalho mostrou-se um retrocesso à erradicação do trabalho escravizado quando impôs a necessidade de se comprovar o cerceamento da liberdade de ir e vir para que fosse configurado o trabalho escravizado.

Ainda há a utilização de pistoleiros e homens armados para impedir o ir e vir dos trabalhadores escravizados, como acontecia no passado recente da nação brasileira, que se fez a partir de uma cultura escravagista. No entanto, a Portaria não estava alinhada à realidade moderna da escravização, que alterou seus contornos ao longo do tempo, mas manteve o fim: a coisificação do ser humano. Após intensa pressão da comunidade nacional e internacional, a Portaria foi editada e retirou-se dela a restrição.

A escravização moderna não ataca apenas a liberdade física, mas, principalmente, a autodeterminação dos trabalhadores, isto é, a capacidade de fazerem escolhas, o que se mostra determinante para a manutenção da situação de exploração das vítimas. Os constrangimentos psicológicos, a violência física e as dívidas impagáveis que os trabalhadores escravizados são obrigados a contrair junto aos que os exploram são alguns dos exemplos de ações praticadas sobre as vítimas que visam à retirada da autonomia dessas sobre elas mesmas.

O Estado brasileiro vem adotando medidas de repressão ao trabalho escravizado, mas essas ainda são insuficientes para erradicá-lo. A falta de recursos para os órgãos que atuam no combate do trabalho escravizado e a economia em queda impulsionam a ação de aliciadores, que encontram campo fértil para fazerem vítimas principalmente nas regiões mais pobres do país, onde a miséria também retira das pessoas a autodeterminação. Ainda assim, ações do Ministério Público do Trabalho e a criação da lista nacional de empresas autuadas por manterem trabalhadores em situação de escravização mostram que o país está em um movimento de enfrentamento do trabalho escravizado contemporâneo, ainda que a passos lentos.

Referências

AZEREDO, Amanda; RENAULT, Luiz. *O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego*. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_azeredo_luiz_otavio_renault.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

BUFFON, Marciano. *Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. *O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana*. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

RODRIGUES, Rafael; DUARTE, Francielle. *A flexibilização do direito do trabalho à luz da reforma trabalhista e seus reflexos perante a escravidão contemporânea*. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3109>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

SCHÄFER, José. *A dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho*. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaocohecimento/article/view/7704>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

TREVISAM, Elisaide. *Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação

Introduction to the study of good practices in the administration of justice: the dogmatic relevance of innovation

Freddie Didier Jr.*
Leandro Fernandez**

Sumário

1. A prática como objeto de estudo do processualista: a importância das boas práticas na administração da justiça. 2. A perspectiva judicial do direito à boa administração: a boa administração da justiça e sua relevância para o Direito Processual. 2.1. O direito à boa administração. 2.2. O direito à boa administração da justiça. 2.3. A administração da justiça no Brasil: uma visão geral. 3. O advento da inovação como categoria integrante do Regime Jurídico de Organização e Funcionamento do Poder Judiciário. A Resolução 395/2020 do Conselho Nacional de Justiça e os Laboratórios de Inovação. 4. Boas práticas: noção, definição e espécies. 5. A posição das boas práticas na Teoria das Fontes do Direito Processual. 5.1. *Soft law* e boas práticas. 5.2. Boas práticas, precedentes judiciais e costumes processuais. 6. Fundamentos das boas práticas na administração da justiça. O papel do Conselho Nacional de Justiça. 7. Algumas características das boas práticas. 8. O processo de institucionalização das boas práticas. 9. Conclusões. Referências bibliográficas.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Livre-docente pela USP. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado.

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Segundo Vice-Presidente da Amatra VI. Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Anamatra. Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho no TRT-6.

Summary

1. Practice as the object of study of the procedural law theorist: the importance of good practice in the administration of justice. 2. The judicial perspective of the right to good administration: the good administration of justice and its relevance to procedural law. 2.1. The right to good administration. 2.2. The right to good administration of justice. 2.3. Administration of justice in Brazil: an overview. 3. The advent of innovation as a category that integrates the legal system of organization and operation of the Judiciary. Resolution 395/2020 of the Conselho Nacional de Justiça and innovation laboratories. 4. Good practices: notion, definition and species. 5. The position of good practices in the theory of sources of procedural law. 5.1. Soft law and good practices. 5.2. Good practices, judicial precedents and procedural customs. 6. Foundations of good practice in the administration of justice. The role of the Conselho Nacional de Justiça. 7. Some characteristics of good practices. 8. The process of institutionalization of good practices. 9. Conclusions. References.

Resumo

O artigo destina-se a apresentar a ideia de que as boas práticas na administração da justiça devem ser objeto de estudo do Direito Processual e propor as diretrizes para abordagem da matéria.

Abstract

The article is intended to present the idea that good practices in the administration of justice should be the subject of study in procedural law and to propose guidelines for approaching the subject.

Palavras-chave: Boas práticas. Administração da justiça. Inovação.

Keywords: Good practices. Administration of justice. Innovation.

1. A prática como objeto de estudo do processualista: a importância das boas práticas na administração da justiça

A^{1,2} indeterminação, a vagueza ou mesmo a lacuna das disposições normativas processuais oferecem oportunidade para que os operadores do Direito – juízes,

¹ Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual,” vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>). Os autores agradecem a leitura da versão original do texto e o produtivo diálogo mantido com o Professor Antonio do Passo Cabral a respeito das ideias apresentadas. Muitas das suas ponderações foram incorporadas na versão definitiva do artigo.

² Os fundamentos para as ideias desenvolvidas neste artigo foram inicialmente apresentados em DIDIER JR., Fredie. Do que se ocupa um(a) processualista? In: *Civil Procedure Review*. v. 12, n. 3, set./dez. 2021, p.

advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos etc. – encontrem soluções práticas dogmaticamente interessantes e eficientes para o correto desempenho do sistema de Justiça.

Desde práticas em julgamentos colegiados (o relator anunciar previamente o resultado do seu voto, de modo a que o advogado possa, se for o caso, abdicar da sustentação oral, por ex.) a práticas em processos estruturais (audiência preliminar para conhecimento do caso, p. ex.); de práticas na arbitragem internacional relacionadas ao controle da imparcialidade do julgador (como os comportamentos devidos pelo árbitro no sentido de informar as partes, p. ex.) àquelas relativas à produção da prova (como os testemunhos em conferência, por exemplo).

O estudo das boas práticas processuais tanto pode revelar que algumas delas se tenham transformado em verdadeiros “costumes processuais” e, portanto, normas jurídicas, como também pode demonstrar o importante papel que o *soft law* cumpre em tema de processo.

Seguramente não é por acaso que o Conselho Nacional de Justiça se preocupa em editar tantas recomendações, muitas delas sobre o Direito processual,³ que nada

120-127. Naquele texto, Fredie Didier Jr. abordou a relevância do estudo de temas como a administração da justiça, as boas práticas processuais e a função normativa do Conselho Nacional de Justiça (este último tema já explorado em DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 80-81 e 84-86), todos eles objeto de discussão no grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual,” liderado por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga. Os diálogos entre os autores acerca de temas relativos à cooperação judiciária e às boas práticas culminaram na elaboração de um artigo em coautoria: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Cooperação judiciária e protocolos institucionais: o caso do Ato Trabalhista, ou Plano Especial de Pagamento Trabalhista, para a centralização de execuções contra entidades desportivas. In: *Revista de Direito do Trabalho*. V. 219, set./out. 2021, p. 201-232. Questões concernentes à função normativa do CNJ também foram posteriormente analisadas por Leandro Fernandez em sua tese de doutorado, sob orientação de Fredie Didier Jr. e Rodolfo Pamplona Filho (FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2021, p. 207-226). O artigo que ora se apresenta é, portanto, produto da reflexão dos autores a respeito de alguns dos temas centrais em suas recentes produções acadêmicas.

³ Alguns exemplos de Recomendações do Conselho Nacional de Justiça relacionadas ao Direito Processual: a) n. 5/2006, recomenda o estudo da viabilidade da criação de varas especializadas em direito de família, sucessões, infância e juventude, e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias; b) n. 6/2007, recomenda aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça que adotem providências no sentido de que os acordos homologados judicialmente sejam valorados como sentenças, para todos os efeitos; c) n. 14/2007, recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para dar prioridade aos processos e procedimentos em que figure como parte interveniente pessoa com idade superior a 60 anos, em qualquer instância; d) n. 22/2009, recomenda aos tribunais que priorizem e monitorem permanentemente demandas jurídicas envolvendo conflitos fundiários; e) recomenda aos juízes e tribunais a realização de mutirão para instrução e julgamento de processos criminais e sessões de julgamento do Tribunal do Júri; f) n. 38/2011, recomenda aos tribunais a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário, e dá outras providências; g) n. 54/2018, recomenda aos tribunais a não exigência de tradução de documentos estrangeiros redigidos em língua portuguesa; h) n. 56/2019, recomenda aos Tribunais de Justiça que promovam a especialização de varas e a criação de câmaras ou turmas especializadas em falência, recuperação empresarial e outras matérias de Direito Empresarial; i) n. 57/2019, recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial a adoção de procedimentos prévios ao exame do feito, e dá outras providências; j) n. 58/2019, recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação; k) n. 60/2019, recomenda aos juízes estaduais que

mais são do que o reconhecimento – e uma exortação – de boas práticas, que passam a ser recomendadas pelo órgão regulador do sistema judiciário brasileiro. O Conselho Nacional do Ministério Público vai na mesma linha, dedicando um setor da sua página na rede mundial de computadores à divulgação de boas práticas.⁴

O tema das boas práticas na administração da justiça não tem sido objeto de análises sistemáticas por processualistas, administrativistas ou constitucionalistas. Essa é uma lacuna que merece ser preenchida. O propósito deste artigo é demonstrar a importância para o Direito processual do estudo das boas práticas e propor as linhas gerais de reflexão a respeito da matéria.

2. A perspectiva judicial do direito à boa administração: a boa administração da justiça e sua relevância para o Direito Processual

2.1. O direito à boa administração

A reflexão acerca da existência de um direito fundamental à boa administração foi desenvolvida em âmbito europeu.

Consolidando a tradição iniciada com a Recomendação n.º R (80) 2,⁵ de 1980, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre o exercício de poderes discricionários por autoridades administrativas e com o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa,⁶ de 1995, e incorporando posicionamentos explicitados por tribunais supranacionais europeus,⁷ a Carta Europeia de Direitos Fundamentais consagrou expressamente o direito à boa administração.

De acordo com o art. 41 da Carta, situado no capítulo dedicado aos direitos de cidadania, o âmbito de proteção desse direito fundamental compreende: *a)* o direito a que os assuntos pertinentes ao indivíduo sejam tratados de maneira imparcial, equitativa e em prazo razoável; *b)* o direito de a pessoa ser ouvida antes da tomada de qualquer medida que a afete desfavoravelmente; *c)* o direito de acesso aos processos

mantenham a tramitação de processos previdenciários propostos antes da eficácia da Lei nº 13.876/2019 na Justiça Estadual; l) n. 63/2020, recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19; m) n. 66/2020, recomenda aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19; n) n. 71/2020, dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusuc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial; o) n. 76/2020, dispõe sobre recomendações a serem seguidas na gestão dos processos, em termos de ações coletivas, no âmbito do Poder Judiciário; p) n. 80/2020, recomenda aos Tribunais e outros órgãos do Poder Judiciário com atuação direta ou indireta sobre os Juizados Especiais a adoção de diversas medidas de aperfeiçoamento dos Juizados Especiais.

⁴ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/servicos/101-enasp/216-boas-praticas>.

⁵ Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016804f22ae>.

⁶ A versão atual do Código está disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/publication/pt/3510>.

⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010, p. 142-149.

que digam respeito à pessoa, observada a disciplina relativa à confidencialidade e aos segredos profissional e comercial; *d*) o direito à fundamentação das decisões da administração; *e*) o direito de reparação por danos causados por instituições públicas ou seus agentes no exercício das suas funções; *f*) o direito de petição perante as instituições da União Europeia, em uma das suas línguas oficiais, com a obtenção de resposta em idêntica língua.

No Brasil, um dos primeiros autores a sustentar a existência do direito fundamental à boa administração foi Juarez Freitas. Em sua visão, esse direito impõe à administração pública uma atuação proporcional, transparente, sustentável, compatível com o devido processo – observada a duração razoável e a motivação explícita, congruente e clara, garantidos o contraditório e a ampla defesa –, imparcial e desviesada, proba, adequada a uma “legalidade temperada” (no sentido de não necessariamente limitada à aplicação da literalidade da legislação), preventiva, precavida, eficaz e eficiente.⁸

Não parece haver dúvida razoável acerca da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um direito fundamental implícito à boa administração. O art. 37 da Constituição Federal estabelece princípios que qualificam a atuação do poder público (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e fixa extenso regime jurídico cujos critérios orientadores podem ser facilmente relacionados aos elementos integrantes do direito à boa administração, tal como identificado em âmbito europeu.

É notável, nos últimos anos, a edição de uma série de leis que consagram diretrizes e técnicas que concorrem para a concretização do direito fundamental à boa administração, tais como a Lei n. 13.655/2018 (que inseriu novos dispositivos na LINDB), a Lei n. 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), a Lei n. 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e a Lei n. 14.210/2021 (que regulou o instituto da decisão administrativa coordenada, inserindo-o na Lei n. 9.784/1999).

2.2. O direito à boa administração da justiça

Uma das dimensões da boa administração é a boa administração da justiça, temática ainda insuficientemente estudada pelos processualistas no Brasil.

A boa administração da justiça, como observado por Cadet, é noção que deve ser compreendida em seu sentido *judicial*, relativo à condução dos processos com observância das regras legais e em tempo razoável para o oferecimento de uma solução compatível com o Direito e, também, em seu sentido *administrativo*, alusivo à gestão dos recursos de que dispõe o Judiciário para o desempenho das suas funções, o que pode ser traduzido pela ideia de qualidade da justiça ou qualidade dos processos

⁸ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-22.

judiciais. O importante é perceber que essas duas perspectivas se interpenetram e são indissociáveis.⁹

A correlação é evidente: um processo estruturado com características (procedimentais, de competência ou de conformação institucional) que tornem inviável ou injustificadamente difícil a concretização de garantias processuais representa um desperdício dos recursos do Judiciário; da mesma maneira, a prestação jurisdicional desenvolvida sem a preocupação com o aproveitamento racional do pessoal e das estruturas materiais e tecnológicas do Poder Judiciário também é inadequada à sua finalidade.¹⁰

Essa compreensão é corroborada pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que se manifesta acerca do direito à boa administração da justiça no contexto do regime estabelecido pelo art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. De acordo com o TEDH, economia e celeridade não justificam a supressão de garantias processuais, cuja consagração também interessa à boa administração da justiça (*caso Nideröst-Huber versus Suíça*).¹¹ Por isso, a necessidade de preservar tais garantias pode consistir em motivo suficiente para autorizar a inobservância da ordem cronológica de julgamentos (*caso Von Maltzan e outros versus Alemanha*).¹² Em verdade, em perspectiva mais abrangente, interpretações restritivas das garantias processuais previstas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos são incompatíveis com a boa administração da justiça (*caso Delcourt versus Bélgica*).¹³ O TEDH também considera que a modificação da jurisprudência não viola o direito à boa administração da justiça, mas exige uma fundamentação proporcionalmente mais substancial quanto maior o grau de consolidação do entendimento anterior, associando aquele direito à segurança jurídica e à proteção da confiança legítima (*caso Atanasovski versus antiga República Iugoslava da Macedônia*).¹⁴

Na Europa, a boa administração da justiça tem sido identificada, ao longo dos anos, como um tema estratégico para a consolidação de garantias jurídicas indispensáveis em um Estado Democrático de Direito e de um ambiente favorável às empresas e aos investimentos.

⁹ CADIET, Loïc. *Perspectiva Sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. Livro eletrônico. São Paulo: RT, 2017, segundo capítulo, sem paginação. Confira-se, ainda: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 218-224.

¹⁰ Essa preocupação pode ser visualizada, por exemplo, na Resolução n. 219/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que prevê que a quantidade total de servidores lotados nas áreas de apoio indireto à atividade judicante (apoio administrativo) deve corresponder a, no máximo, 30% do total de servidores (art. 11), bem como na Resolução n. 385/2021, também do CNJ, que admite a possibilidade de designação de magistrados e servidores para atuação em Núcleos de Justiça 4.0 de maneira cumulativa às atividades desenvolvidas em outra unidade, considerando o quantitativo de processos distribuídos ao Núcleo (arts. 3º e 4º).

¹¹ Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-163979>.

¹² Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-68660>.

¹³ Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165138>.

¹⁴ Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-96673>.

Anualmente, desde 2013, a Comissão Europeia, órgão da União Europeia, publica o *Painel de Avaliação da Justiça na UE*,¹⁵ extenso documento que apresenta um diagnóstico sobre a realidade dos sistemas de justiça dos países integrantes do bloco, considerando indicadores como número de processos, tempo de duração, taxa de resolução, acervo de processos pendentes, acesso à justiça, custo de acesso ao Judiciário, transparência, incorporação de ferramentas digitais, disponibilização de recursos humanos e financeiros, estímulo a meios de solução de conflitos distintos da heterocomposição judicial, formação dos juízes e sua independência (e a percepção social da independência), inclusive com análises setoriais (v.g.: concorrência, defesa do consumidor, direitos das crianças e adolescentes).

Uma das fontes utilizadas para a elaboração do *Painel* é um estudo anual publicado pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), vinculada ao Conselho da Europa.¹⁶ A CEPEJ produz inúmeras análises úteis ao aperfeiçoamento da administração da justiça, em temas referentes, ilustrativamente, ao uso de inteligência artificial, às funções desempenhadas por peritos, aos prazos judiciais (e a boas práticas de gestão do tempo de duração dos processos), à mediação e à execução de decisões judiciais.¹⁷ Além disso, a partir do banco de dados relativo aos sistemas de justiça dos países integrantes do Conselho da Europa, a CEPEJ disponibiliza uma plataforma eletrônica dinâmica, que permite a qualquer usuário explorar as mais variadas informações a respeito dos órgãos judiciais nacionais, utilizando critérios quantitativos e qualitativos.¹⁸

Como se verá adiante, parcela dos diagnósticos e estudos mencionados acima é, no Brasil, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça.

2.3. A administração da justiça no Brasil: uma visão geral

Na realidade brasileira, a administração da justiça é estruturada em um sistema complexo.

Em uma primeira perspectiva, ela se insere na competência de cada um dos tribunais, os quais contam com autonomia assegurada pelo art. 96, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal. É da tradição constitucional brasileira a consagração expressa da competência dos tribunais para a elaboração dos seus regimentos internos e a organização dos seus serviços. Sob a vigência, respectivamente, das Cartas de

¹⁵ Disponíveis em: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en#assessingnationaljusticesystems.

¹⁶ O Conselho da Europa é um organismo internacional criado pelo Tratado de Londres, em 1949. Sua mais notável área de atuação é a proteção e a promoção dos direitos humanos. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, foi celebrada no âmbito do Conselho da Europa, competindo ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos velar pelo seu cumprimento. O Conselho da Europa não se confunde com o Conselho da União Europeia, órgão da UE responsável por coordenar as políticas do bloco e, juntamente com o Parlamento Europeu, por aprovar a legislação aplicável à UE.

¹⁷ <https://www.coe.int/en/web/cepej/home>.

¹⁸ Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-stat>.

1937 e de 1967, Castro Nunes¹⁹ e Pontes de Miranda²⁰ destacavam que, em essência, o comando constitucional concretizava uma garantia da separação de Poderes.

A Justiça Federal e a Justiça do Trabalho possuem órgãos centrais de supervisão administrativa e orçamentária, respectivamente o Conselho da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 105, parágrafo único, inciso II) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Constituição Federal, art. 111, § 2º, inciso II). As decisões de ambos os órgãos são dotadas de eficácia vinculante em relação aos tribunais submetidos às suas competências.

Há, ainda, um órgão nacional “de coordenação, de planejamento do sistema judicial,”²¹ direcionado ao “aprimoramento do autogoverno do Judiciário.”²² O Conselho Nacional de Justiça. Suas competências, previstas no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, podem ser sistematizadas da seguinte maneira: a) concepção e controle da atuação administrativa do Poder Judiciário; b) controle da atuação financeira do Judiciário; c) garantia de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pelo Poder Judiciário (art. 37 da CF/88); d) cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (essencialmente, art. 35 da LC n.º 35/79, art. 139 do CPC, arts. 4º, 5º, 20 a 24 e 27 da LINDB, além daqueles consagrados no Código de Ética da Magistratura, no Código Ibero-Americano de Ética Judicial e nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial); e) garantia da autonomia do Poder Judiciário; f) cumprimento do Estatuto da Magistratura.

O único órgão do Judiciário não submetido à competência do Conselho Nacional de Justiça é o Supremo Tribunal Federal, conforme decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3367.

A partir desse panorama, é possível visualizar que o estudo do direito à boa administração da justiça no Brasil deve considerar, sob perspectiva orgânica ou institucional, uma abordagem multinível.

Em seu vértice, situa-se o CNJ, órgão central de concepção, observação, promoção e coordenação de políticas judiciárias – com a ressalva relativa ao STF. Na sequência, no âmbito da Justiça Federal e do Trabalho, encontram-se os respectivos Conselhos Superiores, órgãos de supervisão administrativa e financeira. A definição dos critérios orientadores da administração da justiça nas cortes superiores e no plano local, bem como o desenvolvimento de políticas específicas e a realização das necessárias adaptações de diretrizes gerais às particularidades regionais competem aos tribunais. Por fim, na base do sistema, encontram-se os(as) magistrados(as) responsáveis pela gestão das respectivas unidades. Há, também, figuras auxiliares aos sujeitos integrantes

¹⁹ NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 111-112.

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 559.

²¹ Trecho de manifestação do Ministro Gilmar Mendes durante os debates acerca da medida cautelar na ADI 4638 MC-Ref, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/02/2012, publicado em 30/10/2014.

²² Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, Relator, na ADI 3367, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 13/04/2005, com acórdão publicado em 22/09/2006.

do sistema, como os Centros de Inteligência do Poder Judiciário e os laboratórios de inovação, que serão abordados mais à frente.

Diversos arranjos institucionais, instrumentos e técnicas processuais com impactos na administração da justiça podem ser utilizados em cada um desses planos, a exemplo da disciplina veiculada em regimentos internos²³ e resoluções de tribunais sobre variados temas, a possibilidade de especialização de varas ou da instituição de Núcleos de Justiça 4.0 e do Juízo 100% Digital, a constituição de equipes de trabalho remoto e a prática de atos de cooperação judiciária. A complexidade, como se nota, não diz respeito apenas ao perfil orgânico da administração da justiça brasileira: refere-se também às suas ferramentas de atuação.

Por sua posição no sistema, é relevante apresentar os instrumentos à disposição do Conselho Nacional de Justiça para a concretização das suas atribuições.

A apuração de irregularidades praticadas por pessoas determinadas é efetivada mediante sindicância (RI-CNJ, arts. 60 a 66), reclamação disciplinar (RI-CNJ, arts. 67 a 72) ou processo administrativo disciplinar (RI-CNJ, arts. 73 a 77), sendo possível ainda a instauração de representação por excesso de prazo, no caso de atraso injustificado de magistrado para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa (RI-CNJ, art. 78). Também no âmbito da apuração de infrações são cabíveis a avocação (RI-CNJ, arts. 79 a 81-B) e a revisão disciplinar (RI-CNJ, arts. 82 a 87).

A fiscalização dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro é realizada por meio de inspeções (RI-CNJ, arts. 48 a 53) e correições (RI-CNJ, arts. 54 a 59). O controle de atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário que se revelem incompatíveis com o art. 37 da Constituição Federal é realizado em sede de procedimento de controle administrativo (RI-CNJ, arts. 91 a 97).

As propostas e sugestões destinadas à melhoria da eficiência e da eficácia do Poder Judiciário são processadas por meio de pedidos de providência (RI-CNJ, arts. 98 a 100).

O Plenário do Conselho também edita atos normativos (RI-CNJ, art. 102), que podem assumir a natureza de resoluções, enunciados administrativos, instruções ou recomendações,²⁴ sendo que apenas as duas primeiras modalidades possuem eficácia vinculante (RI-CNJ, art. 102, § 5º). A atuação normativa do CNJ pode ocorrer também por meio de respostas a consultas, quando proferidas pela maioria absoluta do Plenário, acerca de questões, apresentadas em tese, relativas a dúvidas suscitadas

²³ Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

²⁴ Além das recomendações e das instruções expedidas pelo Plenário do Conselho, o Corregedor Nacional de Justiça dispõe de atribuição para “expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça.” (RI-CNJ, art. 8º, inciso X)

na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência (RI-CNJ, arts. 89 e 90).

No caso de inobservância de decisões proferidas pelo CNJ ou de seus atos normativos, é cabível a utilização da reclamação para garantia das decisões (RI-CNJ, art. 101), que pode ser instaurada de ofício ou mediante provocação.

Para a interlocução com o Supremo Tribunal Federal e com órgãos de outros Poderes, inclusive a respeito de questões políticas que afetem o Judiciário, é possível o uso pelo CNJ da figura das notas técnicas (RI-CNJ, art. 103).

Com o apoio da Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica (SEP), a Presidência e as Comissões Permanentes do CNJ podem ainda desenvolver atividades relacionadas a *projetos institucionais* (RI-CNJ, arts. 36 e 36-A). O projeto corresponde ao “esforço planejado, com datas de início e término previamente estimadas, para entregar produtos, serviços ou resultados exclusivos.” (Instrução Normativa n. 79/2020, art. 2º, inciso I) Quando agrupados para gerenciamento interdependente e aproveitamento comum das respectivas potencialidades, os projetos formam *programas institucionais*. (Instrução Normativa n. 79/2020, art. 2º, inciso II)

Evidentemente, seria pouco proveitoso se o extenso rol de instrumentos disponíveis para a concepção e o desenvolvimento de políticas judiciárias pudesse ser utilizado de maneira errática, descoordenada. Por isso, todas essas ferramentas devem estar em conformidade com as balizas estabelecidas na Estratégia Nacional do Poder Judiciário.

A Estratégia Nacional aprovada para os anos de 2021 a 2026 está prevista na Resolução n. 325/2020 do CNJ. Nela, são definidos macrodesafios para o Poder Judiciário em três áreas, com o estabelecimento de indicadores de desempenho em relação a cada uma delas. As áreas são as seguintes: relação com a sociedade, processos internos e aprendizado e crescimento. Na perspectiva dos processos internos, de interesse direto para este trabalho, os macrodesafios são: agilidade e produtividade na prestação jurisdicional;²⁵ enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais;²⁶ prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos;²⁷ consolidação do sistema de precedentes obrigatórios;²⁸ promoção da

²⁵ Indicadores de desempenho: taxa de congestionamento das execuções fiscais; TCL - taxa de congestionamento líquida, exceto execuções fiscais; IAD - índice de atendimento à demanda; tempo de tramitação dos processos pendentes, considerando as fases dentro do Judiciário.

²⁶ Indicadores de desempenho: índice de prescrição; TpCpICE - tempo médio dos processos pendentes de improbidade, corrupção e crimes eleitorais; tempo médio de tramitação dos processos administrativos disciplinares.

²⁷ Indicadores de desempenho: índice de conciliação; índice de realização de audiências nos CEJUSCs; índice de casos remetidos para câmara de conciliação/mediação; IC334 - índice de realização de audiências do artigo 334 do CPC.

²⁸ Indicadores de desempenho: tempo médio entre o trânsito em julgado/ou sentença de mérito do precedente e a sentença de aplicação da tese; tempo médio entre afetação/admissão e a publicação do acórdão de mérito nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR); tempo médio entre a afetação/admissão e a publicação do acórdão de mérito nos Incidentes de Assunção de Competência (IAC).

sustentabilidade;²⁹ aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal;³⁰ aperfeiçoamento da gestão administrativa e da governança judiciária.³¹

3. O advento da inovação como categoria integrante do Regime Jurídico de Organização e Funcionamento do Poder Judiciário. A Resolução 395/2020 do Conselho Nacional de Justiça e os Laboratórios de Inovação

A inovação não é catalogada pela doutrina processualista como um tema específico de sua reflexão. Frequentemente, sua abordagem é atrelada à incorporação de novas tecnologias que produzem impactos no processo ou apenas percebida como uma preocupação daqueles que militam no cotidiano do Judiciário, não merecedora de maior elaboração teórica.

Temas como a flexibilização do processo e a adaptação da estrutura ou do funcionamento do Judiciário para atender a determinadas necessidades sociais também dizem respeito ao mesmo fenômeno, embora normalmente não se utilize o termo “inovação” para identificá-lo.

É necessário perceber que todas essas questões, aparentemente autônomas, estão inseridas no mesmo contexto temático, são visões parcelares de um tema mais amplo, que as congrega: a *inovação*. Mais ainda: é preciso perceber que a inovação é um tema das ciências em geral – inclusive da Ciência do Direito –, não somente da Administração ou da Tecnologia da Informação.

No Brasil, o dever estatal de promoção e incentivo à inovação possui *status* constitucional (Constituição Federal, art. 218),³² tendo por destinatário também o Poder Judiciário.

O sujeito e o conteúdo desse dever precisam ser adequadamente compreendidos. Não se trata, observe-se, de um comando para a constante inovação dirigido aos agentes públicos pessoalmente considerados. Trata-se, em verdade, de um dever aplicável às instituições, cujo conteúdo abrange:

a) a não criação de obstáculos injustificados a iniciativas inovadoras, desenvolvidas por seu quadro de pessoal, pelos usuários dos seus serviços ou pelos

²⁹ Indicador de desempenho: índice de desempenho de sustentabilidade – IDS.

³⁰ Indicadores de desempenho: taxa de encarceramento; TpCpCCrim – tempo médio dos processos criminais pendentes na fase de conhecimento; TpDecPen - tempo médio das decisões em execução penal; TpPrisProv - tempo médio de julgamento em primeira instância dos presos provisórios.

³¹ Indicador de desempenho: índice de desempenho dos órgãos no prêmio CNJ de qualidade nos eixos “governança” e “qualidade da informação.”

³² Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

sujeitos que atuam em determinado setor submetido a fiscalização ou regulação pelo Estado;³³⁻³⁴

b) o fomento à concepção, por seus agentes, pelos usuários dos serviços ou pelos sujeitos que atuam em determinado setor, de medidas inovadoras, o que inclui: b.1) a edição de atos normativos que fundamentem a criação de práticas inovadoras, conferindo segurança jurídica a todos os envolvidos e estabelecendo parâmetros básicos de acompanhamento e controle³⁵ – ou, em outros termos, a edição de normas de organização e procedimento que amparem e estimulem a inovação –; b.2) a criação de condições fáticas favoráveis à experimentação de inovações, como a disponibilização de recursos humanos, materiais e tecnológicos; b.3) o oferecimento de meios para a qualificação para a inovação; b.4) o reconhecimento e a divulgação do sucesso de iniciativas inovadoras; b.5) a constante revisão de métodos de trabalho, com a incorporação de medidas inovadoras.

Existe uma definição legal de inovação. De acordo com a Lei n. 10.973/2004, a inovação consiste na introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (art. 2º, inciso IV).

Partindo dessa diretriz, é possível afirmar que, no âmbito da administração da justiça, inovar³⁶ significa propor ideias, intuídas a partir de necessidades práticas ou identificadas a partir de uma visão analítica do sistema – note que as diretrizes são para as *boas inovações*; há, por isso, um juízo valorativo, não apenas descritivo do tema:

a) compatíveis com o ordenamento (lícitas, portanto, embora não previstas na legislação ou em atos administrativos);

³³ Lei n. 13.874/2019, art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em Lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: (...) IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco.

³⁴ Um importante instrumento para o cumprimento desse dever é a análise de impacto regulatório, prevista na Lei n. 13.848/2019, art. 6º, na Lei n. 13.874/2019, art. 5º, e no Decreto n. 10.411/2020, que regulamenta os referidos dispositivos legais. A AIR compreende a realização de estudos para identificação dos possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar, bem como das alternativas disponíveis à administração pública, a fim de viabilizar o exame da necessidade expedição do ato e da razoabilidade do seu impacto econômico. Respostas a consultas dos administrados e criação de súmulas administrativas, figuras previstas na Lei n. 13.655/2018 (que alterou a LINDB), também desempenham relevante papel aqui.

³⁵ É possível citar alguns exemplos, sem prejuízo, evidentemente, da criação de atos infralegais pelos diversos órgãos e entidades da administração pública: a Lei n. 13.243/2016 (que alterou a Lei n. 10.973/2004, marco normativo da inovação e da pesquisa tecnológica), a Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), a Lei n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital) e a Lei Complementar n. 182/2021 (Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador).

³⁶ A Resolução n. 395/2021 do Conselho Nacional de Justiça define inovação como a “implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas.” (art. 2º, *caput*)

- b) passíveis de execução (ideias cuja concretização é impossível não ultrapassam o terreno da imaginação e em nada inovam);
- c) distintas da abordagem tradicional, que, evidentemente, deve ser conhecida por aquele que propõe a nova abordagem;
- d) capazes de alcançar resultados melhores do que a solução tradicional ou os mesmos resultados de maneira mais eficiente;
- e) relativas a procedimentos, conformações institucionais, ferramentas de trabalho, métodos de solução de problemas ou comportamento dos sujeitos envolvidos.

A consolidação de uma verdadeira cultura da inovação na administração da justiça depende, além do estímulo a iniciativas espontaneamente surgidas na prática, do desenvolvimento de *ambientes de constante reflexão sobre a organização e o funcionamento do sistema de justiça*, que possuam caráter permanente (em contraposição à transitoriedade típica dos grupos de trabalho), disponham de recursos para identificação de seus problemas quantitativos e qualitativos, dotados de caráter interinstitucional, preferencialmente com a participação de integrantes da academia, e com meios para a realização de testes das soluções concebidas (prototipagem).³⁷

Embora ainda pouco conhecida, essa figura já existe no ordenamento brasileiro: são os *laboratórios de inovação*.

A instituição de *laboratórios de inovação* é estimulada pelo art. 219, parágrafo único,³⁸ da Constituição Federal e pelas Leis n. 10.973/2004 e n. 14.129/2021 (Lei do Governo Digital). A primeira pode ser considerada como o marco regulatório geral da inovação e da pesquisa científica e tecnológica no Brasil, com ênfase no ambiente produtivo e na competitividade empresarial. A segunda, recentemente editada, é destinada especificamente à administração pública.

A Lei n. 14.129/2021 prevê a possibilidade de estabelecimento de laboratórios de inovação por entes públicos para a criação e a experimentação de conceitos, instrumentos e métodos inovadores para a gestão pública (art. 44),³⁹ com a valorização da colaboração interinstitucional, fomento à participação social e à transparência, apoio a políticas públicas orientadas por dados e com base em evidências, difusão

³⁷ Resolução n. 395/2021 do Conselho Nacional de Justiça, art. 2º, parágrafo único. Considera-se prototipagem a realização de experimentos e testes para avaliação prévia do impacto da implantação de determinado produto, serviço ou processo de trabalho.

³⁸ Art. 219, Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

³⁹ Art. 44. Os entes públicos poderão instituir laboratórios de inovação, abertos à participação e à colaboração da sociedade para o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública.

do conhecimento no âmbito da administração pública e enfoque na prestação de serviços à sociedade (art. 45).⁴⁰

Essas diretrizes estão incorporadas na Resolução n. 395/2021 do Conselho Nacional de Justiça, que versa sobre a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário. A Política tem por objetivos promover o aprimoramento das atividades dos órgãos judiciários, difundir a cultura da inovação e modernizar métodos e técnicas de desenvolvimento do serviço judiciário, sempre com observância dos direitos e garantias fundamentais (art. 1º).⁴¹

Com o advento da Resolução n. 395/2021 do CNJ, é inevitável reconhecer que a inovação passa a integrar o regime jurídico de organização e funcionamento do Poder Judiciário brasileiro.

A inovação *a)* pode ser concretizada por meio de novos serviços ou métodos de trabalho ou da criação de uma abordagem não convencional para a solução de problemas encontrados no cotidiano forense (art. 2º, *caput*),⁴² *b)* alcança tanto a atividade judiciária quanto a administrativa (art. 3º, I)⁴³ e *c)* possui caráter estratégico, impondo aos órgãos do Judiciário o desenvolvimento de ambientes favoráveis à concepção, à elaboração e à materialização de novas ideias (art. 4º).⁴⁴

⁴⁰ Art. 45. Os laboratórios de inovação terão como diretrizes:

- I - colaboração interinstitucional e com a sociedade;
- II - promoção e experimentação de tecnologias abertas e livres;
- III - uso de práticas de desenvolvimento e prototipação de softwares e de métodos ágeis para formulação e implementação de políticas públicas;
- IV - foco na sociedade e no cidadão;
- V - fomento à participação social e à transparência pública;
- VI - incentivo à inovação;
- VII - apoio ao empreendedorismo inovador e fomento a ecossistema de inovação tecnológica direcionado ao setor público;
- VIII - apoio a políticas públicas orientadas por dados e com base em evidências, a fim de subsidiar a tomada de decisão e de melhorar a gestão pública;
- IX - estímulo à participação de servidores, de estagiários e de colaboradores em suas atividades;
- X - difusão de conhecimento no âmbito da administração pública.

⁴¹ Art. 1º Fica instituída a Política de Gestão da Inovação, no âmbito do Poder Judiciário, visando ao aprimoramento das atividades dos órgãos judiciários, por meio da difusão da cultura da inovação, com a modernização de métodos e técnicas de desenvolvimento do serviço judiciário, de forma coletiva e em parceria, com ênfase na proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal.

⁴² Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se inovação a implementação de ideias que criam uma forma de atuação e geram valor para o Poder Judiciário, seja por meio de novos produtos, serviços, processos de trabalho, ou uma maneira diferente e eficaz de solucionar problemas complexos encontrados no desenvolvimento das atividades que lhe são afetas.

⁴³ Art. 3º São princípios da gestão de inovação no Poder Judiciário: I – cultura da inovação: promoção da cultura da inovação a partir da adoção de valores voltados ao estímulo da inovação incremental ou disruptiva, com prospecção e desenvolvimento de procedimentos que qualifiquem o acesso à justiça e promovam a excelência do serviço judicial, processual ou administrativo, com vistas a propiciar melhor atendimento ao usuário do Poder Judiciário;

⁴⁴ Art. 4º Os órgãos do Poder Judiciário deverão implementar a política de gestão da inovação com base nos princípios dispostos no art. 3º desta Resolução, instituindo laboratórios de inovação, ou espaços similares, físicos ou virtuais.

Parágrafo único. As estruturas de inovação de que trata o *caput* deste artigo deverão ser instituídas pelos órgãos do Poder Judiciário no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta Resolução.

A criação de laboratórios de inovação, prevista como faculdade na Lei n. 14.129/2021, tornou-se, com a Resolução n. 395/2021, política judiciária obrigatória para os tribunais (arts. 4º e 5º) e para o próprio CNJ (arts. 6º a 8º). Evidentemente, as regras que estabelecem o dever de instituição de laboratórios de inovação não devem ser interpretadas como uma limitação a outras possibilidades de manifestação de iniciativas inovadoras. Os laboratórios devem existir para potencializar a cultura da inovação, mas definitivamente não possuem o monopólio da sua implementação.

A Resolução também criou a Rede de Inovação do Poder Judiciário Brasileiro (RenovaJud), composta pelo Comitê Gestor Nacional da Inovação do Poder Judiciário, pelo Laboratório de Inovação e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do CNJ, pelos Laboratórios de Inovação instituídos no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e pelo Conselho Consultivo Nacional da Inovação do Poder Judiciário, com o objetivo de integrar centros de inteligência e tornar a gestão da inovação uma política permanente no Judiciário.

A RenovaJud possui um enorme potencial. Sua colaboração com as escolas do Poder Judiciário e das demais instituições do sistema de justiça (como a OAB, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as Advocacias Públicas) e com a academia será decisiva para a superação de uma das limitações históricas no ensino jurídico (sob as perspectivas da formação inicial e da formação continuada): o estudo sobre o *saber fazer* de forma dispersa e fragmentada, restrita aos integrantes das respectivas carreiras ou órgãos. O baixo grau de divulgação e de sistematização de iniciativas inovadoras e a frequente ausência de diálogo entre instituições leva à constatação da existência de iniciativas que são simplesmente desconhecidas pela maioria dos operadores do Direito ou que são sucessivamente “redescobertas,” sem o aproveitamento das experiências amadurecidas em outras localidades.

Por tudo isso, seria equivocado afirmar que o sistema de justiça brasileiro simplesmente *tolera* a adoção de práticas inovadoras; ele, na verdade, as *estimula*. Mais ainda: *supõe* que serão adotadas pelos operadores do Direito e *oferece* o fundamento normativo para tanto. Não há dúvidas: no atual cenário normativo, o Judiciário, historicamente identificado como o mais tradicional dos Poderes, é também convidado à criatividade, à inovação, à experimentação e à colaboração, inclusive com instituições, pessoas e órgãos externos aos seus quadros, para o desenvolvimento de boas práticas, categoria prevista expressamente na Resolução 395/2020 (art. 3º, IV),⁴⁵ que será examinada a seguir.

4. Boas práticas: noção, definição e espécies

A preocupação com o desenvolvimento de estímulos para a adoção de boas práticas na administração da justiça é uma tendência internacional.

⁴⁵ Art. 3º São princípios da gestão de inovação no Poder Judiciário: (...) IV – colaboração: trabalho em rede de inovação para a coordenação de esforços, cocriação, criatividade, experimentação e o compartilhamento de boas práticas;

O Banco Mundial, por exemplo, considera a incorporação de boas práticas em matéria de estrutura e procedimentos judiciais, gestão processual, automação de tribunais e ADR's na análise do seu Índice de Qualidade de Processos Judiciais, que integra a avaliação a respeito da qualidade do ambiente de negócios nos diversos países. Em estudo realizado em 2016, a entidade constatou um interessante fenômeno: autoridades responsáveis por órgãos judiciais locais têm demonstrado crescente interesse em conhecer e, observadas as necessárias adaptações, replicar boas práticas adotadas em outros países, como política institucional para o aperfeiçoamento da sua própria justiça.⁴⁶ Isso significa que o aprendizado é um dos mais valiosos subprodutos da abertura do sistema jurídico para o desenvolvimento de boas práticas no âmbito da administração da justiça – lição cujo proveito, como se verá, já tem sido percebido no Brasil.

Precisamente para atender a uma demanda de divulgação e consolidação de boas práticas, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) criou o “Centro de Inovação - Plataforma para o intercâmbio de boas práticas em matéria judicial”,⁴⁷ que compila iniciativas concernentes, ilustrativamente, ao uso de novas tecnologias no Judiciário, ao estabelecimento de padrões de qualidade na prestação de serviços judiciais, às diretrizes para a execução de decisões judiciais, ao desenvolvimento de critérios para a definição e a observância de prazos razoáveis para a duração de processos e à gestão de processos.

É preciso, então, compreender qual exatamente é o significado da locução *boa prática*.

A vagueza semântica da expressão “boa prática”, acentuada pela incorporação de um termo oriundo do plano axiológico (“boa”), necessita de adequado preenchimento.

Uma prática deve ser qualificada como *boa* não por ser do agrado dos operadores envolvidos com o caso, mas a partir do atendimento de quatro requisitos essenciais aferíveis objetivamente à luz do ordenamento jurídico e do resultado concreto das ações adotadas: adequação a um caso, a um perfil de casos ou a determinada demanda social; conformidade com o ordenamento jurídico; caráter inovador; promoção de determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados.

A Portaria n. 140/2019 do CNJ define boa prática, em seu art. 4º, I, da seguinte maneira: “experiência, atividade, ação, caso de sucesso, projeto ou programa, cujos resultados sejam notórios pela eficiência, eficácia e/ou efetividade e contribuam para o aprimoramento e/ou desenvolvimento de determinada tarefa, atividade ou procedimento no Poder Judiciário.”⁴⁸

⁴⁶ GRAMCKOW, Heike et al. *Good Practices for Courts: Helpful Elements for Good Court Performance and the World Bank's Quality of Judicial Process Indicators*. Washington: The World Bank, 2016, p. 3-4. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/25101>. Acesso em 09 out. 2021.

⁴⁷ <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/innovation-centre>.

⁴⁸ De maneira semelhante, a Portaria n. 193/2019 do CNJ prevê: Art. 2º Considera-se boa prática de desburocratização as atividades, ações, projetos ou programas, cujos resultados sejam notórios pela

Sinteticamente, as *boas práticas na administração da justiça podem ser compreendidas como ações ou comportamentos (no âmbito processual ou administrativo) ou arranjos institucionais direcionados ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*⁴⁹ ou os demais serviços da justiça.

Consideradas a partir da sua origem, as boas práticas podem ser classificadas em duas modalidades: práticas com *pretensão de institucionalização* e práticas desenvolvidas para *atendimento das peculiaridades de um caso concreto*.

As *boas práticas com pretensão de institucionalização* são concebidas pelo Conselho Nacional de Justiça, pelos tribunais ou por outras entidades como estratégias institucionais para a solução de problemas identificados no sistema de justiça ou para o aperfeiçoamento do seu funcionamento. Elas nascem de *cima para baixo*, são fomentadas a partir do plano geral para o plano do caso. Nessa modalidade, as iniciativas veiculadas por meio de resoluções (v.g.: Resoluções n. 385 e 398, ambas de 2021, que versam sobre os Núcleos de Justiça 4.0) e recomendações (como a Recomendação n. 76/2020, sobre a certificação coletiva) do CNJ ocupam um espaço central e evidenciam a vocação do Conselho para atuar como um verdadeiro *think tank* na administração da justiça, tema que será abordado adiante. Atualmente, a sistematização das diretrizes para a concepção de boas práticas com pretensão de institucionalização pelo CNJ e pelos tribunais está prevista na Resolução n.º 395/2021 do Conselho.

As *boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto* nascem de um movimento em sentido oposto ao visualizado acima, surgem de *baixo para cima*. Intuídas pelos operadores caso a caso, elas não são pensadas com enfoque em uma visão global do sistema de justiça, mas para a solução de um específico problema ou conjunto de problemas. A exuberância da vida e a criatividade daqueles que atuam no processo fazem delas as mais ricas espécies de boas práticas. O caso do rompimento da barragem de Mariana, em Minas Gerais, é um belo exemplo. As medidas previstas no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) e no Termo de Ajustamento de Conduta para aprimoramento da sua governança (TAC-Gov), a exemplo da criação de uma fundação privada para a gestão dos projetos socioambientais e socioeconômicos em resposta aos impactos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, têm sido decisivas para a reparação dos danos verificados.

eficiência, eficácia e/ou efetividade e contribuam para o aprimoramento e a simplificação de tarefas, procedimentos ou processos de trabalho, de modo a promover agilidade, otimização de recursos e ganho de eficiência à prestação de serviços no Poder Judiciário.

⁴⁹ A Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça define boas práticas da seguinte maneira: “*It is considered a ‘good practice’ any practice which meets the general mission of the CEPEJ, which is to contribute to a better functioning and performance of the judiciary or the courts, while guaranteeing the quality of services provided to litigants*” (tradução livre dos autores: “É considerada uma ‘boa prática’ qualquer prática que cumpra a missão geral da CEPEJ, que consiste em contribuir para um melhor funcionamento e desempenho do Poder Judiciário ou dos tribunais, assegurando simultaneamente a qualidade dos serviços prestados aos litigantes”). Disponível em: <https://tm.coe.int/cepej-innovation-centre-platform-for-the-exchange-of-good-practices-re/168078e4f4>. Acesso em 11 out. 2021.

É possível identificar diferentes formas de estímulo a esse segundo grupo de práticas. A mais conhecida é o Prêmio Inovare,⁵⁰ concedido pelo Instituto Inovare desde 2004. Anualmente, o prêmio é destinado ao reconhecimento de práticas que contribuam para o aprimoramento do sistema de justiça, nas categorias Tribunal, Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Justiça e Cidadania, além de um eixo temático diferente escolhido a cada ano pelo CNJ.

O Portal de Boas Práticas do Judiciário, previsto inicialmente pela Resolução n. 198/2014 do CNJ (posteriormente revogada pela Resolução n. 325/2020) e regulamentado pela Portaria n. 140/2019, também é um exemplo de incentivo à atuação inovadora no Judiciário e, ao mesmo tempo, está inserido no âmbito da tarefa de difusão de práticas de sucesso pelo Conselho. Trata-se de um ambiente virtual⁵¹ que reúne práticas bem-sucedidas identificadas a partir dos critérios de eficiência, qualidade, criatividade, exportabilidade, satisfação do usuário e desburocratização.⁵² O banco de dados é público e pode ser consultado para fornecer subsídios para a abordagem de questões semelhantes.

A adoção de boas práticas destinadas à simplificação, à modernização e ao aperfeiçoamento dos serviços prestados pelo Judiciário é estimulada também por meio da concessão do Selo de Desburocratização do Conselho Nacional de Justiça, previsto em sua Portaria n. 193/2019.⁵³

É claro que uma boa prática nascida a partir de um caso pode fazer o caminho da institucionalização. Cabe ao Conselho Nacional de Justiça a função de observatório nacional das boas práticas judiciárias, para compilá-las, divulgá-las, promovê-las e, se for o caso, incorporá-las institucionalmente.

⁵⁰ <https://www.premioinnovare.com.br/>

⁵¹ <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>

⁵² Portaria n. 140/2019, art. 12. A avaliação das propostas de boas práticas deverá observar os seguintes critérios gerais:

I – eficiência: demonstração de que a prática produz resultados utilizando os recursos de forma adequada;
II – qualidade: conjunto de atributos que se refere ao atendimento das necessidades e ao padrão de produtos e serviços disponibilizados;

III – criatividade: capacidade de inovação para resolução de problemas. A prática deve ter sido capaz de provocar mudanças por meio da implantação de novas técnicas, metodologias e outras estratégias criativas;
IV – exportabilidade: capacidade de permitir a replicação da experiência para outras organizações;

V – satisfação do usuário: demonstração da real melhoria dos processos, ações a partir da implementação da prática;

VI – alcance social: capacidade da prática de beneficiar o maior número de pessoas;

VII – desburocratização: simplificação dos processos de trabalho em relação aos benefícios atingidos.

⁵³ Art. 3º O Selo de Desburocratização do CNJ tem como objetivos:

I – reconhecer, dar publicidade, estimular e disseminar iniciativas que contribuíram para elevar o patamar de excelência na prestação de serviços e promovam a modernização, a simplificação, a celeridade e o ganho de eficiência;

II – valorizar os órgãos que atuam de forma criativa gerando aprimoramento dos serviços judiciais;

III – incentivar o compartilhamento das boas práticas e suas replicações entre os órgãos do Poder Judiciário.

5. A posição das boas práticas na Teoria das Fontes do Direito Processual

5.1. *Soft law* e boas práticas

A expressão *soft law*,⁵⁴ frequentemente utilizada no Direito Internacional, refere-se a documentos elaborados por instituições de reconhecida expertise em determinada área que explicitam parâmetros de conduta, de interpretação ou de regramento acerca de determinado tema reputados adequados, proveitosos em determinado campo do Direito. Seu conteúdo é prescritivo, mas não cogente – no sentido de juridicamente exigível.⁵⁵ Metonimicamente, a expressão é utilizada para designar os documentos cuja forma é *soft*, como memorandos de entendimento e recomendações, em vez de os efeitos decorrentes dos seus dispositivos.

O *soft law* pode fornecer, ainda, diretrizes que sirvam para o desenvolvimento do Direito processual, ajudando, por exemplo, na concretização de comandos normativos abertos e no desenvolvimento judicial do Direito.⁵⁶ Temas como prova, imparcialidade

⁵⁴ “Entende-se por *soft law*, basicamente: 1 - Normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; 2 - Normas para cujo descumprimento ou para resolução de litígios delas resultantes são previstos mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação; 3 - Atos concertados, produção dos Estados, que não se pretende sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio todos eles não são tratados; 4 - As resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios; 5 - Instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.” (NASSER, Salim. *Soft law*. 2ª ed. Livro eletrônico. Formato: ebook Kindle, 2020, p. 23-24) “Não falta, porém, quem considere que o ‘*soft law*’ é um conceito redundante, envolvendo uma contradição nos seus próprios termos, e destituído de rigor jurídico. O ‘*soft law*’ será entendido como uma realidade que, podendo amanhã se transformar em ‘*hard law*’, não se encontra hoje no campo do Direito, tal como não se identifica com a moral, antes se situa no domínio da política. Fala-se, por isso mesmo, numa natureza ‘pré-legal’ ou ‘paralegal’ do ‘*soft law*’, sublinhando-se que este, nunca podendo derogar o Direito existente, exerce uma mera função complementar da ordem legal, gerando efeitos *praeter legem*.” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007, p. 175) “Apesar de não se ter ainda, na doutrina internacionalista, uma conceituação adequada de *soft law*, pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas aquelas normas que visam regulamentar futuros comportamentos dos Estados, sem deterem o status de ‘norma jurídica’, e que impõem além de sanções de conteúdo moral, também outras que podem ser consideradas como extrajurídicas, em caso de descumprimento ou inobservância de seus postulados.” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Doutrinas essenciais*: Direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. VI, livro eletrônico)

⁵⁵ “Sabe-se que esses instrumentos, concertados ou unilaterais – como é o caso das resoluções e decisões de organizações internacionais – aqui chamados genericamente ‘instrumentos de *soft law*’, são normativos no sentido mais amplo da palavra, ou seja, pretendem influenciar os comportamentos e as condutas dos elementos da sociedade internacional. O caráter normativo, nessa acepção genérica do termo, é dado pelo conteúdo, o qual, através das descrições, princípios, regras ou exortações que carrega, demonstra a pretensão de regular os comportamentos e indica em que sentido e grau se pretende operar essa regulação – apontando os destinatários, objetivos e princípios diretores – além de revelar os valores que se tem intenção de preservar, proteger ou fazer avançar.” (NASSER, Salim. *Soft law*, cit., p. 138-139)

⁵⁶ A relação entre *soft law* e costume é analisada por Marcus Seixas Souza: “O *soft law* não poderia, contudo, ser comparado ao costume porque este, como fonte vinculante do Direito é, na prática, *hard law*. Embora o *soft law* possa refletir práticas comuns, não necessariamente carrega preceitos de uso continuado ao longo do tempo. Além disso, ao *soft law* faltaria a *opinio juris vel necessitatis*, que é elemento obrigatório

judicial e probidade processual merecem ser aprimorados a partir da observação dessas práticas reiteradas que acabam sendo consolidadas em documentos do *soft law*.⁵⁷ Importantes exemplos são as diretrizes da *International Bar Association* sobre arbitragem internacional⁵⁸ e os Códigos Modelos, elaborados por entidades internacionais, como o Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial, que inspirou a edição do Código de Ética da Magistratura, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Na perspectiva interna, conforme já destacado, as recomendações⁵⁹ do CNJ são exemplos de *soft law*, que operam, inclusive, no âmbito do Direito processual. O exame cuidadoso do seu conteúdo revela interessante fenômeno, que merece mais aprofundada reflexão. Mais de 50 das 110 recomendações editadas pelo Conselho até 05 de outubro de 2021 versam, em alguma medida, sobre matéria processual: desde recomendações em matéria de competência, para a especialização de varas (v.g., Recomendações n.º 03/2006 e n.º 56/2019), passando por questões singelas como a priorização da tramitação de processos relativos a determinadas matérias, chegando a orientações concernentes à prática de atos em processos complexos, como os referentes à assistência à saúde (Recomendação n.º 31/2010), à recuperação judicial (Recomendação n.º 57/2019) e a litígios coletivos (Recomendação n.º 76/2020), além do expressivo número de atos editados no contexto da pandemia da Covid-19 (a exemplo das Recomendações n.º 63/2020 e n.º 97/2021). Elas retratam interpretações emanadas do órgão central de planejamento do Judiciário acerca de comportamentos e procedimentos reputados proveitosos para o aperfeiçoamento do sistema de justiça.

do costume internacional, para além do mero uso. Não obstante, a prática do *soft law* pode emular algum costume internacional (ou até mesmo nacional) na execução das arbitragens internacionais e, com isso, pode eventualmente surgir como um *'quase-costume'*: em outras palavras, é possível que determinadas práticas arbitrais se tornem conhecidas e repetidas pela comunidade jurídica arbitral e, eventualmente, venham a ter até mesmo uma divulgação e aceitação equiparável à *soft law* emanada pelos documentos internacionais aos quais se referiu acima. Em um caso assim, embora não seja possível qualificar a reiteração de comportamentos como um costume do *hard law* internacional (tal qual a teoria geral define), parece surgir, nesse cenário, um *'soft custom'*, para fazer um paralelismo com a expressão *soft law*." (SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 212)

⁵⁷ Identificando a relevância dos documentos de *soft law* para o Direito processual e o enquadramento das recomendações do CNJ nessa categoria jurídica, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Cit., 2022, p. 84-86.

⁵⁸ A *International Bar Association* – IBA já publicou diretrizes sobre produção de provas, conflitos de interesse e representação de partes em arbitragens internacionais, todas disponíveis em: <https://www.ibanet.org/resources>.

⁵⁹ Observe-se que as recomendações do CNJ não se confundem com as recomendações expedidas pelo Ministério Público, previstas no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/1993. Os institutos distinguem-se em relação ao órgão emissor, aos destinatários, à natureza e às finalidades. As recomendações expedidas pelo Ministério Público podem “ser dirigidas a pessoas naturais, jurídicas, públicas ou privadas, órgão e outros entes despersonalizados, dando ensejo à responsabilização, quando for o caso, por seu descumprimento. A eficácia da recomendação é admonitória, uma vez que, sendo exaradas do órgão que tem legitimação para o ajuizamento das ações coletivas e da persecução penal, servem para comunicar a necessidade de adequação das condutas ao disposto na legislação antes do advento dos atos ilícitos que poderão gerar a responsabilização. Sua finalidade é a melhoria de serviços públicos e de relevância pública (função de *ombudsman*), bem como da tutela dos demais interesses e direitos cuja defesa é atribuída ao Ministério Público.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 345)

Sob essa ótica, a ausência de caráter vinculante de uma recomendação não deve ser compreendida como uma desvantagem, mas como um mérito. Não sendo possível a resolução disciplinar aspectos concernentes ao *conteúdo em si das decisões dos juízes*, o que importaria violação da sua independência funcional, é plenamente possível a edição de uma recomendação que explicita boas práticas a respeito de determinado tema.⁶⁰ Um interessante exemplo é o da Recomendação n.º 63/2020, sobre adoção, por juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência, de medidas para a mitigação do impacto decorrente das providências governamentais de combate à pandemia da Covid-19. Seu conteúdo, claramente atrelado ao mérito de decisões judiciais, jamais poderia ser veiculado por meio de resolução. A elaboração de uma recomendação sobre a matéria, porém, ofereceu importantes diretrizes para orientação da atuação do Judiciário.

A relação entre *soft law* e boas práticas processuais é evidente. Documentos de *soft law* podem servir como instrumento tanto de divulgação das *boas práticas com pretensão de institucionalização* (como se dá frequentemente com as recomendações do CNJ, ilustrativamente) quanto de consolidação e sistematização das *boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto* (a exemplo do que se verifica com as diretrizes da IBA sobre produção de provas na arbitragem internacional).

Além disso, a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça funciona como uma declaração de licitude do comportamento recomendado – além de lícito, é recomendável –, o que confere segurança jurídica aos órgãos julgadores e aos jurisdicionados.

5.2. Boas práticas, precedentes judiciais e costumes processuais

Não se deve confundir a figura das boas práticas processuais com os precedentes judiciais nem com os costumes processuais.

Precedente é, antes de tudo, uma decisão. Em um sentido amplo, precedente pode ser compreendido como a decisão cujo elemento normativo servirá como parâmetro para a definição de casos análogos futuros. Em sentido estrito, o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento jurídico essencial à decisão proferida.⁶¹ O precedente, então, é essa norma jurídica geral que se encontra na fundamentação da decisão, construída pelo órgão julgador, por indução, a partir do exame de determinado caso e que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes.

O precedente é uma fonte jurisdicional do Direito. Os precedentes são fonte de segundo grau, porque produzem Direito a partir da interpretação de outras fontes

⁶⁰ Sobre a posição das recomendações do CNJ no sistema normativo e suas diversas funções, vide: FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multipartas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. cit., p. 220-226.

⁶¹ O trecho sintetiza a exposição contida em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual*. V. 2. 15ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 557-558.

– são, por isso, fontes de normas com mais densidade e concretude do que as normas processuais constitucionais ou legais.

Os costumes também são fontes do Direito processual.⁶² Para sua configuração, a doutrina (recuperando as opiniões medievais fundadas em fontes romanas) exige que se prove a existência do comportamento social reiterado e demonstre a *opinio juris vel necessitatis* (a convicção social de que o comportamento é devido como jurídico).⁶³

Confundir boas práticas com precedentes judiciais ou com costumes processuais significaria incorrer em um erro metodológico, conceitual e de eficácia. *Metodológico*, porque, diversamente dos precedentes e dos costumes, as boas práticas, em si, não são fontes formais do Direito. *Conceitual*, porque as boas práticas não necessariamente estão contidas em decisões judiciais – o que as distingue dos precedentes – ou evidenciam um comportamento reiterado – o que as aparta dos costumes. Trata-se de um erro também quanto à *eficácia*, uma vez que as boas práticas não possuem caráter vinculante, diferentemente dos costumes processuais e de determinadas espécies de precedentes. Além disso, no caso das boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto, a possibilidade de sua aplicação a casos futuros reflete um elemento simplesmente indiferente ao longo do seu desenvolvimento e execução.

É necessário notar, porém, que uma boa prática pode, com o decurso do tempo, *converter-se* em um costume processual, desde que realizada de maneira reiterada e com a convicção da obrigatoriedade da sua observância. Pode ocorrer também que, sobrevindo controvérsia em torno da licitude de uma prática, surja um precedente judicial que resolva o tema, ratificando ou não a sua licitude.

Embora as boas práticas não possam ser enquadradas propriamente como fonte do direito, é inegável que há uma dimensão de “Direito vivo” para além dos precedentes e que não pode ser seriamente desconsiderada por um estudioso do Direito.

6. Fundamentos das boas práticas na administração da justiça. O papel do Conselho Nacional de Justiça

É possível identificar duas espécies de fundamentos das boas práticas na administração da justiça: normativa e administrativa/gerencial.

Uma cultura de fomento ao desenvolvimento de boas práticas no Judiciário depende da existência de um arcabouço *normativo* (processual e administrativo) caracterizado pela flexibilidade, permeável à adaptação (ainda que transitória) do procedimento ou de arranjos institucionais a certo perfil de casos ou determinadas

⁶² Sobre o tema, longamente, SOUZA, Marcus Seixas. *Normas Processuais Consuetudinárias: História, Teoria e Dogmática*. 2020. Cit.

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 241 e ss. Observe-se, então, que o “*precedente judicial* não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em *precedente*.” (grifos no original) (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 15)

demandas sociais, permitindo a realização de experiências – que, por definição, não necessariamente serão bem-sucedidas –, mas sempre de maneira fundamentada (Constituição Federal, art. 93, inciso IX) e com observância das garantias processuais das partes.

Em outras palavras: é necessário contar com um sistema normativo em que, respeitadas as estruturas fundamentais do Estado Democrático de Direito, o processo e a conformação institucional do Judiciário não sejam visualizados como dados, mas como algo a ser permanentemente construído. Enfim, o “produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito.”⁶⁴

Do ponto de vista *processual*, o Código de Processo Civil de 2015 oferece o necessário suporte normativo para a flexibilidade na concepção de iniciativas, ao consagrar uma constelação de cláusulas gerais processuais geradoras das mais diversas atipicidades das técnicas: atipicidade dos meios de solução de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), atipicidade da cooperação judiciária (art. 69), atipicidade dos meios executivos (arts. 139, IV, 297, 536, § 1º, 538, § 3º), atipicidade da negociação sobre o processo (art. 190) e a atipicidade dos meios de prova (art. 369). Quanto à dimensão *institucional*, o Conselho Nacional de Justiça tem estimulado a adoção de novas estratégias de organização e funcionamento do Judiciário, como os Núcleos de Justiça 4.0 (Resoluções n. 385/2021 e n. 398/2021), o Juízo 100% Digital (Resolução n. 345/2020) e as Equipes de Trabalho Remoto (Resolução n. 375/2021), além da já referida cooperação judiciária (Resolução n. 350/2020).

Mas não basta a existência do suporte normativo para a inovação. À perspectiva normativa deve estar aliada uma segunda, que pode ser denominada de *administrativa ou gerencial*. Aqui, sem prejuízo da atuação dos tribunais, não há dúvida quanto ao papel central desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça. Para além das suas atribuições de natureza disciplinar, ao CNJ é reconhecida, a partir do disposto no art. 103-B, § 4º, da Constituição, a qualidade de órgão de coordenação e planejamento do sistema judicial,⁶⁵ inclusive com capacidade normativa para dispor acerca das matérias de sua competência. Cabe, assim, ao CNJ a identificação de boas práticas no Judiciário, o exame de eventuais pontos de aperfeiçoamento, a análise da possibilidade de sua replicação e a sua difusão, por meio, por exemplo, de atos normativos, da criação de projetos institucionais,⁶⁶ da divulgação de bancos de dados de boas práticas, da realização de eventos e da capacitação de magistrados e servidores.

⁶⁴ “Se o Direito é apenas depois de produzir, o *produzir* tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O *produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito*. O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito.” (grifos no original) (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68)

⁶⁵ ADI 4638 MC-Ref, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 08/02/2012, publicado em 30/10/2014.

⁶⁶ A Instrução Normativa n. 79/2020 do CNJ define *projeto* como o “esforço planejado, com datas de início e término previamente estimadas, para entregar produtos, serviços ou resultados exclusivos.” (art. 2º, inciso

Mas é importante perceber que a missão do CNJ vai além da articulação, da consolidação e da difusão de boas práticas já existentes. A sua posição no Poder Judiciário, a sua composição e a natureza das atribuições previstas na Constituição e no Código de Processo Civil (com destaque para o esquecido art. 1.069) conferem ao Conselho a condição de um centro de inovação, um autêntico *think tank* de boas práticas na administração da justiça, perfil identificável antes mesmo da criação do seu laboratório de inovação, previsto na Resolução n. 395/2021. Precisamente por isso, parcela expressiva das boas práticas com pretensão de institucionalização está contida em resoluções, recomendações e projetos do CNJ, que, ao longo dos anos, aproveitando-se da sua aptidão institucional, tem desenvolvido estudos acerca da real situação dos tribunais, inclusive com dados estatísticos (com destaque para o Relatório Justiça em Números), e constituído grupos de trabalho ou redes interinstitucionais para a reflexão sobre problemas enfrentados pelo Judiciário e elaboração de propostas para sua solução.

O Centro de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ), regulado pela Resolução n. 349/2020 do CNJ, também contribui para a concretização da perspectiva administrativa/gerencial.

O CIPJ possui como competências, entre outras, a prevenção do ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa a partir da identificação das suas causas geradoras, com a possível autocomposição ou encaminhamento de solução em âmbito administrativo, a apresentação de propostas ao CNJ para a uniformização de procedimentos e rotinas cartorárias, bem como a articulação de políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos.⁶⁷

Além do CIPJ em funcionamento junto ao CNJ, também devem ser constituídos Centros de Inteligência específicos pelos tribunais (de justiça, federais e do trabalho), bem como pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Resolução n. 349/2020, art. 4º). A articulação entre os Centros de Inteligência

I) De acordo com levantamento realizado pelos autores no sítio eletrônico do CNJ (<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/gestao-de-projetos/>), 29 projetos estavam em curso no âmbito do Conselho em 11 de outubro de 2021, com destaque para os seguintes: integração do consumidor.gov.br ao sistema PJe; CODEX (extração, indexação e centralização de informações processuais – metadados e documentos – de todos os feitos em tramitação nos tribunais, com o objetivo de desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial; Mineração de processos do PJe (desenvolvimento de metodologia para aplicação de técnicas de mineração de processos nas bases de dados do PJe); Conciliar é Legal.

⁶⁷ Art. 2º Compete ao Centro de Inteligência do Poder Judiciário:

I – prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa a partir da identificação das causas geradoras do litígio em âmbito nacional, com a possível autocomposição ou encaminhamento de solução na seara administrativa;

II – propor ao Conselho Nacional de Justiça, relativamente às demandas repetitivas ou de massa, recomendações para uniformização de procedimentos e rotinas cartorárias e notas técnicas para aperfeiçoamento da legislação sobre a controvérsia;

III – encaminhar aos Tribunais Superiores, de forma subsidiária, informações sobre a repercussão econômica, política, social ou jurídica de questões legais ou constitucionais que se repetem em processos judiciais;

IV – propor ao CNJ a padronização, em todas as instâncias e graus de jurisdição, da gestão dos processos suspensos em razão da admissão de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou afetação de

e os laboratórios de inovação oferece grande potencial para a elaboração, a difusão e o acompanhamento de boas práticas.

7. Algumas características das boas práticas

As boas práticas na administração da justiça consistem em ações ou comportamentos (no âmbito processual ou administrativo) ou arranjos institucionais, dotados de caráter inovador, adequados às peculiaridades de um caso ou às especificidades de certo perfil de casos ou de determinadas demandas sociais, em conformidade com o ordenamento jurídico, direcionados à promoção de determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados, com atributos tendencialmente replicáveis e, no caso das boas práticas com pretensão de institucionalização, com natureza experimental ou precária.

É necessário examinar cada uma dessas características.

a) inovação: as boas práticas não estão previstas na legislação como padrão de organização ou funcionamento do Judiciário ou de desenvolvimento do processo. Não por isso são ilícitas: são práticas lícitas, desenvolvidas a partir dos espaços de criatividade permitidos pelo sistema jurídico. Eventualmente constatado o seu sucesso, é bom que sejam, então, incorporadas como políticas públicas vinculantes do Judiciário ou consagradas em reformas legislativas. Note que a inovação é um atributo genético da boa prática, mas não é um pressuposto para a sua institucionalização: ao contrário, ela deve institucionalizar-se exatamente quando já estiver consolidada;

b) adequação: a fuga dos modelos básicos tradicionalmente adotados deve justificar-se em razão da adaptação do processo ou da organização ou funcionamento do Judiciário às especificidades de certo perfil de casos ou de determinadas demandas sociais.⁶⁸ A título de exemplo, imagine-se o anseio da sociedade pelo acesso ao Poder

processos ao regime de julgamento dos recursos repetitivos ou de recursos extraordinários com repercussão geral, nos termos da Resolução CNJ nº 235/2016;

V – auxiliar na internalização da norma jurídica construída em precedente qualificado relativo à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado por órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação da norma, conforme art. 985, § 2º, e art. 1.040, IV, do CPC;

VI – manter interlocução com os demais Centros de Inteligência do Poder Judiciário;

VII – disseminar as medidas consubstanciadas nas notas técnicas exaradas pelos demais Centros de Inteligência;

VIII – fixar critérios de taxonomia para classificação de demandas repetitivas ou em massa;

IX – articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos; e

X – supervisionar a aderência às notas técnicas emitidas ou disseminadas pelo CIPJ.

⁶⁸ “Um procedimento inapto a tutelar adequadamente os casos concretos, densificando de maneira inidônea as garantias constitucionais, gera insegurança jurídica, seja por não cumprir o seu papel no ordenamento jurídico de garantir a atuabilidade dos direitos, seja por não assegurar aos jurisdicionados os instrumentos de defesa em juízo. Por isso se deve buscar, reiterar-se, uma estrutura processual apta a conferir, a um só tempo, o equilíbrio necessário entre *segurança pelo processo* e *segurança no processo*, possibilitando uma aproximação entre forma e substância, o que proporcionará respostas satisfatórias quanto aos seus fins, sem prejuízo das garantias processuais dos jurisdicionados. Um processo conformado de maneira despreocupada com os fins a que visa alcançar, prestigiando demasiadamente o cumprimento

Judiciário de maneira integralmente eletrônica, aspecto não relacionado a perfis específicos de casos (embora mais conveniente em alguns deles do que em outros, sem dúvidas), o que foi autorizado no âmbito do “Juízo 100% Digital,” previsto na Resolução n. 345/2020 do CNJ;

c) *conformidade com o ordenamento jurídico*: conquanto não previstas expressamente na legislação, as boas práticas na administração da justiça devem estar amparadas no sistema normativo. Sua adoção não pode implicar ameaça às garantias processuais das partes e as prerrogativas da magistratura e da advocacia;

d) *promoção de determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados*: a qualificação de um conjunto de atos ou de um arranjo institucional como uma boa prática envolve um juízo de eficiência. Sua legitimidade depende da sua aptidão para a promoção de determinados bens jurídicos de maneira mais eficiente do que os parâmetros tradicionais,⁶⁹ ainda que em um contexto específico, não considerado pelo legislador. Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado). A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não eficiente. Por isso, além do juízo de adequação às especificidades do(s) conflito(s), as boas práticas necessariamente envolvem um juízo de comparação em relação ao padrão de atuação comumente adotado a partir da interpretação tradicional a respeito da disciplina normativa aplicável a certo tema. Uma prática nunca é boa em si; a prática apenas poderá qualificar-se como tal a partir de uma análise da adequação ao caso e da comparação com os resultados promovidos pelo modelo padrão tradicionalmente adotado;

e) *não definitividade*: trata-se de característica típica das boas práticas com pretensão de institucionalização. Concebidas em um modelo flexível de gestão dos processos e do Judiciário, as boas práticas possuem natureza experimental e podem

de etapas procedimentais rígidas ou mesmo conferindo um grande acento na condução do processo pelas partes – para que possam exercer ilimitadamente os seus direitos postulatórios –, não condiz com um modelo processual seguro no Estado Constitucional. A segurança processual é a mão que conduz à harmonia entre os fins e o os meios.” (grifos no original) (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo*: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: RT, 2018, p. 172)

⁶⁹ “No entanto, cabe frisar, ainda uma vez, que a eficiência não atua contra a legalidade: essa contraposição é ilusória. Ao contrário, a eficiência visa a estabelecer uma *legalidade finalística*, que valoriza os resultados práticos alcançados, mas sempre no quadro da juridicidade. Além disso, a eficiência não significa subjetivismo, arbítrio, ausência de controle. A eficiência é *fundamento* e também *limite* para a flexibilização da técnica processual.” (grifos no original) (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência*: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. cit., p. 214-215)

comportar uma etapa de prototipagem⁷⁰ em seu desenvolvimento. A verificação da sua inaptidão ou ineficiência para o alcance dos objetivos pretendidos redundará em sua revisão ou seu abandono. Exatamente por isso, a ausência de previsão legal específica de determinada prática deve ser visualizada como uma vantagem, por possibilitar, em caso de insucesso, sua descontinuidade sem a necessidade da intervenção do processo legislativo. Como visto anteriormente, a modalidade das boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto, normalmente nascidas a partir da intuição dos operadores em processos específicos, orienta-se a partir de uma lógica distinta, desatrelada de uma visão global da administração da justiça ou do planejamento estratégico do Judiciário;

f) *caráter tendencialmente replicável*: frequentemente, as boas práticas podem ser repetidas, integral ou parcialmente, em outros juízos e tribunais, com aperfeiçoamentos e adaptações às suas especificidades – que consistirão em novas experiências institucionais. Difícilmente será possível encontrar uma prática que, bem-sucedida, tenha sido utilizada em apenas uma ocasião, ressalvados, obviamente, alguns exemplos das boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto, diante da excepcionalidade das circunstâncias que levaram à sua criação. Daí a importância de iniciativas como o Prêmio Innovare, anteriormente abordado, e da atuação do Conselho Nacional de Justiça como órgão de identificação, acompanhamento e difusão de boas práticas no Judiciário, promovendo um modelo de administração da justiça que prestigia o contato e o aprendizado recíprocos entre tribunais,⁷¹ inclusive por meio do Portal de Boas Práticas, regulamentado pela Portaria n. 140/2019. Um dos critérios nela previstos para a identificação de uma boa prática é justamente a “exportabilidade,” isto é, a viabilidade de a medida ser replicada em outras organizações.

8. O processo de institucionalização das boas práticas

A posição das boas práticas processuais no sistema jurídico é complexa.

Numa primeira perspectiva, é possível a ocorrência, em diferentes gradações, de um processo de institucionalização das boas práticas. Sua espontânea reiteração ao longo do tempo pelos operadores do Direito, a ponto de fazer neles surgir a convicção quanto à sua obrigatoriedade, poderá converter aquilo que originalmente consistia em simples boa prática num *costume processual*, fonte formal do Direito processual. Neste caso, a incorporação da boa prática ao ordenamento ocorre sem a intervenção de um ente central (tribunal, CNJ ou outro) que expressamente chancele sua utilização.

⁷⁰ Resolução n. 395/2021, art. 2º, Parágrafo único. Considera-se prototipagem a realização de experimentos e testes para avaliação prévia do impacto da implantação de determinado produto, serviço ou processo de trabalho.

⁷¹ Vide o art. 7º, parágrafo único, da Resolução n. 325/2020, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário nos anos de 2021 a 2026: “Art. 7º, Parágrafo único. Os órgãos do Poder Judiciário poderão utilizar as práticas publicadas no Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário, para melhoria contínua da sua gestão administrativa e da sua prestação jurisdicional.”

Além disso, como visto, entidades de reconhecida expertise, com destaque para o Conselho Nacional de Justiça (por suas recomendações, por exemplo), podem elaborar documentos de *soft law* que consagrem boas práticas com pretensão de institucionalização, ou consolidem e sistematizem boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto, reconhecendo seu proveito. Em ambos os casos, a boa prática será afirmada como uma política reputada valiosa pela entidade, embora sem caráter vinculante. A figura dos projetos institucionais, prevista na Instrução Normativa n. 79/2020 do CNJ, também exerce importante papel aqui.

O grau máximo de institucionalização de uma boa prática ocorre por meio da sua incorporação formal como política da administração da justiça (ainda que de adoção facultativa, de acordo com as circunstâncias do caso ou do perfil de casos), por meio, por exemplo, da legislação ou de resoluções do CNJ.

Observe-se, porém, que a institucionalização ou não de uma boa prática não é fator decisivo para que ela seja reconhecida como tal. Como exposto, o relevante para a qualificação é que a prática seja adequada, inovadora, compatível com o ordenamento e capaz de promover determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados.

Todo esse processo é dinâmico e concorre para o constante aperfeiçoamento da administração da justiça. Paralelamente à concepção de boas práticas com pretensão de institucionalização, as boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto vão surgindo espontaneamente e de acordo com a criatividade dos operadores e com a necessidade dos processos. A comprovação do seu êxito, a partir da experiência, e a possibilidade de sua replicação podem influenciar sua incorporação por instâncias formais de manifestação do Direito, o que evidencia a existência de um ciclo de retroalimentação entre o abstrato e o concreto – acentuando a importância do estudo da realidade prática pelo processualista.

A segunda perspectiva talvez seja a menos percebida e, ao mesmo tempo, a mais importante em significado para o sistema de justiça. Práticas que se revelem inadequadas ou ineficientes quando comparadas com modelos tradicionais previstos no ordenamento podem ser abandonadas, descartadas. Esse dado, aparentemente singelo, não pode ser desprezado; deve ser compreendido em seu sentido mais amplo. A possibilidade de descarte de uma prática processual que não se revele *boa* evidencia a abertura da administração da justiça à criatividade (sempre com respeito às garantias processuais) e à experimentação.

Uma verdadeira cultura de inovação na administração da justiça deve admitir que práticas que venham a fracassar são uma parte natural do processo de aperfeiçoamento de ideias e de aprendizado coletivo, sendo merecedoras, inclusive, de estudos específicos para identificação dos motivos do insucesso, que poderão ser evitados ou superados em novas iniciativas. Também essa é uma importante missão dos laboratórios de inovação, das escolas judiciais e da academia, preferencialmente em cooperação.

Observe-se que experiências institucionais podem ocorrer de maneira intencional e em ambientes delimitados. Boas práticas com pretensão de institucionalização podem ser testadas, por exemplo, inicialmente apenas em um ou alguns juízos, a fim de permitir a análise dos seus aspectos positivos e negativos. É o que se dá, ilustrativamente, com o Juízo 100% Digital, previsto na Resolução n.º 345/2020, e com o Núcleo de Justiça 4.0, regulado pelas Resoluções n. 385/2021 e n. 398/2021, figuras que não necessariamente abrangerão todas as unidades jurisdicionais de mesma competência territorial e material (Resolução n. 345/2020, art. 8º, § 1º;⁷² Resolução n. 385/2021, art. 1º, § 1º;⁷³ e Resolução n. 398/2021, art. 1º, § 1º)⁷⁴ e poderão ser descontinuados, mantidos ou ampliados pelos tribunais após determinado período (Resolução n. 345/2020, art. 8º, § 7º;⁷⁵ Resolução n. 385/2021, art. 6º).⁷⁶ É possível, ainda, o desenvolvimento de estudos prévios para exame de potenciais impactos da implantação de uma prática inovadora, o que corresponde à prototipagem prevista no art. 2º, parágrafo único, da Resolução n. 395/2021 do CNJ.

9. Conclusões

As boas práticas na administração da justiça, compreendidas sinteticamente como ações e comportamentos (no âmbito processual ou administrativo) ou arranjos institucionais direcionados ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e dos demais serviços da justiça, devem compor o objeto de reflexão da doutrina processualista. Seu estudo sistemático oferece a proveitosa oportunidade de convergência entre a teoria e a prática para a construção de soluções processuais criativas.

O ordenamento brasileiro não apenas admite o desenvolvimento de boas práticas, mas as supõe como uma necessidade de adaptação do processo e do próprio sistema de justiça para a adequada solução dos conflitos, constatação ainda

⁷² Art. 8º, § 1º O “Juízo 100% Digital” poderá ser adotado de modo a abranger ou não todas as unidades jurisdicionais de mesma competência territorial e material, assegurada, em qualquer hipótese, a livre distribuição.

⁷³ Art. 1º, § 1º Os “Núcleos de Justiça 4.0” também poderão abranger apenas uma ou mais regiões administrativas do tribunal.

⁷⁴ Art. 1º, § 1º Ato do tribunal definirá, com base nas características e visando a melhor gestão do acervo processual em tramitação na respectiva jurisdição, as classes, os assuntos e as fases dos processos que serão encaminhados para análise nos “Núcleos de Justiça 4.0,” bem como fixará as regiões de atuação destes e a composição.

⁷⁵ Art. 8º, § 7º O “Juízo 100% Digital” será avaliado após um ano de sua implementação, podendo o tribunal optar pela manutenção, pela descontinuidade ou por sua ampliação, comunicando a sua deliberação ao Conselho Nacional de Justiça.

⁷⁶ Art. 6º Os tribunais deverão avaliar periodicamente, em prazo não superior a 1 (um) ano, a quantidade de processos distribuídos para cada juiz do “Núcleo de Justiça 4.0” e a de processos distribuídos para cada unidade jurisdicional física, bem como o volume de trabalho dos servidores, a fim de aferir a necessidade de transformação de unidades físicas em núcleos, readequação da sua estrutura de funcionamento ou de alteração da abrangência de área de atuação.

§ 1º Os tribunais deverão adotar medidas para manter uma correlação adequada entre o número de processos distribuídos para cada juiz do Núcleo de Justiça 4.0 e o número de processos distribuídos para cada juiz da mesma matéria e competência em uma unidade jurisdicional física.

§ 2º Dentre as medidas possíveis para o cumprimento da regra prevista no parágrafo anterior, o Tribunal poderá aumentar o número de magistrados designados para o Núcleo de Justiça 4.0 ou providenciar a transformação de unidades jurisdicionais físicas em núcleos.

mais evidente com a edição da Resolução n. 395/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que consagrou a inovação como categoria integrante do regime jurídico de organização e funcionamento do Poder Judiciário. A possibilidade de experimentação na administração da justiça é uma característica do ordenamento brasileiro, embora ainda sejam pouco explorados os seus potenciais e limites dogmáticos.

Uma prática processual deve ser considerada boa quando atende a quatro requisitos: adequação a um caso, a um perfil de casos ou a determinada demanda social; conformidade com o ordenamento jurídico; caráter inovador; promoção de determinado bem jurídico em extensão superior àquela assegurada pelos modelos básicos tradicionalmente adotados.

É possível visualizar duas modalidades de boas práticas: as *boas práticas com pretensão de institucionalização*, concebidas pelo Conselho Nacional de Justiça, pelos tribunais ou por outras entidades como estratégias institucionais para a solução de problemas identificados no sistema de justiça ou para o aperfeiçoamento do seu funcionamento, e as *boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto*, intuídas pelos operadores do Direito para a solução de um específico problema ou conjunto de problemas.

Por fim, é relevante notar que o tema das boas práticas possui íntima conexão com o da teoria das fontes processuais. A reiteração de determinada prática, com a convicção social de sua obrigatoriedade, pode ensejar o surgimento de um costume processual. Paralelamente, documentos de *soft law* podem servir como instrumento tanto de divulgação das boas práticas com pretensão de institucionalização quanto de consolidação e sistematização das boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto.

Referências bibliográficas

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021.

CADIET, Loïc. *Perspectiva Sobre a Justiça do Sistema Civil Francês*. Livro eletrônico. São Paulo: RT, 2017.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 22ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual*. V. 2. 15ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 4. 15ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERNANDEZ, Leandro. *Proteção de dados pessoais no sistema de justiça multiportas: publicidade processual, cooperação judiciária e o papel do Conselho Nacional de Justiça e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAMCKOW, Heike et al. *Good Practices for Courts: Helpful Elements for Good Court Performance and the World Bank's Quality of Judicial Process Indicators*. Washington: The World Bank, 2016. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/25101>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. VI, livro eletrônico.

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

NASSER, Salim. *Soft law*. 2ª. ed. Livro eletrônico. Formato: ebook Kindle, 2020.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Regimentos Internos como fonte de normas processuais*. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: RT, 2018.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. In: *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010.

SOUZA, Marcus Seixas. *Normas Processuais Consuetudinárias: História, Teoria e Dogmática*. Salvador: Juspodivm, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

Constituição e pandemia – breve nota¹

Constitution and pandemic – a brief note

Jorge Miranda*

Sumário

i: 1. A suspensão de direitos, liberdades e garantias. 2. O regime da suspensão.
ii: 3. A pandemia e a declaração de estado de emergência. 4. A execução do estado de emergência. 5. Após o estado de emergência.

Resumo

A Constituição regula, com particular cuidado, as situações de necessidade que podem justificar estado de sítio ou estado de emergência, com vista a assegurar o respeito dos direitos, liberdades e garantias, e a separação e a interdependência dos órgãos de soberania (arts. 19 e 138). A declaração de qualquer desses estados compete ao Presidente da República, mas precedida de autorização do Parlamento. Foi o que acaba de acontecer em 2020, por causa da pandemia do coronavírus, em que, pela primeira vez desde 1976, foi decretado o estado de emergência por três períodos sucessivos de 15 dias, com a suspensão de alguns daqueles direitos.

Abstract

The constitution regulates, with particular care, situations of need that may justify a state of siege or a state of emergency, with a view to ensuring respect for rights, freedoms and guarantees and the separation and interdependence of sovereign bodies (arts. 19 and 138). The declaration of one of these states is the responsibility of the President of the Republic, but preceded by Parliament's authorization. It just happened in 2020, because of the coronavirus pandemic, in which, for the first time since 1976, a state of emergency was decreed for three successive periods of 15 days, with the suspension of some of those rights.

Palavras-chave: Constituição. Direitos. Liberdades e garantias. Presidente da República. Assembleia da República. Estado de emergência. Pandemia.

¹ Estudo concluído na segunda quinzena de maio de 2020.

* Doutor *Honoris Causa* em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

Keywords: *Constitution. Rights. Freedoms and guarantees. President of the Republic. Assembly of the Republic. State of emergency. Pandemic.*

I

A suspensão de direitos, liberdades e garantias

I – Em todas as épocas e em quaisquer estados ocorrem situações de exceção ou de necessidade, resultantes de perturbações de maior ou menor vulto, de origem interna ou externa. Em tais circunstâncias têm de ser adotadas formas de organização e providências também de carácter excecional; e a história e a comparação mostram uma grande variedade de soluções, desde a ditadura romana ao *Riot Act* inglês de 1714, ao *état de siège* da Revolução Francesa, ao *Notrecht* do art. 48.º da Constituição de Weimar, aos poderes extraordinários do art. 16.º da Constituição Francesa de 1958 etc.²

À luz da experiência histórico-comparativa e da teoria constitucional, não custa fazer algumas verificações:

1.º) As formas de organização e a providências para tempo de exceção e de crise decorrem diretamente da Constituição, escrita ou não, e não ficam à sua margem; não existem senão na medida em que dela decorrem; são meios de garantia, não de rutura.

2.º) Tais formas de organização e tais providências são solidárias com a ideia de direito vertida em cada Constituição, a dois títulos – por um lado, por terem de ser coerentes com essa ideia, como o modo como aí se estrutura o poder, com as demais instituições políticas, e, por outro lado, por, em última análise, se destinarem a preservar não só o Estado, mas também o regime político vigente.

3.º) *Salus populi suprema lex* – todavia, sempre de acordo com certo princípio de legitimidade, sempre utilizando determinadas formas jurídicas e sempre tendo em vista o restabelecimento da normalidade.

4.º) Não há, em cada estado, duas Constituições aparelhadas – uma Constituição da normalidade e uma Constituição da necessidade; há uma só Constituição, assente nos mesmos princípios e valores, embora com regras adequadas à diversidade de situações.

5.º) A chamada suspensão da Constituição em estado de necessidade apenas pode ser parcial traduzindo-se na aplicação – na medida das exigências desse estado – das normas previstas para tempo de necessidade; para lá de uma vicissitude constitucional, trata-se de um específico fenómeno de aplicação de normas em circunstâncias diversas³.

6.º) No estado constitucional, representativo ou de direito, a extensão e a intensificação da normatividade acompanham-se da extensão e da intensificação

² Cf. o nosso livro *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, 2018, p. 481 e seguintes e autores citados.

³ Recorde-se Kant, *A Paz Perpétua*, na tradução de António Mourão, Lisboa, 1988, p. 84: “A proposição *salus populi suprema civitatis lex* conserva intacto o seu valor, mas a salvação pública que, *antes de mais*, importa ter em conta é justamente a Constituição legal que garante a cada um a sua liberdade mediante leis.”

das regras sobre situações de necessidade; do alargamento e do rigor do estatuto jurídico das situações de necessidade⁴.

7.º) Uma Constituição normativa acentua o caráter excecional das situações de necessidade, mas, ao mesmo tempo, assume-as plenamente, sujeita-as ao seu império, ajusta os mecanismos de controlo do poder a essas circunstâncias.

8.º) Num regime político baseado no respeito dos direitos e liberdades fundamentais, o estatuto das situações de necessidade centra-se na salvaguarda desses mesmos direitos e liberdades – se não pode deixar de admitir a sua suspensão, fá-lo na observância de precisos formalismos e com acrescidas garantias; pelo contrário, um regime totalitário ou autoritário não carecerá de recorrer a providências de suspensão, salvo no limite (porque aí já em época de normalidade se vive em permanente compressão das liberdades).

II – Em Portugal, todas as seis Constituições até agora vigentes não deixaram de contemplar as situações de necessidade, mas não da mesma maneira, pois bastante têm variado os graus de estruturação dos institutos e as competências e as garantias a eles atinentes.

As constituições monárquicas previram, sucessivamente, a suspensão de algumas das “formalidades relativas à prisão de delinquentes” (artigo 211.º da Constituição de 1822); a dispensa de algumas das “formalidades que garantem a liberdade individual” (artigo 145.º, §34.º, da carta); e a suspensão das garantias individuais (artigo 32.º da Constituição de 1838).

A figura do estado de sítio apareceu na Lei Fundamental de 1911 (artigo 26.º, n.º 16), donde passaria para a Constituição de 1933 (artigo 91.º, n.º 8)⁵, e de 1976 (artigo 19.º, sobretudo); também seria prevista na Lei Constitucional provisória de 1974 (artigo 7.º, n.º 12, da Lei n.º 3/74, de 14 de maio)⁶.

A revisão constitucional de 1971 criou providências restritivas das liberdades e garantias individuais em situação de subversão (novo artigo 109.º, § 6.º, da Constituição de 1933) e a Constituição atual um estado de emergência com um regime idêntico ao do estado de sítio (mesmo artigo 19.º). Além disso, esta Constituição acrescentou às situações de necessidade relevantes a calamidade pública⁷.

⁴ Poderá, pois, falar-se, em face das circunstâncias extraordinárias, em “legalidade alternativa” (assim, OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo de Direito*, ii, 2.º tomo, Lisboa, 1999, p. 347 e segs.), mas não em “legitimidade alternativa”.

⁵ O não se ter, na vigência da Constituição de 1933, feito uso da declaração de estado de sítio mostra que de facto as garantias individuais se acham à mercê do Governo (CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5.ª ed., Lisboa, 1967, pág. 482, nota).

⁶ Ao abrigo da qual em 25 de novembro de 1975 seria decretado o estado de sítio parcial na região militar de Lisboa.

⁷ Sobre o estado de necessidade na Constituição atual, v. MIRANDA, Jorge. A ratificação no Direito constitucional português, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, iii, 1979, p. 602 e 605 e segs.; MORAIS, Carlos Blanco de. *O estado de exceção*, Lisboa, 1984, p. 61 e segs.; CORREIA, António Damasceno. *Estado de sítio e de Emergência em Democracia*, Lisboa, 1984, p. 111 e segs.; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*, i, 2020, p. 75 e segs., e ii, p. 781 e segs.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*

Nas Constituições de 1826, 1838, 1911 e 1933 (após 1971), competia ao Parlamento declarar as situações de exceção, admitindo-se que o Poder executivo se lhe substituísse em caso de urgência quando ele não estivesse reunido. Nas Constituições de 1822 e 1933 (até 1971), a competência era exclusiva da assembleia representativa; ao invés, as providências contra a subversão previstas a partir de 1971 eram tomadas pelo Governo, devendo a assembleia nacional só pronunciar-se quando a situação se prolongasse.

Finalmente, na Constituição de 1976, a declaração ficaria a caber ao Presidente da República, autorizado pelo Conselho de Revolução (até 1982) e pela Assembleia da República, ou pela sua Comissão Permanente (após 1982), e estabelecendo-se ainda a dependência de ratificação ou reautorização da assembleia, em certos casos (em moldes aliás diferentes, antes e depois de 1982).

III – As situações de exceção e de necessidade têm implicações em quase todas as zonas da Constituição: nos direitos fundamentais, nas eleições, no funcionamento dos órgãos de soberania, nas relações das autoridades civis e das autoridades militares, nas Forças armadas, nos tribunais, inclusive na organização económica. Por isso e por causa das especialidades do processo de declaração, poderia justificar-se receberem tratamento em capítulo ou divisão à parte.

A Constituição de 1976, na trilha da Carta Constitucional e da Constituição de 1838, toma por sede básica dessas situações, porém, a parte dos direitos fundamentais – o que se exhibe bem elucidativo da relação existente entre a garantia dos direitos e a regulamentação da necessidade constitucional e, portanto, do empenho em que esta regulamentação não os ponha em causa. Na revisão de 1997 aditaram-se ao art. 19.º, incongruente com a sua localização, normas sobre os órgãos de soberania e das regiões autónomas.

Mas o regime da declaração consta do art. 138.º, hoje (no título sobre o Presidente da República), a norma sobre a apreciação da aplicação da declaração do art. 162.º (no título sobre o Parlamento); e há, outrossim, regras importantes acerca da dissolução da assembleia (art. 172.º), das Forças Armadas (art. 275, n.º 7), e da revisão constitucional (art. 289.º).

IV – A Constituição prevê, depois, uma lei regulamentadora, incluída na reserva absoluta de competência da Assembleia da República (art. 164.º, alínea e), sujeita, ao regime procedimental das "leis orgânicas" (art. 166.º, n.º 2) e que, sem dúvida, ao contrário de outras "leis orgânicas", deve ter-se por lei de valor reforçado, porque lhe estão vinculadas as declarações de estado de sítio ou de estado de emergência e a

Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1984, p. 1104 e segs.; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*, anotada, i, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 399 e segs.; MIRANDA, Jorge; MOUTINHO, José Lobo. Anotação in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo i, 2.ª ed., Lisboa, 2018, p. 397.

autorização e a confirmação parlamentar (atos materialmente legislativos ou, pelo menos, atos com força a fim da força da lei).

Por seu lado, o regimento da assembleia cuida dos processos parlamentares pertinentes à autorização e à confirmação da declaração (art. 171.º e 175.º) e à apreciação da sua aplicação (art. 180.º) e alguma das normas que contém não são meramente internas.

É, por conseguinte, na Constituição, na Lei n.º 44/86, de 30 de setembro (Lei do Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência)⁸, e no Regimento da Assembleia da República que se encontra neste momento a disciplina do instituto. Para o que interessa na presente nota, apenas se considerarão, contudo, os aspetos que diretamente dizem respeito à suspensão de direitos.

V – O estado de sítio e o estado de emergência são as modalidades mais intensas do estado de necessidade em direito constitucional. Não são as únicas. Basta pensar no processo legislativo parlamentar de urgência (art. 179.º, n.º 2), em certas vicissitudes que afetam os órgãos de soberania ou, nos países em que tal é admitido, na legislação governamental de urgência.

E também o direito administrativo conhece estado de necessidade em múltiplas situações que podem contender não só com o exercício de competências ou com os formalismos procedimentais, mas ainda com direitos das pessoas. Em certos casos de perigo iminente para o interesse público ou para a vida ou a integridade de outras pessoas, pode a intervenção imediata da administração, mesmo sem aparente autorização legal, revelar-se o único meio adequado de o ultrapassar (arts. 3.º, n.º 2, e 89.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo).

A Lei n.º 27/2006, de 3 de julho, regula a proteção civil, a qual tem por finalidade prevenir riscos coletivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe, atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e os bens em perigo (art. 1.º, n.º 1). E os órgãos competentes podem, consoante a natureza dos acontecimentos a prevenir ou a enfrentar e a gravidade e a extensão dos seus efeitos, atuais ou potenciais, declarar a situação de alerta, a situação de contingência ou a situação de calamidade (arts. 8.º e segs.).

Em caso de calamidade prevêm-se o livre acesso dos agentes de proteção civil à propriedade privada na área abrangida, bem como a utilização de recursos naturais ou energéticos privados, na medida do estritamente necessário (art. 23.º) e a requisição temporária de bens e serviços (art. 24.º). Mas se o acesso à propriedade privada envolver entrada no domicílio contra a vontade do cidadão, será exigida autorização judicial (art. 34.º da Constituição).

⁸ Sobre a feitura desta lei, v. *Diário da Assembleia da República*, iv legislatura, 1.ª sessão legislativa, 1ª série, n.ºs 77, 78 e 101, reuniões de 4 de junho e 23 de junho de 1986, págs. 2912 e segs., 2968 e 3894 e segs., respetivamente.

VI – À semelhança do que sucede em direito interno, também os tratados de direitos do homem admitem a suspensão de direitos em estado de necessidade: assim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 4.º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 15.º), a Convenção Interamericana (art. 27.º), sob o nome de “derrogação”⁹.

2. O regime da suspensão

I – Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou estado de emergência, declarados na forma da Constituição (art. 19.º, n.º 1).

Todo o regime da suspensão vem conformado por este princípio do carácter excecional e limitado da suspensão. E daí os seguintes corolários:

a) tipicidade dos pressupostos ou das causas das situações de necessidade que são somente a agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, a grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática e a calamidade pública¹⁰ (art. 19.º, n.º 2; inicialmente 137.º, n.º 1, alínea c) – devendo qualquer dos pressupostos significar “perigo público” ou “emergência pública” “que ameace a existência da nação” (para empregar expressões contidas no art. 15.º, n.º 1 da convenção europeia e no art. 4.º, n.º 1, do Pacto de Direitos Civis e Políticos).

b) Necessidade de declaração ou de proclamação na forma prevista na Constituição (art. 19.º, n.º 1, *in fine*, e art. 4.º do Pacto de Direitos Civis e Políticos) – não basta a ocorrência dos factos, é necessário (por uma elementar razão de segurança e certeza jurídica) o seu reconhecimento e anúncio oficial salvo inconstitucionalidade por omissão; a não ser assim, correr-se-ia o risco de uma espécie de golpe de estado *deslizante*.

c) Declaração *adequadamente* fundamentada (art. 19.º, n.º 5, 1.ª parte) – não basta a menção de qualquer dos pressupostos das situações de necessidade, é necessária a apresentação das suas consequências, já verificadas ou previsíveis, no plano da alteração da normalidade constitucional (art. 14.º, n.º 2, da Lei n.º 44/86).

II – d) Declaração pelos órgãos e segundo o procedimento previsto pela Constituição, em moldes de interdependência dos órgãos políticos de soberania – Presidente, Assembleia da República de Governo (arts. 134.º, alínea d, 138.º, 140.º, 161.º, alínea l, 179.º, n.º 3, alínea f, e n.º 4, e 199.º, n.º 1, alínea f).

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência compete ao Presidente da República e depende de audição do Governo e de autorização da Assembleia da República ou da respetiva comissão permanente, tendo, neste caso,

⁹ Cf. nosso *Curso de Direito Internacional Público*, 5.ª ed., Cascais, 2016, p. 329 e 330, e autores citados.

¹⁰ Que tanto pode ser natural como tecnológica. cf., mas algo diferentemente, GASPAR, Pedro Portugal. *O Estado de Emergência Ambiental*, Coimbra, 2005, p. 134 e segs. e 153.º e segs.

de ser confirmada pelo Plenário, logo que seja possível reuni-lo¹¹. O decreto de declaração carece de referenda ministerial, sob pena de inexistência.

Os órgãos das regiões autônomas não têm de ser ouvidos pelo Presidente da República, mesmo que a declaração se refira apenas a uma dessas regiões, pois, como disse o Tribunal Constitucional, a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência envolve o exercício de uma função de soberania¹².

Cabendo a iniciativa do processo parlamentar ao Presidente da República, em mensagem fundamentada (art. 24.º da Lei n.º 44/86), poderá a assembleia alterar o conteúdo ou o âmbito do pedido, alargando-o ou diminuindo-o? Parece duvidoso, a não ser que se verifique, entretanto, modificação de circunstâncias.

e) Declaração conexa, no caso de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, com a declaração de guerra – a qual compete ao Presidente da República em moldes também de interdependência (arts. 135.º, alínea c, 161.º, alínea m, 179.º, n.º 3, alínea f, e n.º 4, e 198.º, n.º 1, alínea g).

f) Declaração com efeitos temporalmente limitados, não podendo prolongar-se por mais de quinze dias sem prejuízo de eventual renovação por períodos de igual limite, nem se prolongar para além do estado de guerra declarada (art. 19.º, n.º 5, 3.ª parte); e a renovação exige procedimento idêntico ao da declaração originária.

A revisão de 1989, e bem, incluiu uma referência à declaração de guerra (mesmo art. 19.º, n.º 5), a qual, objetivamente, torna desnecessário, inconveniente e até, em certas circunstâncias, impossível a renovação da declaração de estado de sítio. Todavia, além de poder suscitar alguns equívocos, a fórmula empregada não é feliz, pois que não fez sentido falar em "duração fixada por *lei* em consequência de declaração de guerra": pela natureza das coisas, nunca a declaração de guerra poderia fixar a sua duração.

g) Uma eventual renovação requer um procedimento idêntico ao da declaração (art. 27.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86), com intervenção da Comissão Permanente da Assembleia da República caso esta esteja dissolvida (art. 172.º, n.º 3 da Constituição).

h) Suspensão apenas na medida do necessário, de acordo com o princípio da proporcionalidade – a declaração do estado de sítio ou de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências *necessárias e adequadas* ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional (art. 19.º, n.º 4 e 8). Daí aqui:

1.º) A declaração possa ser em todo ou em parte do território (art. 19.º, n.º 2);

2.º) A distinção entre estado de sítio e estado de emergência seja de grau (art. 19.º, n.º 3, 1.ª)¹³;

3.º) O estado de sítio é declarado quando se verificarem ou estejam iminentes atos de força ou insurreição que ponham em causa a soberania, a independência,

¹¹ Sem prazo de caducidade. Mas a recusa de confirmação não envolve invalidação dos atos.

¹² Acórdão n.º 402/2008, de 29 de julho, in *Diário da República*, 1.ª série, de 18 de agosto de 2008. Mas o acórdão não contesta a audição a cargo da Assembleia da República.

¹³ Cf. no Brasil, estado de defesa e estado de sítio (art.º 135.º, 136.º a 139.º, da Constituição Federal).

a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática e não possam ser eliminados pelos meios normais previstos na Constituição e na lei (art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86).

O estado de emergência é declarado quando se verificam situações de menor gravidade, nomeadamente quando se verificam ou ameacem verificar-se casos de calamidade pública (art. 9.º, n.º 1)¹⁴;

4.º) A suspensão de direitos possa ser total ou parcial, nunca se admitindo suspensão total em estado de emergência (art. 19.º, n.º 3, 2.ª parte) e sendo parcial quer a suspensão de apenas alguns dos direitos, quer a suspensão de parte, mas não da totalidade, desses direitos¹⁵;

5.º) A declaração deva conter a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso (art. 19.º, n.º 5, 2.ª parte);

6.º) Haja limitações quanto à extensão e aos meios utilizados (art. 19.º, n.º 5, 2.ª parte);

7.º) Em caso de alteração das circunstâncias, haja a possibilidade de as providências constantes da declaração serem objeto de adequada extensão ou redução segundo os trâmites previstos para a declaração inicial, não sendo necessária a autorização da Assembleia da República quando se trata de redução (arts. 12.º e 27.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86);

8.º) Em caso de cessação das circunstâncias determinantes da declaração, tenha de haver imediata revogação por decreto do Presidente da República (art. 13.º).

j) Existência de limites absolutos da suspensão¹⁶. 1.º) Os direitos enunciados no art. 19.º, n.º 6; 2.º) os princípios da universalidade, de igualdade e da tutela jurídica; 3.º) O carácter geral, abstrato e não retroativo da declaração (até por maioria de razão, em face do art. 18.º, n.º 3).

No texto inicial, contemplavam-se somente o direito à vida e o direito à integridade penal. Contudo, por força do art. 8.º, n.º 2, da Constituição e tendo em conta o art. 4.º, n.º 2, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, devia já entender-se que a proibição de suspensão abrangia também a não retroatividade da lei penal incriminadora e a liberdade de consciência e religião. E, nessa linha, a revisão constitucional de 1982 acrescentaria os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, os direitos de defesa do arguido e a liberdade de consciência e de religião.

¹⁴ Embora possa haver sobreposição, trata-se de figuras bem distintas e sempre carecidas de declarações autónomas. O estado de guerra só coincide com estado de sítio em caso de guerra no território nacional por agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras.

¹⁵ Sobre a suspensão de direitos em concreto, v. GÓUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção*, cit., p. 836 e segs.

¹⁶ Antecedentes: o art. 59.º-a da Constituição de 1911, introduzido pela Lei n.º 635, de 28 de setembro de 1916, proibindo pena de morte e penas corporais perpétuas ou de duração ilimitadas em estado de sítio com suspensão total das garantias constitucionais; e a base XXXI, n.º 3, da Lei n.º 2084, de 16 de agosto de 1956, que impunha às autoridades, em estado de sítio, a observância dos "ditames da justiça natural".

Por seu turno, o art. 2.º da Lei n.º 44/86, além de explicitar o Princípio da Igualdade e do Acesso aos Tribunais (incluindo a *habeas corpus*), viria vedar a censura prévia à comunicação social (embora admitindo a suspensão de publicações e de emissões de rádio e televisão) e viria garantir o direito de reunião de órgãos estatutários dos partidos políticos e de associações sindicais e profissionais.

Mas, mais importante do que isso (e não tanto por o art. 19.º, n.º 6 não remeter para certos preceitos específicos quanto pela lógica da sua consagração e do seu alcance), os direitos nele mencionados não podem deixar de ser lidos com a amplitude correspondente à expansão natural e à garantia de que carecem.

Assim o direito à vida e o direito à integridade pessoal postulam quer a proibição de pena de morte, da tortura e de tratos ou penas cruéis, degradantes e desumanos (arts. 24.º, n.º 2, e 25.º, n.º 2) quer a proibição de extradição quando tais penas constem do direito do estado requisitante (art. 33.º, n.º 6); os direitos à identidade pessoal, à cidadania, e à capacidade civil implicam os direitos pessoais conexos (art. 26.º); a liberdade de consciência e de religião abrange a objeção de consciência (art. 41.º, n.º 6) e não se compadece com o tratamento de dados referentes às convicções filosóficas e a fé religiosa (art. 35.º, n.º 3); e a não retroatividade da lei criminal, porque fundada na ideia de segurança jurídica, implica a aplicação da lei mais favorável ao arguido, ainda que retroativamente (art. 29.º, n.º 4.º)¹⁷.

k) Estrita sujeição de todas as providências que alterem a normalidade constitucional aos princípios da constitucionalidade e da legalidade (art. 19.º, n.º 7, 1.ª parte).

l) Para além das que condicionam a declaração, prescrição de garantias fundamentais de organização política exigidas pelo estado de direito democrático:

1) Proibição de prática de atos de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 289.º);

2) Proibição, sob pena de inexistência, da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência estando dissolvida a Assembleia da República (art. 172.º, n.ºs 1 e 2); ou, pelo menos, reunião da assembleia ou da sua Comissão Permanente para autorizar, porque o mandato dos deputados subsiste até a primeira reunião da assembleia subsequente à eleição (art. 172.º, n.º 3);

3) Proibição de atos relativos à convocação ou à realização do referendo nacional (art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 15- a/98, de 3 de abril) e de atos eleitorais – apesar de nem o art. 115.º, nem o art. 113.º da Constituição o preverem – por paridade de razão¹⁸;

¹⁷ Cf. MIRANDA, Jorge. Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei mais favorável em matéria criminal, in *O Direito*, 1989, p. 696 e segs. e autores citados.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vii, Coimbra, 2007, p. 266-267, 272 e 313 e já arts. 324.º e 325.º do nosso projeto de Constituição de 1975 e, Um anteprojeto de proposta de lei de regime do referendo, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1991, p. 531. Cf. RODRIGUES, Luís Barbosa. *O referendo português a nível nacional*, Coimbra, 1994, p. 221; URBANO, Maria Benedita. *O referendo*, Coimbra, 1998, p. 210 e 211; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção*, cit. p. 642 e segs.

4) Em geral, não poder ser afetada a aplicação das regras constitucionais relativas aos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou aos direitos e imunidades dos respetivos titulares (art. 19.º, n.º 7, 2.ª parte).

m) Apreciação pela Assembleia da República da aplicação da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 162.º, alínea b), com base em relatório pormenorizado e tanto quanto possível documentado a enviar pelo Governo em até quinze dias após a cessação desse estado (art. 29.º da Lei n.º 44/86 e art. 188.º do Regimento).

n) Sujeição à fiscalização de constitucionalidade e de legalidade (porque se trata de atos normativos), mas só sucessiva, tanto abstrata como concreta e tanto do decreto como de declaração do Presidente da República (art. 134.º, alínea d, 138.º, 140.º e 119.º, n.º 1, alínea d) como da resolução de autorização ou da Lei de Confirmação da Assembleia da República (art. 161.º, alínea l, e 166.º, n.ºs 3 e 5) – e efeitos *ex tunc* da eventual declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade decidida pelo tribunal constitucional (art. 282.º, n.º 1).

o) Possibilidade de exercício do direito de petição e do direito de resistência pelos cidadãos, este quanto a direitos não suspensos ou insuscetíveis de suspensão ou quanto a medidas exorbitantes da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência¹⁹.

p) Responsabilidade civil do estado (art. 22.º da Constituição e art. 2.º, n.º 3, da Lei n.º 44/86) e responsabilidade criminal dos titulares dos órgãos políticos (art. 9.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho) em caso de desrespeito das regras constitucionais e legais.

II

3. A pandemia e a declaração de estado de emergência

I – Até fevereiro, março de 2020, não tinha ocorrido nenhuma situação de tal maneira grave atingindo a comunidade portuguesa que justificasse a aplicação de qualquer das providências de exceção previstas no art. 19.º da Constituição.

Foi a pandemia dita do novo *coronavírus* – ou *covid-19*, de âmbito mundial, que iria provocá-la (talvez algo tardiamente) através da declaração de estado de emergência, fundamentado em calamidade pública e constante do decreto do Presidente da República n.º 14- a/2020, de 18 de março, autorizado pela Resolução da Assembleia da República n.º 15- a/2020, também de 18 de março.

Declarado por quinze dias o estado de emergência, seria renovado duas vezes, tudo no respeito do art. 19.º, n.º 3 da Constituição, e vigoraria até às 23 horas e 59 minutos do dia 2 de maio.

¹⁹ Cf. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção*, cit., p. 1179 e segs.; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *op. cit.*, i, p. 422.

II – Foi, assim, parcialmente suspenso o exercício dos direitos seguintes, nestes termos:

a) Direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo o confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde, como o estabelecimento de cercas sanitárias, assim como, na medida do estritamente necessário e de forma proporcional, a interdição das deslocações e da permanência na via pública que não sejam justificadas, designadamente pelo desempenho de atividades profissionais, pela obtenção de cuidados de saúde, pela assistência a terceiros, pelo abastecimento de bens e serviços e por outras razões ponderosas, cabendo ao Governo, nesta eventualidade, especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém;

b) Propriedade e iniciativa económica privada: pode ser requisitada pelas autoridades públicas competentes a prestação de quaisquer serviços e a utilização de bens móveis e imóveis, de unidades de prestação de cuidados de saúde, de estabelecimentos comerciais e industriais, de empresas e outras unidades produtivas, assim como pode ser determinada a obrigatoriedade de abertura, laboração e funcionamento de empresas, estabelecimentos e meios de produção ou o seu encerramento e impostas outras limitações ou modificações à respetiva atividade, incluindo alterações à quantidade, natureza ou preço dos bens produzidos e comercializados ou aos respetivos procedimentos e circuitos de distribuição e comercialização, bem como alterações ao respetivo regime de funcionamento;

c) Direitos dos trabalhadores: pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes que quaisquer colaboradores de entidades públicas ou privadas, independentemente do tipo de vínculo, se apresentem ao serviço e, se necessário, passem a desempenhar funções em local diverso, em entidade diversa e em condições e horários de trabalho diversos dos que correspondem ao vínculo existente, designadamente no caso de trabalhadores dos setores da saúde, proteção civil, segurança e defesa e ainda de outras atividades necessárias ao tratamento de doentes, à prevenção e combate à propagação da epidemia, à produção, distribuição e abastecimento de bens e serviços essenciais, ao funcionamento de setores vitais da economia, à operacionalidade de redes e infraestruturas críticas e à manutenção da ordem pública e do estado de direito democrático. Fica suspenso o exercício do direito à greve na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em setores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população;

d) Circulação internacional: podem ser estabelecidos pelas autoridades públicas competentes, em articulação com as autoridades europeias e em estrito respeito pelos tratados da união europeia, controlos fronteiriços de pessoas e bens, incluindo

controles sanitários em portos e aeroportos, com a finalidade de impedir a entrada em território nacional ou de condicionar essa entrada à observância das condições necessárias a evitar o risco de propagação da epidemia ou de sobrecarga dos recursos afetos ao seu combate, designadamente impondo o confinamento compulsivo de pessoas. Podem igualmente ser tomadas as medidas necessárias a assegurar a circulação internacional de bens e serviços essenciais;

e) Direito de reunião e de manifestação: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes, com base na posição da autoridade de saúde nacional, as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a limitação ou proibição de realização de reuniões ou manifestações que, pelo número de pessoas envolvidas, potenciem a transmissão do novo coronavírus;

f) Liberdade de culto, na sua dimensão coletiva: podem ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a limitação ou proibição de realização de celebrações de cariz religioso e de outros eventos de culto que impliquem aglomeração de pessoas;

g) Direito de resistência: fica impedido todo e qualquer ato de resistência ativa ou passiva às ordens emanadas pelas autoridades públicas competentes em execução do presente estado de emergência.

III – De salientar, outrossim:

1.º) Que a declaração não estabelece ou esgota, já por si, o sentido preceptivo da suspensão dos direitos; confere, sim às autoridades públicas competentes as *faculdades* necessárias para o efeito.

2.º) Que essas autoridades são as autoridades nacionais, e não também das regiões autónomas, e, muito menos, das autarquias locais, porque nem umas nem outras possuem poderes no domínio dos direitos fundamentais; estes definem-se pelas relações das pessoas com o Estado.

3.º) Conforme acentuam o art. 4.º, n.º 3 do decreto do Presidente da República e o art. 5.º da Resolução do Parlamento, em caso algum pode ser posto em causa o Princípio do Estado Unitário ou a sua continuidade territorial – o que não impede nas regiões autónomas a eventual cooperação dos Governos regionais.

4.º) Que, se se ressalvam os direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio (art. 4.º, n.º 1 e art. 15.º, n.º 1, respetivamente), por força do art. 19.º, n.º 6 da Constituição, em alguns casos admite-se a afetação do conteúdo essencial²⁰ de alguns dos direitos, como a liberdade de emigração (art. 44.º da Constituição), a liberdade de manifestação (art. 45.º) e o direito à greve (art. 57.º).

²⁰ Sobre conteúdo essencial, v. *Direitos Fundamentais*, cit., p. 37 e segs.

5.º) Que, por isso, se fala em *suspensão parcial*, tanto por apenas alguns dos direitos fundamentais serem suspensos, quanto por aqueles que o são, o serem em algumas das suas dimensões – os direitos de propriedades e de iniciativa económica, certos direitos dos trabalhadores, a liberdade de culto.

6.º) Que, não obstante, se decretar a suspensão de direitos de resistência, ele não pode deixar de ser invocável quando as ordens de execução excedam o estritamente necessário, ofendendo o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 3 da Constituição) – tal como poderia ser invocado se, porventura, fosse suspenso, na prática, um direito não compreendido na declaração do estado de emergência.

IV – De resto, em 13 de março, mediante o Decreto-Lei n.º 15- a/2020, o Governo havia já adotado medidas de defesa de saúde pública, bem compreensivas e imperiosas, embora organicamente inconstitucionais por atingirem certos direitos fundamentais sem ter havido a deliberação de estado de necessidade.

Foi o caso:

- Da suspensão das atividades letivas (art. 9.º);
- Da mobilização de trabalhadores de serviços essenciais (art. 10.º);
- Da proibição de viagens de finalistas (art. 10.º);
- Da suspensão de acesso a alguns estabelecimentos de restauração e a outros estabelecimentos (art. 12.º);
- De restrições de acesso a serviços e edifícios públicos (art. 13.º).

4. A execução do estado de emergência

I – Já na vigência do decreto do Presidente da República, o Governo emitiria vários decretos de execução.

II – Pelo Decreto n.º 2- a/2020, de 13 de março:

- Confinamento obrigatório em estabelecimentos de saúde e no domicílio de certas categorias de cidadãos e dever especial de proteção (arts. 3.º e 4.º);
- Dever geral de recolhimento domiciliário (art. 5.º);
- Teletrabalho (art. 6.º);
- Encerramento de instalações e estabelecimentos (art. 7.º);
- Suspensão de atividade de comércio a retalho (art. 8.º) e de prestação de serviços (art. 9.º), conquanto com consideração de certos casos especiais (art. 12.º);
- Encerramento de certos serviços públicos (art. 15.º);
- Proibição de realização de celebrações religiosas e de outros eventos de culto que impliquem aglomeração de pessoas (art. 17.º, n.º 1);

- Condicionamentos à realização de funerais (art. 17.º, n.º 2);
- Emissão de ordens e instruções necessárias para garantir o fornecimento de bens e o funcionamento de serviços nos centros de produção afetados pela escassez de produtos (art. 19.º alínea a);
- Requisição temporária de indústrias, fábricas, oficinas, campos ou instalações de qualquer natureza, incluindo centros de saúde, serviços e estabelecimentos de saúde particulares (art. 19.º alínea b);
- Requisição temporária de todo o tipo de bens e serviços e imposição de prestações obrigatórias a quaisquer entidades, quando tal seja adequado e indispensável para a proteção da saúde pública (art. 19.º alínea c);
- Encerramento da circulação rodoviária e ferroviária (art. 20.º, alínea a);
- Medidas restritivas nos transportes (art. 23.º);
- Requisição de bens e serviços de pessoas coletivas necessárias ao combate à pandemia (art. 27.º);
- Manutenção do contrato de trabalho em situação de crise empresarial (novo art. 25.º).

III – Seguir-se-ia o Decreto n.º 2- b/2020, de 2 de abril, que, além de retomar, com maior amplitude, disposições do diploma de 13 de março, iria impor:

- Limitações ou condicionamentos à circulação na época da Páscoa (art. 6.º);
- Disposições sobre formas de exploração de imóveis (art. 12.º), aluguel de veículos ligeiros sem condutor (art. 15.º), atendimento prioritário (art. 20.º) e livre circulação de mercadorias (art. 21.º);
- Regime excecional de atividades de apoio social (art. 23.º);
- Reforço dos meios e dos poderes da autoridade para a condições do trabalho (art. 24.º) e sobre a suspensão excecional da cessação do contrato de trabalho (art. 29.º);
- Atribuiria às forças e serviços de segurança e às polícias municipais da fiscalização do cumprimento do próprio decreto (art. 23.º).

IV – Três outros Decretos-leis viriam depois trazer alterações ou aditamentos: o Decreto-Lei n.º 14- F/2020, de 13 de abril, o Decreto-Lei n.º 18/2020, de 23 de abril, e o Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio – mas esse já na antevéspera do termo do estado de emergência.

V– Também a Assembleia da República não se coibiria de intervir.

Pela Lei n.º 4- b/2020, de 6 de abril, instituiria um regime excecional de cumprimento das medidas previstas nos Programas de Ajustamento Municipal (art.

2.º) e republicaria com alterações a Lei n.º 1- a/2020, de 19 de março, tratando dos órgãos do poder local (art. 3.º e 4.º) e do regime financeiro local (arts. 3.º- a e segs.).

Pela Lei 4- c/2020, igualmente de 6 de abril, estabeleceria:

- Um regime excecional para o pagamento das situações de mora nos arrendamentos habitacionais (arts. 3.º e segs.), com apoio financeiro em situações de carência económica do “arrendatário”;

- Um regime excecional para o pagamento de rendas não habitacionais (arts. 7 e segs.), diferindo esse pagamento para os 12 meses subsequentes ao termo do estado de emergência (art. 8.º).

Poderiam, a este propósito, ser suscitadas dúvidas de uma eventual violação do princípio da igualdade.

5. Após o estado de emergência

I – O Decreto-Lei n.º 20/2020, de 1 de maio, foi ainda publicado, como se disse, em estado de emergência, mas ele próprio estabeleceu que produziria efeitos a 3 de maio e no seu preâmbulo reconheceu que “o objeto do presente Decreto-Lei” é constituído, por um lado, pelas normas que constavam dos decretos do Governo que regulamentavam o estado de emergência – e cuja admissibilidade nesta sede se afigura possível – e, por outro lado, pelas normas que se afiguram como importantes para assegurar a reposição ainda que gradual e lenta da normalidade possível.

De salientar:

- A definição dos espaços acessíveis ao público e as regras da sua ocupação por portaria do membro do Governo responsável pela área da economia (alteração ao art. 10.º do Decreto-Lei n.º 10- a/2020);

- Regras sobre transporte, uso de máscara ou viseira e controlo da temperatura corporal (aditamento a esse Decreto-Lei);

- Regime excecional de proteção de imunodependentes e de doentes crónicos (art. 25.º- a aditado);

- Regime excecional de atividades de apoio social (art. 25.º- b);

- Manutenção de contrato de trabalho em situação de crise empresarial (art. 25.º, alínea c), e reforço dos meios e poderes da autoridade para as condições do trabalho (art. 34.º- a);

- Suspensão e prorrogação de prazos para os trabalhos de gestão de combustível (art. 35.º- c);

- Dispensa de serviço a voluntários da cruz vermelha (art. 36.º- e).

II – Não se discute a conveniência, quer por razões de defesa da saúde pública quer por exigência de funcionamento da economia, das disposições acabadas de citar. O que impressiona é que tenham sido decididas e publicadas na véspera ou

antevéspera do estado de emergência, visto que, pelo menos, as duas primeiras contendem com direitos, liberdades e garantias, assim como é manifestamente inconstitucional receber um ministro um poder de regulamentação de natureza legislativa por via de portaria.

Não teria sido mais transparente prorrogar, só nesse âmbito, o estado de emergência? Seria isto excessivo formalismo constitucional?

III – Também, por outro lado, tem sido frequente a invocação de estado de calamidade para justificar algumas medidas restritivas ou suspensivas, mesmo de direitos, confundindo-se com o regime da proteção civil.

Ora, não há estado de calamidade. A calamidade pode determinar estado de sítio, não é uma figura autónoma.

A remissão pré-processual cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto

Luciana Rocha de Araujo Benisti*

Sumário

1. Introdução. 2. Direito penal juvenil como garantia – breves considerações. 3. Da remissão pré-processual. 3.1. Fundamentos, natureza e requisitos. 3.2. Remissão qualificada – divergências. 3.3. Consequências do descumprimento da medida acordada. 4. Experiências exitosas. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo propõe abordar a discussão sobre os fundamentos e a natureza do instituto da remissão pré-processual, concedida pelo membro do Ministério Público ao adolescente autor de ato infracional, em especial, as divergências que cercam a remissão cumulada com proposta de medida socioeducativa não privativa de liberdade. Após análise dos fundamentos convencionais, constitucionais e legais da remissão, passa-se ao exame da natureza, dos requisitos e pressupostos do instituto, traçando-se um paralelo com as modalidades de acordos penais previstos na legislação processual penal. Com suporte em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema, conclui-se pela constitucionalidade da remissão e pelo seu potencial de êxito na ressocialização de adolescentes autores de atos infracionais. Ao final, são apresentadas algumas proposições, visando à qualificação da atuação do Ministério Público.

Abstract

This article proposes to discuss the fundamentals and nature of the pre-procedural remission institute, granted by the prosecutor to the young person who committed an offense, in particular, the divergences that surround cumulative remission with a proposal for a non-custodial punishment measure. After analyzing the conventional, constitutional and legal rules for the remission, the nature, requirements and assumptions of the institute are examined, drawing a parallel with the modalities of criminal agreements provided in criminal procedural legislation. Supported by bibliographic and jurisprudential research on the topic, it concludes by the constitutionality of the remission and by its potential for success in the re-socialization of young people who have committed infractions. At the end, some proposals are presented, aiming at qualifying the work of the District Attorney.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Adolescente em conflito com a lei. Ato infracional. Remissão pré-processual. Medida socioeducativa. Princípio da Excepcionalidade da Intervenção Judicial. Natureza transaccional.

1. Introdução

O presente artigo científico tem por objetivo abordar o instituto da remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa em meio aberto, proposta pelo Ministério Público, previsto nos artigos 126, 127 e 128 da Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao longo de 2020, marco temporal dos 30 anos do advento do ECA, foram debatidos não apenas os avanços, mas também os desafios de interpretação e implementação que essa legislação tão celebrada ainda enfrenta.

O ECA representou uma ruptura com a antiga concepção do Código de Menores, preconizando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e responsabilidades. No que diz respeito à responsabilização de adolescentes autores de atos infracionais, a Lei nº 8069/90 instituiu um microsistema próprio que, nessa perspectiva, deve ser compreendido como direito penal juvenil, apesar de entendimentos em sentido contrário. Não se pretende aqui aprofundar esse debate, mas apenas registrar que será a partir dessa premissa que o tema será desenvolvido.

Prevista de forma expressa no Estatuto e com amparo nas normativas internacionais que regem a matéria, a remissão concedida pelo membro do Ministério Público constitui uma forma de exclusão do processo, correspondendo, destarte, a adoção do princípio da oportunidade, tão discutido atualmente pela doutrina processualista penal brasileira. Duas são as modalidades de remissão pré-processual: i) simples, quando embora presentes os indícios de materialidade e autoria, o Promotor de Justiça entende ser desnecessária a deflagração da ação socioeducativa; ii) qualificada, quando cumulada com medidas socioeducativas, à exceção daquelas restritivas de liberdade (internação e semiliberdade).

Registra-se que há previsão da remissão concedida pela autoridade judiciária, que importará a suspensão ou a extinção do processo. Contudo, tal modalidade não será tratada no presente trabalho, motivo pelo qual sempre que houver referência ao instituto da remissão, será em alusão à remissão pré-processual, concedida pelo Promotor de Justiça.

Conforme já sinalizado, pretende-se abordar, de forma mais específica, a remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa, a chamada remissão qualificada. Não obstante estar em vigor há trinta anos, verifica-se ainda hoje alguma resistência dos atores do sistema de justiça em relação ao instituto, inclusive, no âmbito do Ministério Público, sob o argumento de violação à garantia do devido processo legal. Da mesma forma, observa-se que a jurisprudência oscila e, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a possibilidade da remissão com medida

socioeducativa, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ainda se mostra reticente e conservador quanto ao tema.

Contudo, tal resistência não encontra amparo jurídico, eis que o instituto está em consonância os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e com a Constituição da República. Sob essa ótica, a discussão merece ser revisitada por dois motivos, um teórico e outro fático. Teoricamente, os novos espaços de consenso criados na legislação processual brasileira reforçam o pioneirismo e acerto da opção trilhada pelo ECA há três décadas. Aliás, muitos afirmam que a transação penal seria a semente da justiça penal consensualizada no cenário jurídico brasileiro, com o que discordamos, pois, conforme já asseverado, foi o ECA que, de forma vanguardista, previu, cinco anos antes da Lei nº 9099/95, a possibilidade de um acordo penal, através da remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa.

No plano fático, um dos fundamentos da justiça penal negociada e dos acordos penais é justamente evitar o colapso do sistema de justiça, o que se aplica à justiça juvenil. Com efeito, o Poder Judiciário evidentemente não daria conta de julgar, com a celeridade que se impõe no tratamento com adolescentes, a integralidade das demandas que seriam ajuizadas caso não fosse possível a concessão da remissão. Tal cenário foi agravado pela pandemia da COVID-19, que fez com que a realização de audiências de instrução de adolescentes liberados ficasse inviabilizada durante um determinado período, diante da necessidade de priorizar a realização daqueles que se encontravam privados de liberdade. Ainda hoje, não é possível a realização das audiências no volume anterior em virtude da necessidade de manutenção de medidas de isolamento social. Muito mais simples de operacionalizar, o Ministério Público no Rio de Janeiro conseguiu manter, praticamente sem solução de continuidade, a oitiva informal dos adolescentes, ainda que por videoconferência.

Pretende-se, desta forma, fazer uma análise atualizada da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Superiores, bem como apresentar algumas experiências exitosas de atuação, como da comarca de Curitiba/PR, em que a implementação da remissão pré-processual com medida pelo Ministério Público trouxe impactos positivos no processo de ressocialização, inclusive, nos índices de reincidência, ao mesmo tempo em que desafogou a pauta do Poder Judiciário.

Isto posto, tendo como fundamento a teoria garantista do Estado Democrático de Direito, o presente artigo se propõe a analisar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, à luz das normativas internacionais e dos novos espaços de consenso criados na legislação processual brasileira. Procedendo-se a uma autocrítica da atuação ministerial ao longo desses 30 anos de vigência do ECA, intentamos analisar quais seriam os requisitos necessários para concessão da medida, apontando caminhos para assegurar sua aplicação de acordo com os princípios constitucionais vigentes, tornando-a mais efetiva no caso concreto.

2. Direito penal juvenil como garantia – breves considerações

Inicialmente, cumpre consignar que o Direito da Infância e Adolescência é regido pelo princípio constitucional da prioridade absoluta, previsto, de forma expressa, no artigo 227 da Constituição da República. Destaca-se que *nenhum outro dispositivo constitucional utiliza a expressão “absoluta prioridade:”*

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.

Depreende-se do texto constitucional que o adolescente, antes tratado como mero objeto, é alçado pela Constituição da República e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à condição de sujeito de direitos e, por conseguinte, sujeito processual. Com efeito, ensina SARAIVA que:

[a]o atribuir a condição de sujeitos de direitos (civis, humanos e sociais, art. 15, do Estatuto) às crianças e aos adolescentes, decorrentes do próprio texto Constitucional (artigo 227, da CF), a ordem jurídica nacional reconhece a esses sujeitos as mesmas prerrogativas arroladas no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos individuais e coletivos. Têm todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento que ostentam.¹

Nesse contexto, a construção jurídica da responsabilidade dos adolescentes no Estatuto da Criança e do Adolescente é marcada pelo princípio da legalidade, vale dizer, a aplicação da medida socioeducativa pressupõe a prática de atos típicos, ilícitos e culpáveis, segundo a legislação penal, e não simplesmente a prática de atos considerados antissociais de forma aleatória, como se passava sob a égide do Código de Menores.

A observância ao princípio da legalidade está consagrada no artigo 40, item 2, alínea “a” da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de

¹ SARAIVA, José Batista Costa. As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006, p. 183.

setembro de 1990, segundo a qual os Estados Partes devem assegurar, em especial: “que não se alegue que uma criança tenha infringido a legislação penal, nem se acuse ou declare uma criança culpada de ter infringido a legislação penal por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou internacional no momento em que tais atos ou omissões foram cometidos.”²

Da mesma forma, o item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), assim estabelece:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.³

O Estatuto da Criança e do Adolescente assevera em seu artigo 103 que: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

Por sua vez, a Lei nº 12594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, reiterando as normativas convencionais e constitucionais, consagra, mais uma vez, a imperiosa necessidade de observância ao princípio da legalidade, estabelecendo, por conseguinte, o princípio do tratamento ao menos igualitário, eis que nenhum adolescente poderá receber tratamento mais severo do que aquele que seria conferido ao adulto,⁴ em termos processuais e materiais.

Mais uma vez, vale destacar a lição de SARAIVA:⁵

Assim, em sede de atribuição de conduta descrita na lei como crime ou contravenção (art. 103), o princípio da reserva legal constitui-se em pedra angular. O Princípio da Legalidade ou da Anterioridade da Lei Penal é pressuposto para acionamento do Sistema de Justiça da Infância e Juventude (...), de modo que não pode o adolescente ser punido na hipótese em que não o seria o adulto.

² BRASIL. *Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 15/03/2021.

³ Aprovadas no oitavo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e do tratamento do delinquente, em 14/12/1990. Anexo da Resolução 45/112 da Assembleia. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 15/03/2021.

⁴ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

⁵ SARAIVA, José Batista Costa. Ob. cit., p. 183.

Estabelecida essa premissa e, sempre, com fundamento na Constituição da República e nas convenções internacionais internalizadas pelo Brasil, o Estatuto assegura aos adolescentes aos quais se atribui a prática de atos infracionais, enquanto sujeitos processuais, todas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal, como consectário lógico da doutrina da proteção integral.

Com efeito, a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança preconiza no item 2, alínea “b” do artigo 40, que todo adolescente acusado da prática de ato infracional deve gozar, no mínimo, das seguintes garantias:

- 1- ser consideradas inocentes enquanto não for comprovada sua culpa, de acordo com a legislação;
- 2- ser informadas das acusações que pesam contra elas prontamente e diretamente e, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus tutores legais, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e a apresentação de sua defesa;
- 3- ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa, de acordo com a lei, contando com assistência jurídica ou de outro tipo e na presença de seus pais ou de seus tutores legais, salvo quando essa situação for considerada contrária ao seu melhor interesse, tendo em vista especialmente sua idade ou sua situação;
- 4- não ser obrigada a testemunhar ou declarar-se culpada, e poder interrogar as testemunhas de acusação, bem como obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;
- 5- caso seja decidido que infringiu a legislação penal, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetida a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;
- 6- contar com a assistência gratuita de um intérprete caso não compreenda ou não fale o idioma utilizado;
- 7- ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.⁶

⁶ BRASIL. *Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 15/03/2021.

Já as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude,⁷ chamadas Regras de Beijing, estabelecem no item 07 que:

7. Direitos dos jovens

7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

Corroborando o arcabouço normativo internacional, o ECA, por sua vez, separa um capítulo exclusivo para tratar das garantias processuais ao adolescente autor de ato infracional, assegurando no artigo 110 a observância do devido processo legal, que se expressa, de forma exemplificativa, no artigo 111, nos seguintes termos:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Além disso, o artigo 152 do Estatuto prevê expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente, no caso do procedimento de apuração de ato infracional, o Código de Processo Penal.

Nesse cenário, conceber a intervenção socioeducativa como direito penal juvenil visa a assegurar aos adolescentes todas as garantias previstas aos imputáveis, vale dizer, o poder punitivo estatal em relação aos adolescentes encontra os mesmos limites que encontraria no direito penal tradicional. Embora especial, o direito penal juvenil está limitado pelas mesmas regras constitucionais e processuais que regem os imputáveis e mais aquelas previstas na Constituição Federal e na legislação especial inerente ao tratamento a ser conferido aos adolescentes enquanto sujeitos em especial

⁷ Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 15/03/21.

condição de desenvolvimento. Segundo SPOSATO,⁸ “tomando as lições dos mais importantes penalistas da atualidade, Claus Roxin, somos levados a refletir que o que diferencia o Direito Penal Juvenil do Direito Penal tradicional de adultos não são as normas que o constituem, mas o tipo de sujeito ao qual se destina.”

Observa-se, portanto, que a doutrina nacional e internacional entende a intervenção socioeducativa como direito penal, direito penal especial, que se orienta fundamentalmente pela prevenção especial positiva, ou seja, tem como foco principal o adolescente autor do ato infracional e destinatário da medida socioeducativa. O escopo principal é a intervenção educativa no sujeito autor do ato infracional. Qualquer entendimento em sentido contrário importa indevido retorno ao sistema tutelar do Código de Menores e resulta de uma interpretação equivocada do próprio Direito Penal, que deve sempre ser concebido como o último bastião do Estado na garantia dos direitos fundamentais. Com efeito, a proteção jurídico-penal é uma das vias mais importantes através da qual o Estado realiza seu dever de proteção aos direitos fundamentais, na medida em que garante uma resposta racional e adequada àquele que violou a norma, reafirmando seu valor, ao mesmo tempo em que resguarda os indivíduos da justiça privada, sempre irracional, e, sobretudo, de eventuais abusos perpetrados pelo Estado.

O fundamento de parte da doutrina que rejeita a ideia do direito penal juvenil seria o temor de uma desqualificação da essência pedagógica da intervenção. Segundo os seguidores dessa corrente, as medidas socioeducativas teriam caráter exclusivamente pedagógico e não punitivo, motivo pelo qual não se orientariam pelos fundamentos do direito penal e sim pelo arcabouço normativo da criança e do adolescente.

No entanto, a premissa utilizada não pode ser admitida. A sanção estatutária tem inegável natureza retributiva, na medida em que, conforme já asseverado, sua incidência é limitada pelo princípio da reserva legal, isto é, a incidência da medida socioeducativa pressupõe a prática do ato infracional. Outrossim, ainda que finalidade da medida socioeducativa seja eminentemente pedagógica, não há como se negar sua carga afliativa, tendo em vista que a resposta ao ato infracional praticado poderá ensejar a limitação de direitos do adolescente. Sobre a natureza das medidas socioeducativas, DONIZETI⁹ afirma:

As medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento integral empreendido,

⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Direitos e Garantias Fundamentais do adolescente acusado no Direito brasileiro. A Luta pela Proteção Integral*: edição comemorativa dos 30 anos do ECA. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional: medida socioeducativa é pena?* 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 117.

a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social.

Isso não representa a retirada do aspecto sancionatório-punitivo das medidas. Ao contrário, as medidas socioeducativas têm, nitidamente, natureza punitiva, mas são executadas por meio de um conjunto de ações que combinam educação e convivência social na família e na comunidade.

Cumprir registrar que negar a natureza penal da intervenção socioeducativa pode ser extremamente perigoso, uma vez que pode ensejar a aplicação da medida “em benefício” do adolescente, sem as garantias processuais pertinentes, seguindo a lógica tutelar, o que poderá provocar distorções insuperáveis. A concepção da natureza penal visa, entre outros, a evitar os possíveis arbítrios do Estado no exercício *do ius puniedi*, vale dizer, é um meio de garantia e resguardo dos direitos individuais dos adolescentes, assim concebidos como sujeitos de direito. O alerta é feito de forma precisa por SARAIVA:¹⁰

A sanção estatutária, nominada socioeducativa, tem inegável conteúdo aflitivo (na lição legada por Basileu Garcia) e por certo esta carga retributiva (invocando) Pontes constitui-se em elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta socioeducativa. Há a regra e há o ônus de sua violação. (...)

Porém, se desejarem chamar o sistema de responsabilização especial, de responsabilização estatutária, de responsabilização infracional, ao invés de “direito penal juvenil,” desimporta, desde que se tenha presente tratar-se de um sistema de responsabilidade fundado nos princípios garantistas incorporados pelo Direito Penal, em estrito cumprimento da ordem constitucional e da normativa internacional.

O que não se pode admitir é que, minimizada a natureza retributiva da medida socioeducativa (e nesse caso penal), minimizem-se as garantias processuais e constitucionais, dando azo a um perverso discurso que permite a realização das mais bárbaras injustiças em nome do amor.

Por fim, importa notar que, assim como o direito penal comum, e ainda com mais razão, direito penal juvenil tem natureza subsidiária, fragmentária, isto é, deve ser entendido como *ultima ratio*, só devendo incidir quando todas as demais esferas de atuação do sistema de garantias de direitos já não se revelarem suficientes.

¹⁰ SARAIVA, José Batista Costa. Ob. cit., p. 180-182.

Assim concebida, a intervenção socioeducativa assegura todas as garantias do direito penal comum, mais as garantias especiais previstas na Constituição da República e no ECA, em razão do princípio da proteção integral, que tem como fundamento a peculiar condição de desenvolvimento do adolescente. Com efeito, consoante já abordado ao longo do texto, aos adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, devem ser assegurados a mesmas garantias individuais previstas no artigo 5º da Constituição da República.

3. Da remissão pré-processual

3.1. Fundamentos, natureza e requisitos

Previsto no *caput* do artigo 126 da Lei nº 8069/90, o instituto da remissão pré-processual, concedida pelo membro do Ministério Público, como forma de exclusão do processo, encontra sua origem no item 11 das Regras de Beijing que, consagrando o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial, assim estabelecem:

11. Remissão dos casos

11.1 Examinar-se-á a possibilidade, quando apropriada, de atender os jovens infratores *sem* recorrer às autoridades competentes, mencionadas na regra 14.1 adiante (autoridade judiciária), para que os julquem oficialmente.

11.2 A polícia, o Ministério Público e outros organismos que se ocupem de jovens infratores terão a faculdade de arrolar tais casos sob sua jurisdição, sem necessidade de procedimentos formais, de acordo com critérios estabelecidos com esse propósito nos respectivos sistemas jurídicos e também em harmonia com os princípios contidos nas presentes regras. (Grifou-se.)

A previsão convencional reverberada, inicialmente, nos artigos 126, 127 e 128 do Estatuto, encontra assento também no artigo 35, inciso II, da Lei nº 12594/2012 (Lei do SINASE): “Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos.”

Registra-se, outrossim, que a própria Recomendação 87/2021 do Conselho Nacional de Justiça,¹¹ ao traçar diretrizes de atuação para o Núcleo de Atendimento

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação 87/2021*. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original1337302021012660101b1a439cd.pdf>. Acesso em 15/03/2021.

Art. 3º Recomendar aos tribunais e magistrados que o Atendimento Inicial Integrado observe os seguintes princípios:

(...)

II – a excepcionalidade da intervenção judicial;

Inicial aos adolescentes autores de atos infracionais, previsto no artigo 88, inciso V do ECA,¹² prevê expressamente que deve ser observado o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial.

Busca-se, desta forma, evitar a judicialização do conflito, na medida em que a simples instauração do processo dano ao adolescente autor do ato e atingir o seu *status dignitatis*, conforme ensina Afranio Silva Jardim.¹³ No mesmo sentido, Mirabete,¹⁴ para quem: “Com tal prática procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores, como, p. ex., o estigma da sentença.”

Considerando o arcabouço normativo supramencionado, que culmina com a possibilidade de exclusão do processo pelo Promotor de Justiça, tem-se que o Estatuto incorpora, de forma inequívoca, o princípio da oportunidade, hoje tão debatido na doutrina processual penal pátria em razão da criação dos novos espaços de consenso, sobretudo, com o advento da Lei nº 13964/2019, que instituiu o acordo de não persecução penal. Nota-se que, para muitos, teria sido a transação penal o instituto precursor da justiça penal negociada no cenário jurídico brasileiro. Verifica-se, contudo, que foi o ECA, cinco anos antes, que efetivamente inaugurou os acordos penais no Brasil, conforme apontado por SARAIVA:¹⁵

O instituto da remissão trouxe agilidade ao sistema de apuração de ato infracional, constituindo-se em inovação importante, cuja esteira veio a ser trilhada, de certa forma, em relação a determinados delitos praticados por imputáveis, pela Lei nº 9099/95, que consagrou o direito a transação no sistema penal adulto brasileiro.

Observa-se que, diferente da transação penal e do acordo de não persecução penal, a remissão como forma de exclusão do processo pressupõe apenas a existência de indícios de autoria e materialidade. Com efeito, o Estatuto não prevê o preenchimento de requisitos objetivos ou subjetivos para concessão do benefício, que, portanto, em tese, é cabível independentemente da natureza do ato praticado, da pena em abstrato prevista, dos antecedentes do adolescente e da confissão. Da

¹² Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

(...)

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

¹³ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. In CURY, Munir (Coordenador). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 411.

¹⁵ SARAIVA, José Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 55.

mesma, não há, a princípio, impedimento para que a remissão venha a ser concedida mais de uma vez, a despeito do lapso temporal.

Em resumo, a concessão da remissão vai depender exclusivamente da avaliação acerca da suficiência da medida pelo membro do *Parquet*. Presentes as condições para o regular exercício da ação socioeducativa, o Promotor Justiça pode entender *desnecessário* o oferecimento da representação, pois a análise das circunstâncias e consequências do fato, bem como da personalidade do adolescente, seu contexto social e familiar, poderão levar à convicção de que a família, a escola e outras instituições de controle social já reagiram de forma eficiente, tudo levando a crer que o adolescente retomar o comportamento socialmente adequado e não irá reincidir na prática infracional.

Destarte, não obstante a inexistência de previsão legal de ação socioeducativa privada, subsidiária da pública ou condicionada à representação, o Estatuto incorpora o princípio da discricionariedade, de forma ampla, ao passo que, no processo penal, fala-se em oportunidade regrada, eis que, via de regra, existem parâmetros legais que vinculam a atividade do Ministério Público. Deve-se aqui abrir um parêntese para abordar, ainda que brevemente, as críticas lançadas contra o princípio da oportunidade e como a doutrina vem enfrentando a questão.

Um dos maiores opositores ao princípio da oportunidade na doutrina nacional, Afrânio Silva Jardim considera que “o princípio da obrigatoriedade tem feição democrática, na medida em que submete a atuação dos órgãos públicos ao direito constituído,”¹⁶ o que representaria uma das características mais marcantes do Estado de Direito. Assim concebido, princípio da obrigatoriedade configuraria não apenas uma autolimitação ao poder punitivo do Estado, mas também encerraria uma obrigação positiva deste no sentido de reafirmar o valor da norma negado com a prática da infração, da qual o Ministério Público não poderia dispor.

Por outro lado, prossegue o renomado processualista afirmando que não se justificaria que, como regra geral, pudesse o Ministério Público “afastar a aplicação do Direito Penal, legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseados em critérios de oportunidade ou conveniência, nem sempre muito claros ou definidos.”¹⁷ Sob essa ótica, afirma que o princípio da oportunidade “expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou, pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo.”¹⁸

Verifica-se, contudo, que todas as hipóteses do direito brasileiro, seja no ECA, seja a legislação processual penal, em que se adota o princípio da oportunidade estão previamente normatizadas, existindo, sempre, expressa previsão de controle judicial, visando justamente a evitar as deletérias situações apontadas pelo mestre. Em última análise, caberá ao juiz, quando da homologação aferir a legalidade do acordo.

¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 147.

¹⁷ Ob. cit. p. 116.

¹⁸ Ob. cit. p. 149.

No caso do ECA, observa-se que concedida da remissão, mediante termo fundamentado (artigo 205¹⁹), os autos devem ser encaminhados à autoridade judiciária para homologação, nos termos do artigo 181, *caput*. Caso a autoridade judiciária discorde da providência adotada, os autos serão encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, que “*oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.*” (artigo 181, parágrafo 1º do ECA)

Como ensina SUXBERGUER,²⁰ “discricionariedade persecutória não se confunde com arbítrio- esta última categoria sim, lastreia decisão carente de balizas.”

Com efeito, a previsão de decisão homologatória evita eventuais desvios ou abusos, assegurando a transparência e legalidade do procedimento. Tratando do recém instituído acordo de não persecução penal, BRANDALISE e ANDRADE lecionam:²¹ “A necessidade de controle da atuação do Ministério Público é uma forma de garantia de sua autonomia (basta ver que os acordos celebrados em transação penal e suspensão condicional do processo exigem o controle judicial prévio e posterior ao cumprimento, conforme artigos 76 e 89 da Lei nº 9099/95).”

Por outro lado, registra-se que o próprio Afrânio admite a adoção do princípio da oportunidade, ainda que de forma excepcional. Em suas palavras, não se pode fechar os olhos para os aspectos práticos que são utilizados para o princípio da oportunidade, “*diante da grave realidade da administração da justiça na maioria das grandes cidades do mundo.*”²² A solução indicada pelo professor seria através do direito penal, a partir da adoção pelo legislador do princípio da insignificância.

No entanto, poder-se-ia argumentar que esse caminho retira do operador a análise da suficiência da medida diante das circunstâncias do caso concreto. Entre um extremo e outro, isto é, entre a obrigatoriedade estrita e a descriminalização de algumas condutas, é que vem se desenvolvendo, mesmo no sistema continental europeu, uma solução intermediária, que busca justamente a simplificação e rapidez na resposta à infração praticada, o que pode ser alcançado através de instrumentos extra ou intraprocessuais, com o potencial de aproximar a vítima da resolução do conflito e proporcionar que ao autor do fato uma participação efetiva na reparação do dano. Sobre o tema, a aprofundada lição de BRANDALISE:²³

¹⁹ Art. 205. As manifestações processuais do representante do Ministério Público deverão ser fundamentadas.

²⁰ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Discricionariedade persecutória: um debate antecipado por Sergio Demoro Hamilton. *Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 614.

²¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Organizadores). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2ª ed. rev. atual. De acordo com a resolução 183/2018, do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 272.

²² Ob. cit, p. 124.

²³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 168.

Com essa nova concepção, confere-se ao acusado a possibilidade de participação ativa na formulação de seu próprio destino, ao mesmo tempo em que também simplifica o sistema de justiça penal. Essa simplificação também agiliza a pretensão da vítima, muito mais interessada em resolver os danos por si sofridos do que necessariamente, na quantidade de pena a ser imposta ao acusado, o que acaba por reaproximá-la da solução do conflito do qual participa. (...)

Assim, potencializam-se os efeitos da prevenção geral, já que antecipam a resposta jurídica para o caso concreto; consequentemente retiram obstáculos do Poder Judiciário para apreciação de causas de maior complexidade e relevância; e criam resultados próximos da descriminalização sem que haja retirada da obrigatoriedade de penalização das condutas.

É possível dizer que possibilitam um equilíbrio entre aquilo que é ditado pelo legislador, a pena imposta e o fato praticado em si. (...). Assim, a negociação (por decorrer de uma vontade expressada em conjunto), com a adequação da realidade penal, cria uma maior capacidade de aceitação da norma e de suas consequências, o que potencializa a política criminal, (...).

O interesse público refletido na ação penal e na tutela penal em geral é ratificado com a confirmação do acordo pelo acusado, da mesma forma como vem confirmada a prevenção geral e especial. Os métodos de consenso estão presentes para atenuar comportamentos que possam levar a novas práticas delitivas, já que expressa aceitação à norma que fora anteriormente violada.

Salienta-se, outrossim, que o Poder Judiciário já não comporta mais a resolução dos conflitos com a celeridade necessária para garantir a eficácia da decisão. Nesse ponto, aliás, reside um dos principais fundamentos da justiça negociada, na medida em que o princípio da duração razoável do processo encontra assento constitucional,²⁴ como corolário do devido processo legal, da garantia de acesso à justiça e da irrenunciável observância da dignidade da pessoa humana. Mais uma vez, o registro é feito por BRANDALISE:²⁵

²⁴ Art. 5º, inc. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32.

Em suma, o processo que se alonga no tempo traz prejuízos a todos os interessados em seu resultado. Ao arguido, porque a demora do processo afeta seus interesses na decisão que lhe aflige, bem como estará vinculado ao fato sem poder esquecê-lo, com incerteza sobre seu futuro e condicionamento de sua liberdade; à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime e que seja creível.

Ora, se a todos interessa um processo célere, observa-se que na seara juvenil, a atualidade e a intervenção precoce, desdobramentos do princípio constitucional da prioridade absoluta, são considerados essenciais para garantir a efetividade da intervenção socioeducativa. Com efeito, a intensidade das mudanças vivenciadas na adolescência pode tornar inócua e vazia de sentido uma medida socioeducativa que venha a ser aplicada longo período após a prática do ato. Nesse sentido, leciona SARAIVA:²⁶

O princípio da Prioridade Absoluta, de natureza constitucional, como não poderia deixar de ser contamina e norteia todo o Estatuto. Na Justiça da Infância e Juventude o tempo, a resposta rápida às necessidades socioeducativas, constitui-se em fator fundamentalmente associado às possibilidades de recuperação de um adolescente em conflito com a lei. Parafraseando Gabriela Mistral, o “amanhã do adolescente é hoje.”

Por outro lado, observa-se que, muitas vezes, as soluções consensuadas têm demonstrado maior efetividade de execução e pacificação do conflito, sobretudo, na perspectiva de reparação do dano, que, igualmente, constituiu um dos princípios basilares da intervenção socioeducativa, conforme será visto de forma mais detalhada adiante. Nesse sentido, vale trazer à colação a lição de Rogério Sanches:²⁷

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma

²⁶ SARAIVA, José Batista Costa. As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006, p. 198.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. 2ª ed. rev. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, página 138.

aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança em seu cumprimento integral.

Isto posto, desde haja autorização normativa e submetida a um sistema de controle, a justiça penal consensual, inaugurada pelo ECA e consolidada ao longo dos anos com os demais institutos penais, revela-se um caminho sem volta, ainda que a obrigatoriedade continue sendo o princípio norteador do processo penal pátrio. Aliás, tal situação foi antecipada por Sergio Demoro Hamilton já em 1974, quando dissertando sobre o que nominou “*princípio da obrigatoriedade mitigada*,” alertou sobre os riscos de uma obrigatoriedade rígida e automática:²⁸ “O princípio da legalidade, se adotado com a rigidez que a lei pretendeu, redundaria, muita vez, em prejuízo para causa da justiça, frustrando os fins sociais a que a lei se destina bem como desatendendo às exigências do bem comum.”

Feita essa breve digressão acerca do princípio que norteia o instituto, deve-se analisar, doravante, sua natureza jurídica. Observa-se que o ECA previu duas modalidades de remissão pré-processual concedida pelo membro do Ministério Público como forma de exclusão do processo. A primeira é a remissão simples, denominada remissão própria, que encerraria o processo sem qualquer medida ajustada com o adolescente, sem prejuízo da eventual aplicação das medidas de proteção que se fizerem necessárias (artigo 101 do ECA). Existe, ainda, a remissão qualificada, ou seja, acompanhada de medida socioeducativa não privativa de liberdade (artigo 127 do ECA).

Classicamente, a remissão simples é concebida como perdão.²⁹ Muito embora a remissão simples possa ter essa conotação, parece-nos mais acertada a posição de SARAIVA, segundo o qual a remissão, qualquer que seja sua modalidade, importa remeter a um procedimento diverso:³⁰

O conceito de “remissão” constante da tradução para o português foi extraído da versão oficial em espanhol daquele documento, que define o instituto como “*remisión*.” Como se sabe os documentos oficiais da ONU são editados em inglês, espanhol, francês, russo e chinês. No documento em inglês, o instituto chama-se *diversion*, que pode ser traduzido para o português como “encaminhamento diferente do original.” Cumpre observar que a palavra inglesa

²⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto de Código de Processo Penal. *Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020, p. 184.

²⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. In CURY, Munir (Coordenador). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 412.

³⁰ SARAIVA, José Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 56.

remision, ato de *remitting* (que significa perdoar, ou deixar de infligir uma pena) não foi utilizada na versão em inglês.

A versão em espanhol poderia ter utilizado o termo *derivación*, mais próximo do inglês *diversion*, mas optou por *remisión*, dando a essa expressão um sentido mais amplo do que o simples perdão, pois, em verdade, sem prejuízo de aplicação de medida, busca apenas a supressão do processo judicial.

Interessante notar que BRADALISE e ANDRADE,³¹ ao tratarem da natureza do recém instituído acordo de não persecução penal, também fazem alusão ao instituto da “diversão,” apontada pelo professor Saraiva ao tratar da remissão do ECA:

(...) existe outra definição dos consensos, conhecida como diversão. Esta é a noção de política criminal usada para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e que consistem na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa (...).

É possível classificá-la em diversão simples, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, mesmo que estejam presentes os indícios de autoria e elementos de materialidade do crime; em diversão encoberta, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, que impossibilita o oferecimento da acusação, como, p. ex., a indenização da vítima em conciliação; e em diversão com intervenção, quando há a determinação de condições ao investigado/acusado conforme previsão legal (cujo exemplo mais próximo são os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo no Brasil).

Diante da lição acima colacionada, a despeito do silêncio dos autores, é inequívoco que a remissão simples constitui modalidade de “diversão simples,” ao passo que a remissão qualificada, ou seja, aquela acompanhada de medidas socioeducativas em meio aberto se enquadra na definição de “diversão com intervenção.”

Em relação aos requisitos para propositura do benefício, como já apontado nos parágrafos anteriores, o ECA não estabelece parâmetros objetivos ou subjetivos. Em

³¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Organizadores). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2ª ed. rev. atual. De acordo com a resolução 183/2018, do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 262/263.

outras palavras, não existe previsão legal de nenhuma causa impeditiva do benefício. A análise da suficiência da proposta ficará a cargo do membro do Ministério Público diante das circunstâncias do caso concreto. Nesse ponto, a remissão, em qualquer de suas modalidades, é muito mais ampla que as demais modalidades de acordos penais. Presentes os indícios de autoria e materialidade, “o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.” (artigo 129 do ECA)

Diante da ampla discricionariedade conferida ao membro do *Parquet*, verifica-se que a remissão, seja na sua forma simples, seja qualificada, é o instituto do direito brasileiro que mais se aproxima do princípio da oportunidade. Isto porque, não prevendo a lei qualquer requisito objetivo a ser preenchido para concessão da remissão, o Promotor de Justiça pode fazê-lo sempre que entender por sua suficiência, configurando verdadeira alternativa à deflagração da ação socioeducativa.

Ademais, a remissão simples importa, literalmente, um não agir por parte do Ministério Público, eis que nenhuma condição será imposta, ainda que presentes os indícios de autoria e materialidade. De fato, inexistente nada semelhante no processo penal, onde se verifica sempre um dever de agir pelo Promotor de Justiça, ainda que de forma diversa, propondo uma transação penal ou um acordo de não persecução penal. Sobre o tema, ANDRADE e BRANDALISE³² asseveram que:

Na atualidade, porém, o Brasil passou a conviver com formas de alcançar a resolução antes mesmo da propositura da ação penal ou, uma vez proposta, de obter sua suspensão e seu encerramento antecipado. Mas, ainda assim, há vinculação à obrigatoriedade. Isto porque, cumpridos os requisitos objetivos, tanto a transação penal como a suspensão condicional do processo devem ser oferecidas. A alternativa é a ação penal.

A despeito da inexistência de expressa previsão legal nesse sentido, entende-se que a concessão da remissão pré-processual, em qualquer de suas modalidades, pressupõe a prévia oitiva do adolescente, que, sempre que possível, deverá estar assistido por seu responsável e, necessariamente, acompanhado de defesa técnica. De fato, entre as garantias processuais elencadas no artigo 111 do Estatuto,³³ estão: o direito a ser

³² BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Organizadores). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2ª ed. rev. atual. De acordo com a resolução 183/2018, do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 238.

³³ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

(...)

III - defesa técnica por advogado;

(...)

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente.

ouvido pela autoridade competente, no caso da oitiva informal, o Promotor de Justiça; bem como o direito à defesa técnica.

De acordo com a regra insculpida no artigo 175 da Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o adolescente apreendido em flagrante pela prática de ato infracional e não liberado aos responsáveis pela autoridade policial deverá ser imediatamente apresentado ao Ministério Público. Não sendo possível sua imediata apresentação ao membro do *Parquet*, tal encaminhamento deverá ocorrer no prazo máximo de 24h (artigo 175, parágrafo 1º). Da mesma forma, os adolescentes apreendidos em flagrante que porventura vierem a ser liberados pela autoridade policial deverão ser instruídos a comparecer ao Ministério Público, conforme determina o artigo 174 do Estatuto.

O artigo 179 da Lei nº 8069/90, por sua vez, estabelece que:

Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Nessa perspectiva, se a concessão da remissão constitui prerrogativa do membro do Ministério Público, a oitiva informal do adolescente autor de ato infracional, prevista no artigo 179 da Lei nº 8069, deve ser concebida como direito do adolescente em se entrevistar previamente com a autoridade competente, vale dizer, com o Promotor de Justiça (artigo 111, inciso V do ECA). Para além da análise da legalidade da apreensão e de eventuais arbítrios que possam ter sido cometidos na fase policial, é exatamente por ocasião da oitiva informal que o membro do *Parquet*, mediante contato pessoal com o adolescente e seus responsáveis, poderá melhor esclarecer as circunstâncias da prática do ato infracional, bem como perquirir a situação familiar e social do adolescente, colhendo assim os subsídios necessários para decidir acerca da providência a ser adotada na sequência – artigo 180 do ECA: arquivamento do procedimento, concessão de remissão (cumulada ou não com proposta de medida socioeducativa) ou oferecimento de representação, avaliando ainda, nesta última hipótese, se há necessidade de eventual requerimento de internação provisória do adolescente.

Da mesma forma, em atenção ao princípio da intervenção precoce, é a partir das informações obtidas durante a oitiva informal que o Promotor de Justiça poderá constatar se o adolescente em conflito com a lei encontra-se em situação de risco e avaliará o cabimento da aplicação de possíveis medidas protetivas. Nesse caso, poderá acionar o Conselho Tutelar e providenciar encaminhamentos pertinentes à rede de proteção, como, por exemplo: matrícula escolar, tratamento de saúde ou acompanhamento do adolescente e de sua família pelos equipamentos da assistência social.

Nesse cenário, observa-se que não há como o Promotor de Justiça aferir a suficiência da remissão a ser proposta sem o contato pessoal com o adolescente apontado como autor do ato infracional. Ainda que de forma absolutamente excepcional, há quem admita a dispensa da oitiva para concessão da remissão simples, quando, por exemplo, no procedimento policial já constam todos os elementos que permitam o Promotor de Justiça concluir que a prática do ato infracional constituiu um fato isolado na vida do adolescente e que a medida é suficiente, o que, na prática, se revela pouco provável de acontecer.

Outrossim, existe o entendimento no sentido de que, na hipótese de remissão simples, seria despiendo o consentimento do adolescente.³⁴ Entretanto, nesse ponto, parece-nos mais acertada a posição de SARAIVA, para quem “o adolescente poderá não concordar com remissão, pois embora esta não implique reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, nem prevaleça para efeitos de antecedentes, poderá não convir ao jovem, que tem o direito de desejar provar sua inocência em procedimento formal.”³⁵

Se para remissão própria existe algum espaço de divergência em relação à prescindibilidade da oitiva informal, tem-se que a realização do ato extrajudicial afigura-se essencial no que diz respeito à remissão qualificada, eis que esta pressupõe, necessariamente, a anuência do adolescente com a medida socioeducativa proposta, o que será mais detalhadamente abordado adiante.

Por outro lado, ainda que não haja previsão expressa no ECA, depreende-se de uma interpretação sistêmica das normativas que regem a matéria, que o adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional deve estar acompanhado por seu defensor no ato da oitiva informal, sobretudo, quando se pretende acordar a aplicação de medida socioeducativa.

Consoante já explicitado ao longo do texto, ao adolescente, enquanto sujeito de direitos, devem ser assegurados todos os direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição da República. Ademais, tanto a Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, como as Regras de Beijing, supratranscritas, asseguram, de forma expressa, o direito a assistência jurídica em todas as etapas do processo (itens 40 e 7, respectivamente). Da mesma forma, o artigo 111, inciso III do ECA. Destarte, mais uma vez, parece-nos acertada a lição de SARAIVA:³⁶

Embora a exigência de defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no Estatuto, decorre

³⁴ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Procedimento para apuração de ato infracional*. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1661.html>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

³⁵ SARAIVA, José Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 61-62.

³⁶ SARAIVA, José Batista Costa. *As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006, p. 201.

de uma interpretação sistêmica das garantias constitucionais asseguradas a todos os cidadãos, máxime quando se “negocia” a liberdade. Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa processual, porém, decisiva, em que pode vir a ser concertado o cumprimento de uma medida socioeducativa, um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente.

Entende-se, portanto, que é dever do Estado garantir a defesa técnica do adolescente, enquanto primado da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, vertentes do devido processo legal. Isto porque o ECA assegura não apenas a defesa técnica, mas o direito à assistência jurídica gratuita,³⁷ que poderá ser feita através da Defensoria Pública ou, onde não houver, por meio de advogados dativos, com custeio dos honorários pelo Estado.

Cumpra registrar que, antes de dar início ao ato pré-processual de oitiva informal, é recomendável que o Promotor de Justiça explique ao adolescente, de forma sucinta e informal, os fatos descritos no registro de ocorrência, a função do Promotor de Justiça naquele momento e as possíveis providências que irão suceder a oitiva. O adolescente deve ser informado sobre o direito constitucional de permanecer em silêncio. Nesse sentido, vale aqui trazer à colação a sempre precisa lição de DIGIÁCOMO:³⁸

Em qualquer caso, por força, inclusive, do disposto nos artigos 100, par. único, inciso XI c/c 113, do ECA, é importante orientar o adolescente acerca das implicações da remissão (cumulada ou não com medida socioeducativa), e demonstrar concretamente que ela é vantajosa para o mesmo (daí porque a medida ajustada no “acordo de remissão” deve ser menos gravosa que aquela que ele possivelmente receberia se fosse processado, julgado e considerado responsável pela conduta infracional a ele atribuída).

Vale consignar que caso o adolescente venha a ser liberado pela autoridade policial e não seja possível sua apresentação imediata ao membro do Ministério Público, o mesmo deverá ser notificado pelo *Parquet* para comparecer ao ato de oitiva informal. Nessa hipótese, importante registrar na notificação que o adolescente tem o direito de estar acompanhado de seus pais e responsáveis, bem como de seu patrono. Da mesma forma, deve constar da notificação o ato pelo qual o adolescente

³⁷ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

(...)

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

³⁸ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Consulta Sinase – remissão cumulada com medida socioeducativa – possibilidade jurídica*. <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1774>. Acesso em 28/02/2021.

é investigado, com a informação dos dados do registro de ocorrência ou do auto de investigação por ato infracional (AI/Al), a fim de assegurar a observância da garantia prevista no artigo 111, inciso I do ECA.³⁹ Tal providência revela-se importante para que o adolescente e sua Defesa possam verificar o conteúdo das provas produzidas e a conveniência ou não da celebração de eventual acordo de remissão. O sistema negocial deve ser pautado pela transparência e boa-fé entre as partes.

Por derradeiro, uma questão sobre a qual se deve refletir é se a recusa do órgão ministerial em oferecer a remissão pode ser revista pelo Procurador-Geral de Justiça diante de solicitação do adolescente investigado. Com efeito, consagrando a possibilidade de revisão da recusa, o Supremo Tribunal Federal já havia sumulado a entendimento em relação ao não oferecimento da transação penal e da suspensão condicional do processo,⁴⁰ estabelecendo que o Juiz poderia determinar a remessa ao Procurador-Geral de Justiça. A Lei nº 13.964/2019, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, foi além e previu a possibilidade de solicitação de revisão pelo próprio investigado, *ex vi* parágrafo 14 do artigo 28 do CPP.

Mais uma vez, observa-se um vácuo em relação à remissão. Ainda que inexista previsão do preenchimento de requisitos objetivos para concessão da remissão, poder-se-ia cogitar a reavaliação pela instância superior do *Parquet* acerca da suficiência da medida negada. Interessante notar que o ECA prevê, em seu artigo 181, parágrafo 2º, a possibilidade de revisão da decisão do Ministério Público que concede a remissão ou promove o arquivamento, mas é silente em relação à hipótese de recusa à remissão. É bem verdade, que existe sempre a possibilidade da remissão judicial, vale dizer, aquela concedida pela autoridade judiciária como forma de suspensão ou extinção do processo. Mas fica aqui a questão posta para a reflexão.

3.2. Remissão qualificada – divergências

O artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê de forma expressa a possibilidade de que seja incluída na proposta de remissão medida socioeducativa não privativa de liberdade, vale dizer, com exceção da internação ou da semiliberdade, é possível se acordar em sede de remissão quaisquer das outras medidas previstas no artigo 112 do ECA, a saber: advertência, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade.

Consonante já explicitado, o instituto encontra assento no conjunto de normativas internacionais, subscritas pelo Estado Brasileiro, que tratam dos direitos das crianças e adolescentes (Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança,

³⁹ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 696*. Data da publicação 13-10-2003. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>. Acesso em 14 de março de 2021.

Regras de Beijing, Diretrizes de Riad), as quais, entre outros, consagram o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial, determinando o favorecimento dos meios de autocomposição de conflitos. Na esteira das diretrizes convencionais, determina a Lei do SINASE, em seu artigo 35, incisos II, a “*excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos.*”

Como é assente, a doutrina clássica consolidou o entendimento, de forma praticamente pacífica, no sentido de que a remissão pré-processual com inclusão de medida socioeducativa implica transação, negócio jurídico bilateral entre o membro do Ministério Público e o adolescente apontado como autor de ato infracional, submetido ao controle do Poder Judiciário. Na lição de BRANDALISE e AMARAL,⁴¹ acima explicitada, caracteriza-se como “diversão qualificada,” eis que importa uma resolução do conflito de maneira “diversa” da solução considerada ordinária, ou seja, sem a deflagração da ação socioeducativa, mas como a presença de condições a serem cumpridas pelo adolescente investigado. Surge, justamente, para evitar o processo com a pactuação de medidas a serem cumpridas, sem implicar, necessariamente, o reconhecimento da prática do ato.

Contudo, desde o advento do ECA, a aplicação da remissão qualificada foi objeto de divergências na prática. Com efeito, diante da má compreensão do instituto por alguns operadores do sistema de justiça, formaram-se na jurisprudência pátria duas correntes, uma que entende pela impossibilidade da medida, sob o argumento de sua inconstitucionalidade, e a outra que, de forma acertada, enxerga sua natureza transacional, confirmando sua consonância com as regras constitucionais e convencionais vigentes.

Os adeptos da corrente que sustenta a inconstitucionalidade da medida argumentam, em síntese, a violação do devido processo legal, em especial dos princípios do juiz natural, ampla defesa e contraditório, eis que o Ministério Público não estaria autorizado a “aplicar” medida socioeducativa, ato que estaria sujeito à reserva de jurisdição. Nessa perspectiva, invoca-se a norma do art. 148, I, do ECA,⁴² que confere competência à autoridade judiciária para imposição de medidas. Argumenta-se, na mesma linha, que inexistente previsão legal para que o Ministério Público venha a “aplicar” medida socioeducativa.

Durante os primeiros anos de vigência do Estatuto, a tese pareceu prevalecer, notadamente após a edição da súmula nº 108 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 22 de junho de 1994:⁴³ “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.”

⁴¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (Organizadores). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed. rev. atual. De acordo com a resolução 183/2018, do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

⁴² Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:
I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

⁴³ https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula108.pdf

A leitura dos precedentes que ensejaram a elaboração do citado verbete de súmula, a despeito de seu inegável valor histórico, evidencia que, naquele momento, o direito brasileiro não havia se apropriado dos conceitos da justiça consensual e ainda estava muito apegado ao modelo clássico de resolução de conflitos. Destarte, restou consagrado, no contexto da época, o entendimento segundo o qual a possibilidade de cumulação de medidas socioeducativas estaria reservada à remissão judicial. Quando muito, chegou-se ao entendimento de que o Ministério Público poderia conceder a remissão, mas deveria requerer à autoridade judicial a aplicação da medida socioeducativa que entendesse cabível.

Verifica-se que a natureza transacional do instituto sequer era objeto de debate. A discussão se resumia à impossibilidade do membro do Ministério Público de “impor” ao adolescente uma medida socioeducativa. Visto sob esse ponto de vista, o entendimento pode transparecer acertado. Com efeito, nenhuma medida socioeducativa pode ser imposta senão por sentença judicial, após a realização da devida instrução, realizada sob o crivo do contraditório e ampla defesa. Nota-se que tal entendimento, vale dizer, a impossibilidade de “imposição” sem a instrução contraditória, caso estivesse correto, deveria se impor não penas à remissão pré-processual, mas também à remissão judicial, conforme alerta DIGIÁCOMO.⁴⁴ Ignorando a natureza consensual instituto, o entendimento, então consagrado, partia da equivocada premissa de que a medida socioeducativa seria “imposta” pelo membro do Ministério Público. Com o advento da Lei nº 9099/95, a discussão ganhou outra dimensão e a doutrina pátria começou a se debruçar com mais afinco sobre as potencialidades da justiça penal negociada, superando aos poucos paradigmas antes consolidados. De fato, a transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9099/95 também enfrentou resistências, sendo certo que, entre os diversos argumentos lançados contra o instituto, o principal era justamente a violação do devido processo legal, tal qual se via em relação à remissão prevista no ECA.

A celeuma foi precisamente abordada por PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCA e GOMES, no clássico *Juizados Especiais Criminais Comentários à Lei 9099*, de 26 de setembro de 1995.⁴⁵

Observe-se, em primeiro lugar, que a própria Constituição possibilita expressamente a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo (artigo 98, inc. I, CF), deixando o legislador federal livre para impor-lhe parâmetros. Parâmetros esses que devem ser razoáveis, dentro do princípio da reserva legal proporcional. (...)

⁴⁴ “A remissão seja pré-processual, seja posterior à representação, SEMPRE possui um ‘caráter transacional’, não se admitindo a ‘imposição de medidas’ quer pelo Ministério Público, quer pelo Juiz”. DIGIÁCOMO, Murilo José. *Consulta Sinase – remissão cumulada com medida socioeducativa – possibilidade jurídica*. <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1774>. Acesso em 28/02/2021.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9099*, de 26.09.1995. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 31.

Pode-se afirmar, portanto, que a mesma Constituição, que estabeleceu o princípio da necessidade do processo para privação da liberdade, admitiu a exceção, configurada pela transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo; tudo no mesmo texto, promulgado em decorrência do poder constituinte originário.

Nessa perspectiva, considerando que aos adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, devem ser asseguradas as mesmas garantias previstas aos imputáveis, desde que compatíveis com sua peculiar condição de desenvolvimento, e, tendo em vista ainda os princípios da mínima intervenção judicial e do tratamento ao menos igualitário, consagrados nas normativas internacionais e incorporados na Lei do SINASE, tem-se que a tese da inconstitucionalidade da remissão não se sustenta.

Com efeito, a rejeição da remissão qualificada geraria um paradoxo insuperável, pois o Promotor de Justiça ficaria entre dois extremos: ou a remissão simples, que resulta na exclusão pura e simples do processo e de qualquer possibilidade de intervenção socioeducativa, que pode se revelar necessária no caso concreto; ou, caso o Promotor de Justiça entenda que a remissão, nesses termos, não seria suficiente, seria “obrigado” a deflagrar a ação socioeducativa que se avaliou ser desnecessária no caso concreto, violando, frontalmente, o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial. O oferecimento da representação, nessa hipótese, constituiria desnecessária submissão do adolescente ao processo de apuração do ato infracional, com todas as consequências que tal circunstância importa ao seu *status dignitatis*, conforme já salientado no capítulo anterior. Criticando o entendimento então sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, assevera ISHIDA:⁴⁶

A consolidação da jurisprudência em sentido oposto, como efeito imediato, reduz a possibilidade de disposição da ação socioeducativa, importando na obrigatoriedade de processos perfeitamente dispensáveis. Se o Ministério Público representar em todos os casos vão se acumular, ainda mais, processos nas diferentes Varas da Infância e da Juventude, o que, ressalta à evidência, está em desacordo com a moderna tendência de desjurisdicionalizar as pequenas lides.

Ainda nessa perspectiva, afastar a possibilidade da remissão qualificada implicaria, de forma inegável, conferir aos adolescentes tratamento mais gravoso do que o previsto para os adultos, dado que para os imputáveis existem hoje diversos institutos que visam a evitar o processo, desde a transação penal, passando pelos acordos de colaboração premiada e, mais recentemente, o acordo de não persecução

⁴⁶ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 199.

penal. Ressalta-se, outrossim, que de todas as modalidades de acordos penais previstas na legislação brasileira, a remissão cumulada com medida revela-se a mais benéfica, eis que dispensa o preenchimento de qualquer requisito formal, sendo, portanto, a mais ampla forma de potencial exclusão do processo, o que está em consonância com a doutrina da proteção integral.

Por outro lado, o entendimento então sumulado poderia ensejar indesejável demora na intervenção socioeducativa, sem a possibilidade de oferecer ao adolescente o acordo, que lhe seria de todo favorável para garantir a rápida intervenção visando à sua ressocialização com a vantagem de não gerar antecedentes infracionais. Com efeito, conforme acima abordado, um dos fundamentados da justiça penal negociada é justamente evitar o colapso do sistema de justiça, conferindo maior celeridade na resolução dos conflitos mais simples, o que também se aplica à justiça juvenil, onde vigoram os princípios da imediatividade, atualidade e intervenção precoce. Nesse contexto, a providência garante a observância de tais princípios, que devem nortear todo procedimento de apuração de atos infracionais, com o *“mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo-se também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo.”*⁴⁷

Cumprе ressaltar que nas medidas passíveis de serem consensuadas, ainda que de inegável cunho retributivo-sancionatório, eis que pressupõe a prática do ato infracional, há predominância do conteúdo pedagógico educativo, que irá ocorrer preservando o adolescente inserido em sua família e comunidade. Outrossim, por força de expressa previsão no ECA, a medida acordada, além de não prevalecer para efeito de antecedentes infracionais, não implica o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, aproximando-se, nesse ponto, mais da transação penal do que do acordo de não persecução penal. Contudo, ainda que efetivamente não haja previsão da confissão como requisito para celebração do acordo, vale aqui trazer à colação a ressalva de DIGIÁCOMO:⁴⁸

É bem verdade que a lei não exige o reconhecimento formal da prática do ato infracional pelo adolescente para que a remissão seja concedida (sendo também certo que a remissão não importa em prejulgamento do caso), mas nossa orientação em tais casos (quando o adolescente não admite a prática do ato), tem sido no sentido da NÃO CONCESSÃO da remissão cumulada com medidas socioeducativas (o mesmo ocorrendo, é claro, quando ele não concorda com o cumprimento da medida proposta), até mesmo

⁴⁷ CURY, Munir (Coordenador). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 431.

⁴⁸ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Consulta Sinase – remissão cumulada com medida socioeducativa – possibilidade jurídica*. <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1774>. Acesso em 28/02/2021.

para evitar a consolidação de uma injustiça-responsabilizando um inocente e deixando impune o “verdadeiro” autor do ilícito.

Em 2002, Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 229382/SP, reconheceu, por maioria, a constitucionalidade do instituto da remissão pré-processual qualificada e assim vem se posicionando desde então. Verifica-se, contudo, que, mesmo nas decisões mais recentes, é a ótica menorista, tutelar e não a natureza transacional do instituto que permeia o debate.⁴⁹ Com efeito, os principais fundamentos das decisões exaradas pela Corte Constitucional no sentido de reconhecer a constitucionalidade da remissão qualificada residem na natureza pedagógica das medidas em meio aberto, no fato de não prevalecer para fins de antecedentes infracionais e no argumento de que prescindiria de comprovação da materialidade e da autoria do ato infracional.

É inequívoco que a medida socioeducativa proposta em sede de remissão pré-processual possui conteúdo eminentemente educativo e não gera antecedentes infracionais. No entanto, o argumento de que prescindiria de comprovação de materialidade e autoria não nos parece acertado. De fato, o ECA é claro no sentido de que a remissão não implica necessariamente o reconhecimento e, muito menos, a comprovação da responsabilidade (artigo 127). Com isso, pretendeu-se dizer que o adolescente não precisa confessar para que o benefício venha a ser concedido, sendo certo, por conseguinte, que eventual aceitação da proposta não importa o reconhecimento da culpabilidade. No entanto, é assente na doutrina que a concessão da remissão pré-processual, seja na sua forma simples, seja cumulada com medida, pressupõe a existência de indícios de autoria e materialidade, pois, do contrário, seria hipótese de arquivamento por ausência de justa causa. Por tal motivo, é, igualmente, inequívoco que a medida socioeducativa consensuada possui sim natureza retributiva.

Aliás, nesse ponto, verifica-se ser inconstitucional o artigo 114 do ECA, segundo o qual: *“a imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada*

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 229382*. Tribunal Pleno. EMENTA: Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida socioeducativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/06/2002. Publicação: 31/10/2002.

a hipótese de remissão, nos termos do art. 127." Ora, conforme já tratado de forma exaustiva ao longo do texto, o cumprimento de qualquer medida socioeducativa, ainda que acordada em sede de remissão, pressupõe a existência de indícios de autoria e materialidade da prática do ato infracional, previamente tipificado pela lei penal. Não sendo essa a hipótese, deve o Promotor de Justiça promover o arquivamento do procedimento por ausência de justa causa. Mais uma vez acertada a lição de SARAIVA, para quem é "inconstitucional o exposto no artigo 144, ao permitir a imposição de advertência sem prova da autoria ou da materialidade (do que seria advertido?)."⁵⁰

Nessa perspectiva, nota-se que, apenas nos últimos anos, a jurisprudência pátria vem enfrentando o debate tendo como pressuposto o consenso, o que talvez seja a explicação para a resistência que se verifica, ainda nos dias de hoje, por parte de alguns operadores do sistema de justiça. Com efeito, as decisões mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vêm reconhecendo a natureza transacional do instituto e excluindo a medida eventualmente cumulada nas hipóteses em que o adolescente não anuiu e/ou não estava acompanhado por seu advogado. Tais situações revelam ser necessária uma revisão da própria atuação do Ministério Público:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE DESACATO. REMISSÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO, CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO O RECEBIMENTO DO RECURSO NO DUPLO EFEITO, E, NO MÉRITO, A IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO, SOB A TESE DE INCONVENCIONALIDADE DO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. 1. A alteração promovida pela Lei nº 12.010/2009, excluindo a obrigatoriedade do recebimento dos recursos contra as sentenças que julgam procedentes representações socioeducativas apenas no efeito devolutivo, não representa, de outro lado, obrigatoriedade do recebimento do apelo no duplo efeito. *In casu*, não há qualquer notícia nos autos de início do cumprimento da MSE pela jovem, tampouco no sistema informatizado deste E. Tribunal. Manutenção do recebimento do recurso apenas no efeito devolutivo, diante da análise das circunstâncias do caso concreto, à luz dos objetivos das medidas socioeducativas. 2. Pleito defensivo pela improcedência da representação formulado na fase pré-processual. Inviabilidade de acolhimento, em razão da remissão concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do

⁵⁰ SARAIVA, José Batista Costa. As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006, p. 202.

processo. 3. No entanto, impõe-se o afastamento, de ofício, da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, notadamente ante a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a adolescente não foi ouvida pelo Ministério Público acompanhada de sua Defesa Técnica. 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura diversas garantias ao adolescente, entre as quais a igualdade na relação processual, a defesa técnica por advogado e a oitiva pela autoridade competente (art. 111, II, III e V, Lei nº 8.069/90), todas desrespeitadas pela decisão que homologou a remissão proposta pelo Ministério Público. 5. Assim, a imposição de medida socioeducativa como condição para a remissão somente pode ser aplicada em caso de oferecimento e recebimento de representação, ou seja, após a instauração da relação processual, assegurando-se ao adolescente as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO.⁵¹

No que diz respeito aos pressupostos para consecução do acordo, conforme já asseverado no capítulo anterior, a despeito da inexistência de previsão legal, considera-se de extrema relevância a oitiva informal do adolescente para formação do juízo de convicção do Promotor de Justiça a respeito da concessão da remissão. No caso da remissão qualificada, deve-se ir além. De fato, nessa hipótese, diante da natureza transacional do instituto, a oitiva do adolescente afigura-se indispensável, pois este deverá anuir com a medida socioeducativa que se pretende propor, sendo certo, ainda, que deverá estar devidamente assistido por seus responsáveis e por sua defesa. Tal entendimento, encontra assento no Item 11.3 das Regras de Beijing:

Toda remissão que signifique encaminhar o jovem a instituições da comunidade ou de outro tipo dependerá do consentimento dele, de seus pais ou tutores; entretanto, a decisão relativa à remissão do caso será submetida ao exame de uma autoridade competente, se assim for solicitado.

Da mesma forma, com o escopo de garantir a reparação do dano, é importante que se atente para possibilidade notificação da vítima para oitiva informal, o que encontra previsão expressa no artigo 179 do Estatuto.⁵² Nesse sentido, para além de conferir poderes instrutórios ao *Parquet* por ocasião da oitiva informal, observa-se que

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0001009-59.2017.8.19.0078*. QUINTA CÂMARA CRIMINAL. Des(a). PAULO BALDEZ - Julgamento: 12/07/2018. Publicação: 03/12/2018. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.050.00061>. Acesso em 15/03/2021.

⁵² Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório

a possibilidade de oitiva da vítima para concessão da remissão qualificada privilegia um modelo de responsabilização consensuado e reparador, visando à solução do conflito em detrimento de um modelo meramente retributivo. De fato, o instituto viabiliza a possibilidade da reparação do dano causado, reforçando o protagonismo dos envolvidos na resolução do conflito e, sobretudo, a autorresponsabilidade do adolescente em relação ao ato praticado, medida essa que deve ser buscada com prioridade, conforme preconizado nas normativas internacionais⁵³ e na Lei do SINASE.⁵⁴

Por fim, cumpre aqui deixar consignado que não se deve utilizar a remissão qualificada de forma indiscriminada, vale dizer, a remissão cumulada com proposta da medida socioeducativa deve ter caráter excepcional, tendo em vista que o artigo 35 da lei do SINASE, institui como princípio, não apenas a excepcionalidade da intervenção judicial, mas também da aplicação de medidas. Nesse sentido, deve sempre o Promotor de Justiça avaliar, por ocasião da oitiva informal, se a prática do ato infracional constituiu situação excepcional na vida do adolescente e se outras instituições de controle, como família, escola, já agiram de forma adequada e suficiente para prevenção da reiteração infracional.

3.3. Consequências do descumprimento da medida acordada

A autoridade judiciária poderá homologar ou não o acordo de vontades. Conforme já asseverado, na hipótese de o Juiz discordar da remissão pactuada, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Ratificada a remissão pela chefia institucional do *Parquet*, o Juiz estará obrigado a homologá-la nos termos em que foi consensuada, segundo comando expresso na parte final do parágrafo 2º do artigo 181 do ECA.⁵⁵ Importante ressaltar aqui a observação sempre precisa de DIGIÁCOMO:⁵⁶ “A autoridade judiciária, portanto, nesse momento não pode homologar a remissão

judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas. (Grifou-se.)

⁵³ Regras de Beijing - item 1.4 Para facilitar a tramitação jurisdicional dos casos de jovens, procurar-se-á proporcionar à comunidade programas tais como orientação e supervisão temporária, *restituição e compensação das vítimas*. (Grifou-se.)

⁵⁴ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, *favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos*;

III - *prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas*; (Grifou-se.)

⁵⁵ Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

(...)

§ 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, *que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar*.

⁵⁶ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Procedimento para apuração de ato infracional*. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1661.html>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

sem a inclusão da medida eventualmente ajustada entre o MP e o adolescente/responsável, sendo-lhe vedado modificá-la de ofício.”

Nota-se, portanto, que nesse momento não pode o Juiz, de ofício, excluir ou substituir a medida socioeducativa acordada. Com efeito, não faria sentido Ministério Público e adolescente, devidamente assistido por seus responsáveis e por sua defesa, pactuarem o cumprimento de determinada medida socioeducativa e a autoridade judiciária excluí-la ou modificá-la de ofício. Da mesma forma, *mutatis mutandi*, o Magistrado não pode acrescentar uma medida socioeducativa à remissão pura concedida pelo membro do *Parquet*. Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

HABEAS-CORPUS – MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A COMUNIDADE APLICADA EM PEDIDO DE REMISSÃO SEM A PROVOCAÇÃO MINISTERIAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM QUE SE CONCEDE NA FORMA DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA. Se conforme se demonstrou nos presentes autos de *habeas corpus*, o pedido de remissão do Ministério Público se fez sem nenhuma restrição, não poderia o MM. Dr. Juiz *a quo*, de ofício, aplicá-la, e, assim mesmo, de forma desfundamentada. Ordem, pois, que se concede, acolhendo-se como razões de decidir o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça.⁵⁷

Posteriormente, uma vez provocado pelo adolescente, seu representante legal ou pelo próprio Ministério Público, poderá a autoridade judiciária rever medida acordada, nos termos do artigo 128 do ECA,⁵⁸ assim como pode ser reavaliada a qualquer tempo, mediante solicitação das partes, a medida socioeducativa aplicada por sentença, conforme disposto no artigo 43 da Lei do SINASE.⁵⁹ A providência tem como fundamento a necessidade do acompanhamento constante sobre a adequação da medida socioeducativa às possibilidades e necessidades do adolescente.

A ressalva é importante, dado que tanto na doutrina, como na prática jurídica, observa-se que há quem sustente, ainda que de forma minoritária, a possibilidade de revisão da medida socioeducativa acordada em sede de remissão no momento da homologação judicial, o que se revela um equívoco pelos motivos acima expostos.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 2001.059.01894* – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Muna Ribeiro – data do julgamento 21.08.2001. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200105901894>. Acesso em 12/03/2021.

⁵⁸ Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

⁵⁹ Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

Outra questão que vem sendo objeto de divergência diz respeito à providência a ser adotada na hipótese de o adolescente vir a descumprir, sem justificativa, a medida socioeducativa pactuada em sede de remissão concedida pelo membro do Ministério Público. Nesse ponto, pelo menos três entendimentos acabaram se formando.

Inicialmente, construiu-se o entendimento de que o descumprimento injustificado da medida socioeducativa pactuada em sede de remissão poderia ensejar a aplicação da internação-sanção, prevista no artigo 122, inciso III do ECA.⁶⁰ Nesse sentido, argumenta-se, em síntese, que a internação-sanção não teria a natureza de medida socioeducativa, mas teria um caráter assecuratório, cujo objetivo seria conferir coercibilidade à medida socioeducativa anteriormente acordada. Destarte, não subsistiria na hipótese a vedação expressa no artigo 127 do ECA, segundo o qual as medidas socioeducativas semiliberdade e internação não podem ser transacionadas em sede de remissão. Alega-se, ademais, inexistir qualquer previsão legal que vede a aplicação da internação-sanção em razão do descumprimento de medida acordada em sede de remissão.

Contudo, acertadamente, a doutrina majoritária refutou a possibilidade da aplicação da internação-sanção na hipótese de descumprimento injustificado da medida acordada em sede de remissão. O entendimento que restou consagrado se alicerça basicamente sobre quatro fundamentos: i) a remissão qualificada não importa o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, motivo pelo qual o eventual descumprimento da medida acordada não pode ensejar a privação da liberdade; ii) a liberdade é direito irrenunciável e, portanto, não pode ser transacionada; iii) a literalidade do artigo 122, inciso III do ECA impede aplicação da internação-sanção a adolescentes beneficiados com a remissão porquanto só há previsão de sua incidência quando houve “*descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta*,”⁶¹ sendo certo que, no caso da remissão qualificada, a medida socioeducativa não foi imposta, mas pactuada entre as partes; iv) a aplicação da internação-sanção significa conferir ao adolescente tratamento mais gravoso do que aquele previsto aos imputáveis, tendo em vista que o descumprimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal não enseja a privação de liberdade.

Mas qual seria, então, a solução para conferir caráter cogente à medida acordada e impedir que o instituto não vire letra morta?

Partindo da premissa de que a internação em razão do descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta somente tem lugar se a medida socioeducativa descumprida tiver sido imposta por sentença de mérito, construiu-se o entendimento segundo o qual, nessa hipótese, deve o membro do

⁶⁰ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
(...)

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

⁶¹ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Breves considerações sobre o art. 122, inciso III da Lei nº 8.069/90*. Disponível em https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/breves_consideracoes_art_122.pdf. Acesso em 12/03/2021.

Ministério Público oferecer a representação. A solução encontra similaridade com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, através da edição da súmula vinculante nº 35,⁶² em relação ao descumprimento da transação penal:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

A tese, chancelada de forma acertada pela doutrina majoritária, acabou prevalecendo também nos tribunais. Nesse sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REMISSÃO SUSPENSIVA DO PROCESSO, COM LIBERDADE ASSISTIDA. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. APLICAÇÃO DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO OU COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. PROSEGUIMENTO DO FEITO. PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA.⁶³

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO OU COMPROVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. PROSEGUIMENTO DO FEITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A remissão não implica o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, o que obsta a aplicação da internação-sanção e impede a caracterização de antecedentes, equiparando-se ao instituto da transação previsto no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

2. A condição imposta ao paciente para a concessão da remissão não possui natureza jurídica de medida socioeducativa, prevista no

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em 06/03/2021

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS* Nº 506.424/AM (2019/0117300-5). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Publicado em 29/08/2019. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=100223960&tipo_documento=documento&num_registro=201901173005&data=20190829&formato=PDF. Acesso em 07/03/2021.

art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apta a ensejar a internação-sanção, em razão do descumprimento das condições vinculadas à remissão.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para confirmar os efeitos da liminar anteriormente deferida e determinar a colocação do adolescente em liberdade assistida.⁶⁴

Alguns doutrinadores sustentam que, uma vez homologada a remissão qualificada como forma de exclusão do processo e descumprida a medida socioeducativa acordada, também não seria mais possível o oferecimento da representação. Nesse sentido, SARAIVA⁶⁵ propõe, como solução para que se possa atribuir coercibilidade à medida composta, a homologação da remissão apenas após o cumprimento da medida. Tal proposição foi, igualmente, aventada em relação ao descumprimento da transação penal. Parece-nos, todavia, que a discussão se encontra, atualmente, superada em razão do entendimento sumulado pela Corte Constitucional.

Por fim, cumpre registrar que tal entendimento também deve prevalecer para as remissões judiciais suspensivas. Vale dizer, também nesses casos, eventual descumprimento da medida socioeducativa pactuada deve ensejar a retomada do processo e o julgamento do mérito, tal como ocorre na suspensão condicional do processo, haja vista que nesse caso, assim como na remissão pré-processual, a medida não foi imposta por sentença.

4. Experiências exitosas

Não obstante todo fundamento teórico exposto e o entendimento consagrado nos Tribunais de todo país, observa-se que ainda subsiste alguma resistência de parte dos operadores do sistema de justiça em relação à remissão concedida pelo membro do Ministério Público cumulada com proposta de medida socioeducativa em meio aberto.

Ainda assim, observa-se que Promotores de Justiça de todo país vêm transacionando medidas socioeducativas não privativas de liberdade em sede de remissão com sucesso. Duas experiências exitosas merecem ser aqui relatadas.

No município de Curitiba, a Promotora de Justiça Danielle Cristine Cavali Tuoto, titular da 3.^a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude – Adolescentes em Conflito com a Lei, fez o levantamento dos casos que foram objeto de remissão qualificada e aqueles em que foi deflagrada a ação socioeducativa nos anos de 2016, 2017 e 2018.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 348143/SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti Crux. Publicado em 29/08/2019. Publicado em 18/11/2016. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 07/03/2021.

⁶⁵ SARAIVA, José Batista Costa. *As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006, p. 203.

Apurou-se que, no período, na comarca de Curitiba, foram concedidas um total de 4528 (quatro mil quinhentos e vinte e oito) remissões, ao passo que apenas 1669 (mil seiscentos e sessenta e nove) representações foram ajuizadas.⁶⁶

Os números, por si só, já revelam que não apenas o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial foi observado, mas, também, que foi assegurada a intervenção precoce. Ao mesmo tempo, resguardou-se à análise do Poder Judiciário os casos mais complexos, que demandam maior aprofundamento, com estudos técnicos interdisciplinares e dilação probatória. Garante-se, desta forma, uma atuação eficiente também do Poder Judiciário, que não fica assoberbado com questões que podem ser resolvidas extrajudicialmente.

Mas não é apenas isso. Por óbvio, de nada adiantaria pactuar de forma célere medidas em meio aberto em sede de remissão se não houvesse um sistema municipal de atendimento socioeducativo, responsável pela execução dessas medidas, fortalecido e estruturado. Com efeito, para que o acordo seja eficaz e possa ensejar não apenas a responsabilização do adolescente, mas, sobretudo, a ressignificação da trajetória infracional, é essencial que a medida socioeducativa acordada seja executada com seriedade. Nesse contexto, o trabalho realizado também perpassou pela ampliação, qualificação e estruturação da rede municipal de atendimento socioeducativo, sendo certo que, atualmente, em Curitiba, *“dez são as equipes regionais que realizam o atendimento dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, sendo que o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo – SIMASE tem a participação efetiva de todas as secretarias municipais e as equipes técnicas de cada regional são compostas por servidores da Fundação de Ação Social, Secretaria Municipal de Saúde e Secretaria Municipal de Educação, sendo os servidores destas duas últimas Secretarias cedidos exclusivamente para as equipes socioeducativas.”*⁶⁷

Os resultados não poderiam ser melhores. De acordo com artigo publicado por TUOTO,⁶⁸ “quando da implementação do Programa Municipal de Atendimento Socioeducativo, o SIMASE, em 2015, tínhamos uma reiteração infracional de 27%, reiteração esta que passou a 13% no último ano com a atuação das equipes multidisciplinares.”

Verifica-se, portanto, que a atuação célere assegurada através da remissão qualificada, com a pactuação de medidas em meio aberto executadas de forma eficiente, vem ensejando a diminuição da reiteração infracional na comarca de Curitiba.

Conforme já exposto nos parágrafos anteriores, tanto as normativas internacionais, como a legislação vigente (artigo 35 da Lei nº 12594/2012⁶⁹) estabelecem

⁶⁶ Dados fornecidos pela 3.ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude – Adolescentes em Conflito com a Lei.

⁶⁷ TUOTO, Danielle Cristine Cavali. Perfil do adolescente em conflito com a lei em Curitiba: análise à luz dos 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. In *30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. MARANHÃO, Clayton; CAMBI, Eduardo (Orgs.). 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 235.

⁶⁸ TUOTO, Danielle Cristine Cavali. Ob. cit. p. 235.

⁶⁹ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

que devem ser priorizados os métodos autocompositivos para resolução dos conflitos, implementando-se medidas que sejam restaurativas e que possam contemplar as necessidades das vítimas. Com efeito, as práticas restaurativas representam um instrumento típico de desconstrução de conflitos, pautado no diálogo entre as partes, a fim de se encontrar uma alternativa eficaz e ponderada ao caso concreto.

Nessa perspectiva, aqui no município do Rio de Janeiro, observa-se que, desde a estruturação do Grupo de Mediação e Gestão de Conflito, hoje, Centro de Mediação, Métodos Autocompositivos e Sistema Restaurativo – CEMEAR, instituído pela Resolução do Procurador-Geral de Justiça nº 2.106, de 23 de março de 2017,⁷⁰ as Promotorias de Justiça da Infância e Juventude com atribuição infracional estabeleceram, de forma pioneira no Estado, um fluxo de encaminhamento de casos após a oitiva informal do adolescente e, eventualmente, das vítimas e testemunhas, visando à composição do conflito através de métodos não adversariais, entre as quais encontram-se as práticas restaurativas. De acordo com o artigo 13 da supramencionada resolução:

[p]ráticas restaurativas serão empregadas nas situações para as quais seja recomendável a busca pela reparação dos efeitos da infração ou conduta lesiva, ou a redução de seus impactos negativos, por intermédio da harmonização das necessidades dos envolvidos, especialmente do autor e da vítima, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

De acordo com o fluxo instituído, o procedimento fica suspenso e o caso é encaminhado ao CEMEAR, para que a equipe de facilitadores possa efetuar contato com os envolvidos visando à resolução da lide, através de instrumentos não adversariais, o que pode, inclusive, culminar com a realização de um acordo restaurativo. Importante registrar que é assegurado o sigilo das informações tratadas, sendo vedado que os facilitadores prestem depoimentos sobre os casos, ressalvadas as hipóteses legais.⁷¹

Nesse diapasão, alcançado o acordo, que poderá versar sobre a reparação do dano, o procedimento retorna ao Promotor de Justiça, que, diante do pactuado,

⁷⁰ https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418924/resolucao_2106.pdf

⁷¹ https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418924/resolucao_2106.pdf

Art. 13 - As práticas restaurativas serão empregadas nas situações para as quais seja recomendável a busca pela reparação dos efeitos da infração ou conduta lesiva, ou a redução de seus impactos negativos, por intermédio da harmonização das necessidades dos envolvidos, especialmente do autor e da vítima, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

§ 1º - As práticas restaurativas contarão com a participação da vítima, do ofensor e, sempre que possível, de seus parentes, podendo ser incluídas a comunidade afetada e outras pessoas ou setores, públicos ou privados.

§ 2º - As práticas restaurativas serão conduzidas pelo facilitador com vistas à formulação de um plano restaurativo para reparação ou minoração do dano, reintegração do infrator e harmonização social.

§ 3º - As práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que cometeram o ato danoso ou conduta lesiva, ou contribuíram, direta

poderá oferecer a remissão, no caso, uma remissão qualificada, eis que cumulada com a reparação do dano consensual pelos envolvidos.

Não se pretende aqui discorrer de forma aprofundada sobre os métodos autocompositivos, tema que demandaria um estudo próprio, mas apenas deixar consignado que a prática instituída nas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude com atribuição infracional da capital não apenas evita a judicialização de diversas lides, mas, sobretudo, privilegia a autorresponsabilização do adolescente, através da elaboração de um plano restaurativo para reparação ou minoração do dano, ao mesmo tempo que garante sua convivência familiar e reinserção social. Nesse sentido, vale trazer aqui algumas ponderações apresentadas pela Promotora de Justiça Gabriela dos Santos Lusquinhos, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude Infracional da Capital, em trabalho apresentado ao Conselho Nacional de Justiça:

Temos vivido em uma sociedade que cultua a violência como forma de extirpar a violência, sem êxito na obtenção do resultado que todos almejamos: viver numa sociedade em que reine a paz.

(...)

ou indiretamente, para sua ocorrência, o empoderamento dos terceiros atingidos, a reparação dos danos ou sua redução, quando for o caso, e o fortalecimento das relações sociais atingidas.

§ 4º - A aplicação das práticas restaurativas pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo ser considerados seus efeitos, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

§ 5º - Sem prejuízo das disposições gerais contidas nesta Resolução, as práticas restaurativas deverão observar princípios, valores e diretrizes específicos das áreas temáticas referidas no art. 7º, § 1º.

Art. 14 - São condições fundamentais à prática restaurativa, além de outras:

I - o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo até a homologação do procedimento restaurativo;

II - que o reconhecimento, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, da veracidade dos fatos não possa ser usado como causa para deflagração de ação penal condenatória ou aditamento da denúncia que possa agravar a pena;

III - que os participantes sejam estimulados à reflexão sobre a assunção das responsabilidades necessárias a um consenso eficaz com perspectiva de futuro.

Art. 15 - Os procedimentos restaurativos consistem em sessões coordenadas, objetivando a integração das necessidades dos participantes de modo a permitir que o consenso obtido possa efetivamente promover a prevenção à reincidência, encaminhando os acordantes para as redes de sustentação e suporte.

§ 1º - Nos procedimentos restaurativos, o facilitador deverá ressaltar:

I - a voluntariedade da participação;

II - o sigilo e a confidencialidade da sessão;

III - as consequências advindas do conflito;

IV - o entendimento das causas do conflito;

V - o valor social da norma violada pelo conflito.

§ 2º - Findo o procedimento restaurativo:

I - o facilitador lavrará breve termo contendo a qualificação dos participantes e o plano de ação com os acordos alcançados, garantindo-se o sigilo e a confidencialidade das informações, ressalvados os fatos excluídos do sigilo por expressa deliberação das partes ou imposição legal;

II - não obtida a composição, o facilitador lavrará termo atestando o insucesso da autocomposição, vedada a utilização desta circunstância para deflagração de medidas repressivas ou agravamento da situação do ofensor;

III - haja ou não consenso, o Promotor Natural será ouvido sobre os efeitos jurídicos do caso, nos termos da legislação vigente.

Da mesma forma, sofre a sociedade e as vítimas, cada vez mais amedrontadas, não têm satisfeitas suas demandas, não sendo cuidadas e alijadas do processo judicial, sendo certo que a sua participação se reduz apenas a comprovar a autoria e a materialidade, sem serem reparadas.

(...)

Através dessa atuação, sem negar a importância de uma firme reprovação dos comportamentos danosos, busca-se entender o adolescente em conflito com a lei como um ser em desenvolvimento, retirando-se a “etiqueta” da justiça tradicional e permitindo um olhar integral e sistêmico, com esforços para humanizar as relações existentes dentro das unidades de cumprimento de medida socioeducativa, através de abordagens que evitem a alimentação da violência tão arraigada, sem se descuidar dos demais atores do sistema, em especial da vítima, sob a ótica de cuidar de quem cuida.

5. Conclusão

Iniciou-se o presente estudo situando o lugar em que deve estar inserida a intervenção socioeducativa, demonstrando-se que a abordagem deve ser feita sob a perspectiva do direito penal juvenil, com afastamento a doutrina tutelar do antigo Código de Menores. Sob essa ótica e com fundamento na doutrina da proteção integral, consagrada pela Constituição da República e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser assegurados aos adolescentes em conflito com a lei, enquanto sujeitos de direitos, todas as garantias constitucionais previstas aos imputáveis, desde que compatíveis, e mais aquelas previstas na legislação especial inerentes à sua peculiar situação de desenvolvimento.

Estabelecida essa premissa e com amparo nas normativas internacionais que regem a matéria, bem como no texto constitucional e na legislação infraconstitucional em vigor, passou-se à análise do instituto da remissão pré-processual, vale dizer, aquela concedida pelo membro do Ministério Público como forma de exclusão do processo, que pode ser simples ou cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, nos termos dos artigos 126 e 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mais uma vez, com fundamento no arcabouço normativo internacional, que não apenas foi subscrito pelo Estado Brasileiro, mas replicado na legislação interna, observou-se que o instituto tem por escopo evitar a judicialização do conflito, priorizando os métodos autocompositivos, tudo com base no princípio da excepcionalidade da intervenção judicial.

Classicamente concebida como perdão, demonstrou-se que, na verdade, a remissão, orientada pelo princípio da oportunidade, foi o instituto que inaugurou os acordos penais na legislação brasileira, possuindo, portanto, inegável *natureza*

transacional, em ambas as modalidades, ou seja, na sua forma simples e qualificada. Para tanto, foi traçado um paralelo com os institutos do direito penal comum, em especial, com a transação penal.

Nota-se a existência de tendência também no exterior, mesmo em países que seguem o princípio da obrigatoriedade pura, a conceder maior autonomia e independência aos Promotores de Justiça em relação ao ajuizamento da própria ação penal, por razões de política criminal e visando a evitar uma ação penal antissocial e que não atenda aos interesses de defesa social. Nesse sentido, registra Vladimir Aras:⁷²

O Ministério Público é um promotor da política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução penal em juízo, ou se, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela justiça restaurativa ou pelos acordos penais.

Nesse contexto, restou afastado o argumento de que a remissão pré-processual concedida pelo membro do Ministério Público, cumulada com proposta de medida socioeducativa não privativa de liberdade, implicaria violação ao devido processo legal, dado que a medida socioeducativa não é imposta, mas *acordada* com o adolescente, que deve fazê-lo devidamente assistido por seus responsáveis legais (sempre que possível) e por sua defesa técnica. De fato, uma vez consagrada no direito brasileiro a justiça penal negociada, a tese não pode mais subsistir. Cumpre, mais uma vez, ressaltar que os acordos penais visam a prestigiar a vítima, viabilizando a reparação do dano, a restituição do produto do crime e, no caso da remissão, realçam o protagonismo do adolescente na responsabilização pelo ato praticado, fazendo-o refletir sobre suas consequências, o que poderá ensejar uma maior eficácia no processo de ressocialização e ressignificação da trajetória infracional.

Neste diapasão, diante da natureza consensual da remissão qualificada, verificou-se que inexistente qualquer óbice constitucional ou legal para sua aplicação. Muito pelo contrário, o instituto encontra assento nas convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, que consagram o princípio da excepcionalidade da intervenção judicial e determinam a priorização da resolução consensual dos conflitos, o que foi acolhido pela Constituição da República e pela legislação interna, em especial, pelo ECA e pelo SINASE.

⁷² ARAS, Vladimir. *Acordo de não persecução penal*: resolução 181/2017 do CNMP. Organizadores: CUNHA, Rogério Sanches da; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 236, *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*: Comentários à Lei nº 13964/19 - Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 232.

De fato, o instituto viabiliza que o adolescente que se envolve em ato infracional possa ser responsabilizado de forma célere, adequada, menos prejudicial, sempre observando o devido processo legal, o que se conforma plenamente com o princípio da prioridade absoluta, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal, que tem como consectários os princípios da atualidade e intervenção precoce.

Por outro lado, não se pode admitir que o Ministério Público venha a ser obrigado a deflagrar uma ação socioeducativa que entendeu ser desnecessária, violando o próprio *status dignitatis* do adolescente. O alerta é feito por DIGIÁCOMO:⁷³

A concessão da remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa é uma prerrogativa institucional do Ministério Público da qual, com o devido respeito, não podemos abrir mão. O que o juiz não pode, de modo algum, é “obrigar” o Ministério Público a oferecer representação quando esta não se faz necessária. Caso discorde da remissão concedida, a única alternativa que cabe ao Juiz (agindo “de ofício,” é claro, pois uma vez “provocado” pelo adolescente/responsável/defensor poderá rever a medida “a qualquer tempo” – cf. art. 128 do ECA), é o envio dos autos ao PGJ, mediante despacho fundamentado (artigo 181, parágrafo 2º do ECA).

Registra-se, outrossim, que o posicionamento contrário à remissão qualificada traz o risco de tornar inviável o trabalho nas já assoberbadas Varas da Infância e Juventude, sendo certo que o Poder Judiciário não teria como absorver, de forma eficiente e célere, a demanda se todos os casos que poderiam ser resolvidos via remissão qualificada fossem judicializados.

Nesse contexto, duas consequências seriam inevitáveis: ou as soluções dos casos e a aplicação das medidas ficariam postergadas por um longo período, aguardando a instrução processual ou, pelo menos, a designação de audiência de apresentação, o que em algumas varas pode levar mais de seis meses, ensejando inegável violação aos princípios da atualidade e da intervenção precoce e podendo fazer com que a própria medida socioeducativa se esvazie de sentido; ou novas varas de infância e juventude e, por conseguinte, novos órgãos de execução do Ministério Público e Defensoria Pública teriam que ser criados para dar conta da demanda. Vale dizer, novos gastos seriam inevitáveis, num país onde a situação fiscal está calamitosa.

Isto posto, verifica-se que a tese que rejeita a possibilidade da remissão qualificada pelo membro do Ministério Público, além de violar, de forma expressa, as normativas internacionais que orientam o direito penal juvenil, notadamente no que diz respeito ao princípio da excepcionalidade da intervenção judicial, poderá

⁷³ DIGIÁCOMO, Murilo José. *Consulta Sinase – remissão cumulada com medida socioeducativa – possibilidade jurídica*. <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1774>. Acesso em 28/02/2021.

trazer consequências deletérias para própria ressocialização do adolescente que praticou o ato infracional, violando a própria doutrina da proteção integral e o princípio constitucional da prioridade absoluta.

Não obstante a resistência de alguns operadores do sistema de justiça, demonstrou-se que a maioria dos Tribunais de Justiça do país e os Tribunais Superiores reconhecem a constitucionalidade do instituto, ainda que não se verifique um enfrentamento da matéria sob a ótica da justiça penal negociada, sustentada no presente artigo.

No que tange à análise dos requisitos, observou-se que, a despeito da previsão expressa na parte final do artigo 114 do ECA, cuja constitucionalidade se questiona, a concessão da remissão pressupõe a existência de indícios de autoria e materialidade, eis que, não sendo essa a hipótese, deve o Ministério Público promover o arquivamento do procedimento de investigação por ausência de justa causa.

Não se verifica, contudo, a existência de qualquer outro impeditivo legal para concessão do benefício, o que caracteriza a remissão como a mais elástica modalidade de acordo penal. Sob essa ótica, independentemente da natureza do ato, dos antecedentes, de eventual confissão, a remissão pode ser concedida desde que o Promotor de Justiça entenda pela suficiência da medida, diante da análise das circunstâncias e consequências do fato, bem como do contexto social, da personalidade do adolescente e de sua maior ou menor participação no ato infracional.

Por outro lado, a despeito da inexistência de expressa previsão legal, é necessário que se faça uma análise de alguns pressupostos para concessão da remissão, a partir de uma interpretação sistêmica das garantias constitucionais asseguradas a todos os adolescentes, assim considerados como sujeitos de direitos. Nesse ponto, importante também que se faça uma autocrítica à atuação do próprio Ministério Público ao longo dos últimos 30 anos, no sentido de que se possa rever e aprimorar algumas práticas, tudo com escopo de garantir os direitos fundamentais do adolescente em conflito com a lei, bem como assegurar efetividade ao instituto.

De fato, embora o ECA não imponha de forma clara, uma leitura constitucional do instituto evidencia que sua aplicação pressupõe: i) a oitiva informal do adolescente, assim concebida como direito do adolescente em ser ouvido pela autoridade competente e sem a qual o Promotor de Justiça não poderia aferir a suficiência da medida; ii) a presença de defesa técnica no ato; iii) a concordância do adolescente com as medidas socioeducativas eventualmente propostas pelo Promotor de Justiça, diante de sua natureza transacional; iv) sempre que for o caso e sendo possível, a oitiva da vítima para viabilizar a reparação do dano.

Registra-se, outrossim, que, caso o adolescente tenha sido liberado pela autoridade policial, a notificação para comparecimento ao ato de oitiva informal deve informar: i) que o adolescente tem o direito de estar acompanhado de seus pais e responsáveis, bem como de seu patrono; ii) o ato infracional objeto da investigação, instruindo-a com cópia do registro de ocorrência.

É verdade que o Ministério Público se estruturou, em praticamente todas as comarcas do país, para realização da oitiva informal do adolescente autor de ato infracional. No estado do Rio de Janeiro, as oitivas são realizadas, diariamente, de forma ininterrupta, seja pelos Promotores de Justiça com atribuição infracional, seja pelos Promotores de Justiça designados para atuarem no plantão judiciário aos finais de semana e feriados. Mas é preciso ir além.

Por ocasião da oitiva, diante da peculiar situação de desenvolvimento do adolescente, é importante que o Promotor de Justiça informe o adolescente acerca de seu direito constitucional ao silêncio, que explique ao adolescente o objetivo de sua oitiva e as possíveis providências que sucederão o ato. Se for hipótese de remissão, devem ser explicitadas as condições do acordo, as vantagens que o permeiam e as consequências de seu descumprimento. Em resumo, deve-se humanizar o ato da oitiva, garantindo ao adolescente, que sim, praticou um ato infracional e pode vir a ter sua liberdade restringida, um tratamento digno e com absoluta prioridade. Nessa perspectiva, além de informações sobre o ato infracional, em tese, praticado, devem ser perquiridas informações sobre a situação familiar e social do adolescente e as circunstâncias de sua apreensão, com o objetivo de entender o que o levou à prática do ato e, principalmente, quais as medidas devem ser adotadas para evitar a reiteração infracional.

Ainda visando à garantia dos direitos do adolescente e a conferir maior efetividade ao instituto, é importante que se possa refletir sobre a estruturação dos órgãos de execução com atribuição para matéria infracional. É importante que tais órgãos tenham à sua disposição, para fins de assessoramento, equipes técnicas interdisciplinares com qualificação para matéria. Da mesma forma, é essencial o investimento na capacitação dos Promotores de Justiça para condução da oitiva informal, inclusive, com técnicas de mediação e autocomposição de conflitos para celebração do acordo de remissão. De outro giro, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, verifica-se ser de suma importância a ampliação e interiorização da atuação do Centro de Mediação, Métodos Autocompositivos e Sistema Restaurativo – CEMEAR.

Ainda na perspectiva de propor medidas que venham a qualificar o trabalho do Ministério Público, considera-se ser imprescindível que a atuação dos Promotores de Justiça com atribuição para oficial na fase extrajudicial de apuração de atos infracionais venha a ser regulamentadas administrativamente pelas respectivas Procuradorias-Gerais de Justiça, de modo a conferir unidade na atuação ministerial. Nota-se que a medida ora proposta já vem sendo adotada há bastante tempo pelo Ministério Público Federal em relação aos acordos de colaboração premiada e, mais recentemente, por alguns Ministérios Públicos dos Estados em relação aos acordos de não persecução penal. No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro existe a Resolução nº 1401 de 03 de dezembro de 2007, expedida pelo Gabinete do

Procurador-Geral de Justiça, que, ao dispor sobre a atuação do Ministério Público fora dos dias de expediente forense comum, estabelece:⁷⁴

Art. 2º - Nos casos de urgência envolvendo adolescente infrator, o Promotor de Justiça procederá à sua oitiva, como também, se presentes, dos seus pais ou responsável, da vítima e das testemunhas do ato infracional, reduzindo os depoimentos a termo. Art. 3º - Colhidos os depoimentos, o Promotor de Justiça observará o disposto no art. 180 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), podendo: I - promover o arquivamento dos autos, quando a conduta atribuída ao adolescente não configurar ato infracional; II - conceder a remissão, observado o disposto no art. 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com ou sem aplicação das medidas previstas nos arts. 101 e 112 do mesmo diploma legal, excetuadas a internação e a semiliberdade; III - oferecer representação em face do adolescente, visando à aplicação de medida socioeducativa, quando não configuradas as hipóteses previstas nos incisos anteriores.

Trata-se de importante diretriz de atuação, mas que deve ser ampliada, não apenas para incluir a atuação dos promotores naturais, mas sobretudo para detalhar as diretrizes para consecução do acordo de remissão.

Em relação ao descumprimento injustificado das medidas acordadas, demonstrou-se ao longo do texto que tal fato não deve ensejar a aplicação da internação-sanção. Com efeito, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que, nessa hipótese, deve o Promotor de Justiça oferecer a representação, seguindo o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à transação penal.

Por fim, foram apresentadas duas experiências exitosas, uma de Curitiba e outra do município do Rio de Janeiro, que evidenciam o potencial de êxito do instituto na ressocialização dos adolescentes.

Diante das ponderações acima sintetizadas, encerramos o presente artigo com a esperança de termos contribuído para o esclarecimento do tema que se reveste de extrema relevância para construção de uma visão contemporânea do direito da infância e da juventude, para qualificação da atuação do Ministério Público como garantidor dos direitos fundamentais do adolescente investigado pela prática de ato infracional e, principalmente, para assegurar a eficácia da intervenção socioeducativa.

⁷⁴ https://seguro.mprj.mp.br/documents/10227/26259825/resolucao_gpgj_1401.pdf. Acesso em 31/05/2021.

Referências bibliográficas

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei nº 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. 2ª ed. rev. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CURY, Munir (Coordenador). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

DIGIÁCOMO, Murilo José. *Procedimento para apuração de ato infracional*. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1661.html>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

_____. *Consulta Sinase – remissão cumulada com medida socioeducativa – possibilidade jurídica*. <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1774>. Acesso em 28/02/2021.

_____. *Breves considerações sobre o art. 122, inciso III da Lei nº 8.069/90*. Disponível em https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/breves_consideracoes_art_122.pdf. Acesso em 12/03/2021.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2ª ed. rev. atual. De acordo com a resolução 183/2018, do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9099, de 26.09.1995*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

HAMILTON, Sergio Demoro. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto de Código de Processo Penal. *Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional: medida socioeducativa é pena?* 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13964/19 - Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MARANHÃO, Clayton; CAMBI, Eduardo (Orgs.). *30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs.). *A Luta pela Proteção Integral*: edição comemorativa dos 30 anos do ECA. PEREIRA. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/69protecaointegral>. Acesso em: 13 de fev. 2020.

SARAIVA, José Batista Costa. *As Garantias Processuais e o Adolescente a que se Atribua a Prática de Ato Infracional. Justiça, Adolescente e Ato Infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), 2006.

_____. *Adolescente e ato infracional*: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Discricionariedade persecutória: um debate antecipado por Sergio Demoro Hamilton. *In Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

Aumento populacional e degradação ambiental: a conta que não quer fechar

Reis Friede*

Sumário

1. Introdução. 2. Crescimento populacional: o vilão ambiental? 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo propõe uma reflexão sobre a relação entre crescimento populacional e desenvolvimento sustentável, questionando se o aumento populacional é um dos causadores da escassez de recursos e, conseqüentemente, um dos problemas que impedem o desenvolvimento sustentável. Discorre sobre algumas das causas constantemente associadas ao alardeado rompimento da estabilidade ambiental em que se encontra o planeta, citando, ainda, seus respectivos efeitos.

Abstract

This article proposes a reflection on the relationship between population growth and sustainable development, questioning whether the population increase is one of the causes of the scarcity of resources and, consequently, one of the problems that impede sustainable development. It discusses some of the causes constantly associated with the vaunted disruption of the environmental stability in which we find the planet, naming also their effects.

Palavras-chave: Causas. Conseqüências. Estabilidade Ambiental. Rompimento.

Keywords: Causes. Consequences. Environmental Stability. Disruption.

1. Introdução

A Revolução Industrial (1760) foi um divisor que provocou mudanças radicais nas relações de produção ao inserir processos de manufatura até então inéditos, dar início à produção de bens em massa, diminuir os preços dos produtos e aumentar o consumo. Sua característica principal está no fato de que, pela primeira vez desde

* Desembargador Federal. Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

que se tem conhecimento, máquinas passaram a fazer parte do processo produtivo, substituindo métodos de produção artesanal.

Este marco temporal foi o ponto de partida para mudanças sentidas até os dias de hoje ao redor do globo, tais como a mecanização produtiva, o aumento populacional em virtude de melhores condições de vida, o desenvolvimento tecnológico e social etc. Mas, obviamente como ocorre em qualquer processo de mudança, a Revolução Industrial também trouxe problemas que apenas nas últimas décadas começaram a ser percebidos, bem como devidamente debatidos e enfrentados.

O primeiro problema que se percebeu foi a transformação ocorrida na relação do homem com a natureza:

A prática do homem frente à natureza passou por diversas esferas durante o próprio desenvolvimento da estrutura da sociedade, passando por considerações místicas até configurações materialistas (DUARTE, 1986). No processo de utilização dos recursos naturais, guiado principalmente pelo trabalho, o homem deixou um rastro de destruição em grande escala, apresentando grandes casos de degradação ambiental. A forma como a natureza é categorizada, servindo como base utilitária para a satisfação humana maximiza a sua exploração, sem uma gestão a nível nacional satisfatória, ampliando o descaso ambiental. (CIDREIRA-NETO, Ivo Raposo Gonçalves; RODRIGUES, Gilberto Gonçalves. Relação homem-natureza e os limites para o desenvolvimento sustentável. *Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais*, Recife, V. 6, N. 2, 2017 (p. 142-156). Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>, p. 142).

O homem estabeleceu com a natureza uma relação que, de acordo com o ponto de vista de alguns pesquisadores, coloca todo o planeta em risco, visto que a crença de que os recursos naturais se renovariam continuamente já está mais do que refutada. O uso indiscriminado destes recursos, como a água, por exemplo, causou impactos ambientais e desequilíbrio no ciclo vital. O desequilíbrio levou espécies da fauna e da flora à extinção, e até mesmo populações mais fragilizadas desapareceram quando o seu *habitat* natural entrou em risco.

O homem utiliza os recursos da natureza de forma exploratória, sem a projeção dos problemas que essa atitude pode ocasionar, gerando problemas de caráter social e/ou ambiental, podendo apresentar seus efeitos rapidamente ou em grande escala de tempo. Locais de descaso (baixa relevância) ambiental são ocupados por grupos marginalizados pela sociedade, resultando em precárias

condições de moradia, assim como a exclusão dos grupos que vivem nesses locais. (CIDREIRA-NETO, Ivo Raposo Gonçalves; RODRIGUES, Gilberto Gonçalves. Relação homem-natureza e os limites para o desenvolvimento sustentável. *Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais*, Recife, V. 6, N. 2, 2017 (142-156). Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>, p. 142).

O segundo problema se relaciona ao crescimento populacional, um tema polêmico que suscita discussões em diferentes campos do saber. Se antes a população mundial não era um fardo para o planeta, seu crescimento geométrico¹ tornou-se uma questão a ser tratada com enorme cuidado.

Como alimentar os habitantes de toda a Terra sem exaurir suas lavouras e sem causar a extinção de inúmeras espécies de animais? Ademais, como sustentar o aumento *qualitativo* nas condições de vida da humanidade se muitos recursos utilizados para esse fim já estão perto de seu esgotamento, existindo cálculos de que seria necessário aproximadamente um planeta e meio em recursos naturais para mantermos a capacidade de regeneração da Terra?

Segundo dados da *Global Footprint Network* (MATSUURA, Sérgio. A partir de 1º de agosto a Humanidade entra em déficit ambiental com o planeta. Dia de Sobrecarga da Terra chega mais cedo que em anos anteriores. *O Globo*. 23/07/2018 - 16:21 / Atualizado em 24/07/2018 - 11:28 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>>. Acesso: 16 maio 2019), a partir de 1º de agosto de 2018 a Humanidade entrou em déficit com o planeta, ou seja, o consumo nesse dia superou o que o planeta seria capaz de renovar em recursos naturais por um ano, fazendo com que a população começasse a usar os recursos que somente deveriam ser utilizados a partir de 1º de janeiro de 2019. Funciona como um cheque especial, você usa mais dinheiro do que tem disponível em sua conta e entra em débito com o banco, mas, em algum momento, é preciso que esse débito seja pago ou você será processado para quitar sua dívida. O planeta não tem como processar juridicamente a humanidade, resta saber como será feito esse acerto de contas, levando em consideração que "*You cannot negotiate with nature.*" (The Economist, coluna "Face Value", 4.7.2009, apud CAVALCANTI, Clóvis. Só existe desenvolvimento sustentável: a economia como parte da natureza. In: *Enfrentando os limites do crescimento*. Sustentabilidade, decrescimento et prosperidade. LÉNA, Philippe

¹ Se a humanidade levou milhares de anos para chegar à marca do bilhão de habitantes, bastaram pouco mais de 200 anos para atingirmos a marca atual: entre 1800 e 2010, a população mundial cresceu aproximadamente sete vezes - de 1 para 7 bilhões de habitantes. (ALVES, José Eustáquio Diniz. *A Terra no limite*. 2010. Disponível em: <<http://ecoverdemt.com.br/arquivo/documentos/A%20terra%20no%20limite.pdf>>. Acesso: 25 abr. 2019)

(Dir.). Éditeur: IRD. Éditions Collection: D'Amérique latine. Lieu d'édition: Marseille. Année d'édition: 2012. Publication sur OpenEdition Books: 2018. Disponível em: <<http://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>>. Acesso: 15 maio 2019).

No ano de 2018, 1,7 planetas Terra eram necessários para poder sustentar os níveis de consumo da população. Esse número foi obtido considerando a pegada ecológica da humanidade, cálculo usado para medir a quantidade em área de terra e água que se precisa para sustentar uma população humana em relação à capacidade da biosfera de se regenerar. (MATSUURA, Sérgio. A partir de 1º de agosto a Humanidade entra em déficit ambiental com o planeta. Dia de Sobrecarga da Terra chega mais cedo que em anos anteriores. *O Globo*. 23/07/2018 - 16:21 / Atualizado em 24/07/2018 - 11:28 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>>. Acesso: 16 maio 2019).

Entretanto, não obstante não se possa negar a relativa veracidade deste alerta que vem sendo constantemente mencionado pela mídia, é possível imaginar que talvez exista um acordo por parte de uma classe política com alguns dos principais estudiosos sobre o tema, no sentido de que a solução definitiva do problema deve se apoiar sobre o combate aos efeitos e não propriamente sobre as inúmeras causas primárias que conduzem (e historicamente vêm conduzindo) à origem do problema, dentre elas o já citado crescimento populacional.

Este artigo pretende fazer uma reflexão sobre a relação entre crescimento populacional e desenvolvimento, questionando se o aumento populacional é um dos causadores da escassez de recursos e, conseqüentemente, um dos problemas que impedem o desenvolvimento sustentável.

2. Crescimento populacional: o vilão ambiental?

No documento “A transformação do nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável” constam os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que resultaram de negociações entre diversos governos, entre eles o Brasil. O conceito de desenvolvimento sustentável define o desenvolvimento que é capaz de atender às necessidades da sociedade sem comprometer o suprimento dessas necessidades às futuras gerações. A Agenda 2030 é importante porque, pela primeira vez, são reunidas dimensões para o desenvolvimento sustentável que até então foram pensadas separadamente: econômica, social e ambiental. É preciso se considerar que aspectos econômicos (atividades produtivas), sociais (população) e ambientais (desenvolvimento sustentável), por sua interdependência, formam um todo complexo e devem ser analisados em conjunto.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, diz no parágrafo 1.2 de seu Relatório:

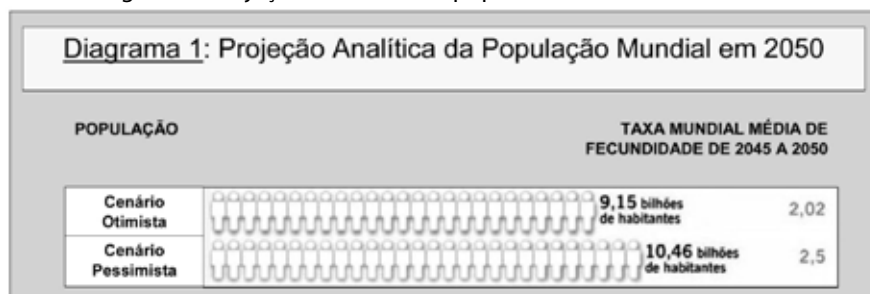
O mundo passou por mudanças de longo alcance nas duas últimas décadas. Progresso significativo foi feito em muitos campos importantes para o bem-estar do homem, mediante esforços nacionais e internacionais. Entretanto, os países em desenvolvimento ainda enfrentam sérias dificuldades econômicas e um ambiente econômico internacional desfavorável, e aumentou em muitos países a quantidade de pessoas que vivem em estado de pobreza absoluta. Muitos dos recursos básicos de que dependerão as gerações futuras para sua sobrevivência e bem-estar estão sendo exauridos em todo o mundo, intensificando-se a degradação ambiental levada a efeito por sistemas não sustentáveis de produção e consumo, por um crescimento demográfico sem precedente, por uma pobreza generalizada e persistente e pela desigualdade social e econômica. Problemas ecológicos, como a mudança global do clima, em grande parte produzida por sistemas não sustentáveis de produção e consumo, somam-se às ameaças ao bem-estar das futuras gerações. (ONU. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*: Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso: 15 maio 2019)

No ano de 2017, segundo dados do Banco Mundial, o planeta Terra alcançou a marca de 7,53 bilhões de habitantes. Saber qual o número máximo de habitantes que o planeta é capaz de suportar não é uma conta tão simples de se fazer, isso depende de diferentes condicionantes sociais, econômicos, éticos etc.

Saber quantas pessoas o planeta suporta depende do padrão de vida adotado pela população. Se calcularmos a partir de populações que consomem poucos produtos industrializados e, como consequência, pouco lixo descartam no planeta, teremos um número. Mas, se fizermos esse cálculo considerando o número de pessoas que vivem no ambiente urbano e que, segundo dados das Organizações das Nações Unidas (ONU. *Mundo terá 2,2 bilhões de pessoas a mais até 2050, indica ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-22-bilhoes-de-pessoas-a-mais-ate-2050-indica-onu/> Acesso: 25 abr. 2019), será de dois terços da população mundial até o ano de 2050, chegaremos a um número preocupante. “Cerca de metade da população mundial (55%) vive atualmente em centros urbanos e, para 2050, estima-se que cerca de dois terços (68%) de todas as pessoas residam em áreas urbanas”, afirmou JOHN WILMOTH, diretor de divisão do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (WILMOTH, John. *Perspectivas da Urbanização Mundial*. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. Nova Iorque, 10 de julho 2014 – DESA, Traduzido e editado por UNRIC. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso: 16 maio 2019).

O tamanho ideal da população depende da maneira como os seres humanos produzem os bens que irão ser consumidos e qual o impacto que produção e consumo provocam no meio ambiente. Logo, podemos considerar que quanto maior a população mais escassos serão os recursos pelos quais ela irá disputar e maior o número de bens produzidos para consumo. De acordo com a imagem 1, até o ano de 2050 a previsão, a partir de dois cenários distintos, é de um aumento populacional que fará com que os recursos sejam cada vez mais escassos. No cenário otimista a população passará de nove bilhões de habitantes, no pessimista, de dez bilhões. Esses números somados ao fato de que, para a ONU, dois terços dessa população estarão residindo em áreas urbanas, traça um cenário inquietante. “Gerir áreas urbanas tem-se tornado um dos desafios mais importantes do Século XXI. O nosso sucesso ou fracasso na construção sustentável das cidades vai ser o principal factor de sucesso da agenda da ONU pós 2015.” (WILMOTH, John. *Perspectivas da Urbanização Mundial*. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. Nova Iorque, 10 de julho 2014 – DESA, Traduzido e editado por UNRIC. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso: 16 maio 2019).

Imagem 1 – Projeções de aumento populacional



THOMAS MALTHUS já previra, em seu “Ensaio sobre o Princípio da População” (1789), que o crescimento do número de habitantes no planeta seria superior à capacidade de produção de alimentos, gerando uma situação que somente poderia ser remediada com um severo controle demográfico.

O debate sobre população e desenvolvimento teve início antes dos escritos de THOMAS MALTHUS e começou de forma otimista, impulsionado pelas esperanças iluministas que apostavam todas as suas fichas no progresso (ou, nos termos atuais, desenvolvimento). Considerado o grande mentor da ciência econômica moderna, ADAM SMITH escreveu em 1776, na sua obra que explica como as nações ficam ricas, que “o marco mais decisivo da prosperidade de qualquer país é o aumento no número de seus habitantes.” (SMITH, 1983, p. 56) Esta visão positiva do crescimento populacional fez parte do pensamento político do iluminismo e da economia clássica. Pensadores como o MARQUÊS DE CONDORCET e WILLIAM GODWIN - precursores do pensamento demográfico - tinham uma visão favorável do crescimento econômico e populacional. DAVID RICARDO, influente economista inglês do início do século XIX, também via com bons olhos o crescimento demoeconômico, considerando o desenvolvimento uma variável independente e a população uma variável dependente. Neste debate ocorrido no início da modernidade, a grande voz destoante veio de um pastor da Igreja Anglicana, que representava os interesses dos proprietários de terra contra os interesses dos trabalhadores e da burguesia nascente e defendia os princípios do antigo regime monárquico (aristocracia absolutista) contra a República e o Estado de Direito. THOMAS MALTHUS formulou uma suposta lei de população para argumentar que a humanidade jamais seria capaz de promover o desenvolvimento econômico, reduzir a pobreza e as taxas de mortalidade e aumentar a qualidade de vida das pessoas. Para MALTHUS, o desenvolvimento econômico seria inviável historicamente, pois a população, sendo uma variável independente, tendia a crescer sempre acima da disponibilidade dos meios de subsistência, o que inviabilizaria qualquer tipo de progresso social. (ALVES, José Eustáquio Diniz. População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós-2014. *Revista brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 219-230, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982014000100013&ln=en&nrm=iso>. Acesso: 25 abr. 2019, p. 220)

Segundo LIMA (LIMA, Diogo Marcelo Delben Ferreira de. Reforma neomalthusiana e movimento ambientalista: população e meio ambiente. *REVISTA GEONORTE*, Edição Especial 3, V. 7, N. 1, p. 575-589, 2013), a teoria Malthusiana, basicamente, se apoia em dois alicerces: o crescimento demográfico não está imune aos problemas sociais; o progresso técnico não é suficiente para eliminar a crise social gerada pelo excedente populacional, logo, são necessários mecanismos de controle social. Embora MALTHUS tenha escrito na segunda metade do século XVIII, no período do pós-guerra do século XX – em consequência das mudanças ocorridas nos centros urbanos como novos conhecimentos científicos, alteração nas condições de vida, saúde pública, que contribuiriam para a diminuição das taxas de mortalidade e o aumento demográfico –, surge o movimento neomalthusiano (“neomalthusianismo”), que passa a teoria por uma revisão, como as de PAUL e ANNE EHRlich (1974), RACHEL CARSON (1969) e GARRETT HARDIN (1967). Mas seu entendimento central se mantém, ou seja, o aumento demográfico aumenta a demanda industrial e isso vai atingir diretamente os recursos naturais. (LIMA, Diogo Marcelo Delben Ferreira de. Reforma neomalthusiana e movimento ambientalista: população e meio ambiente. *REVISTA GEONORTE*, Edição Especial 3, V. 7, N. 1, p. 575-589, 2013).

As contribuições de THOMAS MALTHUS referentes às leis da população, meios de subsistência e de controle social ainda impulsionam estudos acadêmicos, pesquisas científicas e até políticas públicas, inclusive relacionadas ao meio ambiente e à sustentabilidade. Para essa corrente, na tentativa de satisfazer as necessidades vitais e materiais da população mundial, fica prejudicado o equilíbrio dinâmico da biosfera, por esse motivo seriam necessários mecanismos de controle demográfico com vistas à redução do consumo, que refletiria em menor produção industrial. (LIMA, Diogo Marcelo Delben Ferreira de. Reforma neomalthusiana e movimento ambientalista: população e meio ambiente. *REVISTA GEONORTE*, Edição Especial 3, V. 7, N. 1, p. 575-589, 2013)

O diretor da *Iniciativa em Pesquisa Populacional*, da Universidade do Estado de Ohio, JOHN CASTERLINE, no mesmo sentido, adverte que “*a crescente população (global) vai exacerbar problemas já existentes, como a degradação dos recursos naturais*” (O GLOBO. *Um mundo irreconhecível em 2050*. População de 9 bilhões, aquecimento e escassez de comida mudarão Terra. Rio de Janeiro, 22 fev. 2011, *Ciência*, p. 26), informando, de forma complementar, em conjunto com os mais diversos especialistas em crescimento populacional que, nos últimos 20 anos, muito pouco foi investido em *planejamento familiar*, ressaltando, por conseguinte, a urgente necessidade de se investir mais recursos no controle do número de nascimentos, especialmente nos países em desenvolvimento.

A própria ONU, no relatório editado pelo seu Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e publicado em 2019, lembrando da criação desse Fundo, permite interpretar que ela reconhece que a expansão demográfica teria que ser controlada, ao defender o maior acesso das mulheres a *métodos contraceptivos*, ao *planejamento familiar* e à *educação*, com o discurso, o qual não se está questionando, da autonomia das famílias para decidirem sobre o momento de ter filhos.

Era o ano de 1969. A população mundial chegou a 3,6 bilhões, um aumento de cerca de 1 bilhão de habitantes em apenas 17 anos. As taxas de fecundidade em todo o mundo naquela época eram quase o dobro do que são hoje. Nos países menos desenvolvidos, a fecundidade era de cerca de seis nascimentos por mulher. *A bomba populacional*, obra de PAUL EHRLICH, lançada no ano anterior, incitou um pânico global sobre a “superpopulação”, que o autor previu que levaria à fome em massa e a um “planeta em extinção”. Foi nesse contexto que o UNFPA foi criado para assessorar os países em desenvolvimento sobre as implicações sociais e econômicas do crescimento populacional e para oferecer apoio aos programas nacionais de população, os quais começaram a distribuir contraceptivos em uma escala sem precedentes. (KANEM, Natalia. *UM TRABALHO INACABADO*. A busca por direitos e escolhas PARA TODOS e TODAS. UNFPA. Situação da população mundial 2019. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/situacao_da_populacao_mundial_final.pdf>. Acesso: 15 maio 2019, p. 4)

Ainda assim, a mesma UNFPA, em aparente contradição, deixa claro ser contra a imposição de uma consistente política de *controle populacional*, posicionando-se a favor da decisão quanto ao número de filhos continuar sendo um direito inalienável de cada mulher.

Desde a sua criação, em 1969, o UNFPA liderou um esforço multilateral para ajudar as mulheres nos países em desenvolvimento a navegar em um cenário instável de barreiras aos seus direitos reprodutivos. Esse esforço ganhou novo ímpeto e inspiração em 1994, quando 179 países se reuniram no Cairo para a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e elaboraram um plano para o desenvolvimento sustentável baseado nos direitos, nas escolhas individuais e na conquista da saúde sexual e reprodutiva para todos. Esse plano, incorporado em um Programa de Ação, não apenas revitalizou o movimento global em prol dos direitos

reprodutivos, mas também posicionou o UNFPA como o guardião do movimento. (KANEM, Natalia. *UM TRABALHO INACABADO*. A busca por direitos e escolhas PARA TODOS e TODAS. UNFPA. Situação da população mundial 2019. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/situacao_da_populacao_mundial_final.pdf>. Acesso: 15 maio 2019, p. 4)

Sempre há um demógrafo a nos alertar sobre os supostos *riscos* inerentes a uma *política de planejamento familiar* (com a consequente alteração da pirâmide etária), mas não propriamente sobre as terríveis consequências de uma total ausência de uma mínima *preocupação* (e consequente *ação*) a respeito do tema.

Será justo manter bilhões de indivíduos da espécie humana, enquanto desaparecem os rinocerontes, os leões, os leopardos, os elefantes, as girafas, os gorilas, os tigres, os ursos polares, as abelhas etc.? Será justo aumentar o asfalto e o cimento das cidades e do campo enquanto as áreas de floresta são transformadas em monoculturas e desertos e a defaunação se espalha pelo mundo? Será justo manter o alto padrão de vida humana enquanto os rios urbanos são enterrados vivos e transformados em esgotos e as fontes de água potável são monopolizadas por uma elite ou poluídas, sendo que o processo de acidificação e eutrofização ameaça todas as formas de vida aquática? Não há muitas alternativas viáveis: ou a população de 7,5 bilhões de habitantes, em 2017, abandona o modelo “Extraí-Produz-Descarta” e constrói um sistema de produção e consumo mais amigável ao meio ambiente ou o fluxo metabólico entrópico vai reduzir as atividades antrópicas por meio de um colapso ecológico. O fato é que o volume da população atual multiplicado pelo consumo médio global é incompatível com a capacidade de carga do Planeta. (ALVES, José Eustáquio Diniz. Qual é o número ideal de humanos sobre a Terra? *EcoDebate*. Site de informações, artigos e notícias socioambientais. 9/07/2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/07/09/qual-e-o-numero-ideal-de-humanos-sobre-a-terra-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso: 25 abr. 2019)

Nesse sentido, não nos parece plausível cobrar um verdadeiro sacrifício de todos sem qualquer contrapartida com uma política global de planejamento familiar (e correspondente controle de natalidade) que permita, no longo prazo, verdadeiramente restabelecer o equilíbrio ambiental desejado (potencialidade de oferta de recursos planetários *versus* consumo quantitativo e qualitativo projetado), como uma possível

tentativa de debelar os riscos ambientais que supostamente ameaçam a própria sobrevivência da espécie humana em longo prazo.

JOHN SULSTON, chefe do comitê de especialistas que produziu o relatório *People and the Planet*, no qual se recomenda a necessidade de se tomar medidas para conter o crescimento demográfico e o consumo excessivo, em entrevista concedida a CLAUDIO ANGELO (2012), foi questionado sobre o porquê de trazer esse tema para discussão, visto que muitas vezes os países pobres creem que o controle populacional é uma invenção dos países ricos para poder cerceá-los.

Bem, estamos dizendo que a combinação entre população e consumo é importante. E por que agora? Bem, porque os efeitos da população combinados com os do consumo estão ficando mais visíveis. A mudança climática, por exemplo, hoje é muito clara, coisa que não era há 20 anos, embora os modelos previssem que ela ocorreria. Nós também temos muita noção da taxa de extinção das espécies, que não tínhamos medido antes. O uso de nitrogênio mundo afora está poluindo estuários e causando algumas dessas extinções, e assim por diante. E essas tendências vão continuar se nós não fizermos nada. Quando começamos a analisá-las, chegamos a essa resposta de que nós não devemos olhar só para a população, mas tampouco deveríamos considerar apenas o consumo. Afinal, se tivéssemos apenas um décimo da população, o consumo não importaria tanto, e se tivéssemos um décimo do consumo, a população não importaria tanto. (SULSTON, John. O passado no presente. [Entrevista concedida a] Claudio Angelo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jun. 2012. Disponível em: <<https://domtotal.com/periscopio/1407/2012/06/esforcos-em-vao-se-a-populacao-continuar-crescendo/>>. Acesso: 16 maio 2019)

Entender de forma diversa, insistindo em apenas e tão somente restringir emissões de carbono na atmosfera, ou outras providências semelhantes, não nos parece uma solução adequada, até porque não ataca diretamente o problema (em suas *causas primárias*) e, sim, apenas o que alude aos seus *efeitos observáveis*.

Retomando o conceito de desenvolvimento sustentável, definido como aquele que é capaz de atender às necessidades da sociedade sem comprometer o suprimento dessas necessidades às futuras gerações, vê-se que não existe forma do homem ou qualquer outra espécie viver sem lançar mão do meio ambiente. “A questão é como fazê-lo de forma inteligente, com uso da razão e o propósito de se viver melhor.” (CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. *Estud. av.*, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 53-67, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=S0103-40142010000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 16 maio 2019, 2010). O grande desafio do século XXI é como mudar o padrão de produção e consumo.

Há de se estabelecer, também, dentro do escopo do pensamento dominante das principais organizações ambientais, um mínimo de *coerência lógica* em relação ao tema discutido, ou seja: se *procriar* deve ser uma *decisão livre* de cada casal, *mudar o estilo de vida* (outra causa incisivamente apontada como *fonte originária do aquecimento global*), igualmente, não pode ser apontado como uma *solução derradeira*, - a ser necessariamente imposta a todos -, para resolver, em definitivo, o complexo problema ambiental.

3. Conclusão

De forma diversa do senso comum, não existe propriamente uma dicotomia entre o ser humano e o meio ambiente, uma vez que o primeiro integra necessariamente o segundo. Portanto, todo suposto conflito entre o ser humano e o meio ambiente é uma concepção decorrente do contexto social.

Assim como, para um ser humano sobreviver é fundamental existir o perfeito equilíbrio entre os seus órgãos componentes, podemos afirmar que todas as partes integrantes do meio ambiente, incluindo o homem, precisam estar em correspondente harmonia. Isso se traduz, em outras palavras, pelo necessário reconhecimento de que o desequilíbrio populacional é igualmente danoso para o meio ambiente assim como qualquer outra forma de desarmonia. Pensar de modo diverso é condenar a humanidade ao seu extermínio juntamente com o meio ambiente, do qual ela é parte como elemento indissociável.

Destarte, ignorar os malefícios de uma superpopulação, ou mesmo de uma sobrepopulação, acreditando ser possível a estabilidade ambiental em um contexto de hostilidade orgânica, é simplesmente desconhecer a concepção originária de que nós somos parte integrante do meio ambiente e, portanto, jamais poderíamos estar em conflito (real) com o mesmo.

Conforme afirmado, não nos parece plausível cobrar um sacrifício de todos sem qualquer contrapartida com uma política global de planejamento familiar que permita restabelecer o equilíbrio ambiental desejado, debelando os riscos ambientais que supostamente ameaçam a sobrevivência da espécie humana em longo prazo.

Portanto, devemos, o mais rápido possível, pensar seriamente sobre a raiz do presente desafio, deixando de lado a hipocrisia relacionada às questões ambientais que tanto nos tem desviado das verdadeiras soluções que devem ser implementadas para que a estabilidade ambiental não colapse, em nome da necessária continuação do pleno florescimento de nossa Civilização.

Referências bibliográficas

ALVES, José Eustáquio Diniz. *A Terra no limite*. Disponível em: <<http://ecoverdemt.com.br/arquivo/documentos/A%20terra%20no%20limite.pdf>>. Acesso: 25 abr. 2019.

_____. Como estabilizar a população mundial? *EcoDebate*. Site de informações, artigos e notícias socioambientais. 26/10/2011. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2011/10/26/como-estabilizar-a-populacao-mundial-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso: 15 maio 2019.

_____. População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós-2014. *Revista brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 219-230, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982014000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 25 abr. 2019.

_____. Qual é o número ideal de humanos sobre a Terra? *EcoDebate*. Site de informações, artigos e notícias socioambientais. 9/07/2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/07/09/qual-e-o-numero-ideal-de-humanos-sobre-a-terra-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso: 25 abr. 2019.

CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. *Estud. av.*, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 53-67, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142010000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 16 maio 2019.

_____. Só existe desenvolvimento sustentável: a economia como parte da natureza. In: *Enfrentando os Limites do Crescimento*. Sustentabilidade, decrescimento et prosperidade. LÉNA, Philippe (Dir.). Éditeur: IRD. Éditions Collection: D'Amérique latine. Lieu d'édition: Marseille. Année d'édition: 2012. Publication sur OpenEdition Books: 2018. Disponível em: <<http://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>>. Acesso: 15 maio 2019.

CIDREIRA-NETO, Ivo Raposo Gonçalves; RODRIGUES, Gilberto Gonçalves. Relação homem-natureza e os limites para o desenvolvimento sustentável. *Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais*, Recife, v. 6, n. 2, 2017 (p. 142-156). Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>>.

KANEM, Natalia. *Um Trabalho Inacabado*. A busca por direitos e escolhas PARA TODOS e TODAS. UNFPA. Situação da população mundial 2019. Disponível em: <https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/situacao_da_populacao_mundial_final.pdf>. Acesso: 15 maio 2019.

LIMA, Diogo Marcelo Delben Ferreira de. Reforma neomalthusiana e movimento ambientalista: população e meio ambiente. *Revista Geonorte*. Edição Especial 3, v. 7, n. 1, p. 575-589, 2013. (ISSN – 2237-1419)

ONU. *Mundo terá 2,2 bilhões de pessoas a mais até 2050, indica ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mundo-tera-22-bilhoes-de-pessoas-a-mais-ate-2050-indica-onu/>>. Acesso: 25 abr. 2019.

_____. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo, 1994*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso: 15 maio 2019.

SULSTON, John. O passado no presente. [Entrevista concedida a] Claudio Angelo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jun. 2012. Disponível em: <<https://domtotal.com/periscopio/1407/2012/06/esforços-em-vão-se-a-população-continuar-crescendo/>>. Acesso: 16 maio 2019.

WILMOTH, John. *Perspectivas da Urbanização Mundial*. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. Nova Iorque, 10 de julho 2014 – DESA, Traduzido e editado por UNRIC. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso: 16 maio 2019.

Fontes da imprensa

MATSUURA, Sérgio. *A partir de 1º de agosto a Humanidade entra em déficit ambiental com o planeta*. Dia de Sobrecarga da Terra chega mais cedo que em anos anteriores. *O Globo*. 23/07/2018 - 16:21 / Atualizado em 24/07/2018 - 11:28 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/a-partir-de-1-de-agosto-humanidade-entra-em-deficit-ambiental-com-planeta-22911967>>. Acesso: 16 maio 2019.

O GLOBO. *Um mundo irreconhecível em 2050*. População de 9 bilhões, aquecimento e escassez de comida mudarão Terra. Rio de Janeiro, 22 fev. 2011, *Ciência*, p. 26.

_____. *Planeta no cheque especial ambiental*. Rio de Janeiro, 27 out. 2011, p. 38.

O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. O elemento subjetivo dos tipos de improbidade administrativa na nova perspectiva da Lei nº 14.230/2021: o que resta? 3. A falácia da impropriedade da culpa no ato de improbidade por prejuízo ao erário: contornos já trazidos pela Lei nº 13.655/2018. 4. Redução indevida da improbidade por violação de princípios sob a perspectiva da segurança jurídica. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho aborda as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 no que se refere aos tipos de improbidade administrativa constantes da Lei nº 8.429/1992, com a exclusão da culpa para caracterização da improbidade por prejuízo ao erário e a fixação de tipos taxativos para configuração da improbidade por violação de princípios com a exigência de dolo específico. Apresenta-se uma visão crítica das referidas alterações, questionando-se as consequências que poderão advir e os riscos de transformação da Lei de Improbidade em instrumento desprovido de qualquer eficácia.

Abstract

This paper addresses the changes brought by Law nº 14.230/2021 with regard to the types of administrative improbity contained in Law nº 8.429/1992, with the exclusion of the culpable type for the characterization of improbity for damage to the treasury and the establishment of exhaustive types for the configuration of improbity for violation of principles with the requirement of specific intent. A critical view of these changes is presented, questioning the consequences that may arise and the risks of transforming the Administrative Improbity Law into an instrument devoid of any effectiveness.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Tipos. Exclusão do tipo culposo. Dolo específico. Violação de princípios. Tipos taxativos. Consequências. Ineficácia legal.

* Doutoranda em Direito pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA. Promotora de Justiça do Estado da Bahia.

Keywords: *Administrative Improbability Law. Types. Exclusion of the culpable type. Specific intent. Violation of principles. Exhaustive types. Consequences. Legal ineffectiveness.*

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, democrática e instituidora do Estado de Direito, buscando atender às expectativas populares contra os abusos cometidos no âmbito da Administração Pública, trouxe a previsão expressa dos princípios administrativos no art. 37, *caput*, além de mencionar no § 4º do mesmo dispositivo constitucional os atos de improbidade administrativa, com algumas das consequências de sua prática, além de expressamente excluir-lhe a natureza penal. Tais dispositivos em boa hora vieram para conter a atuação abusiva dos agentes públicos, muitas vezes voltados exclusivamente ao atendimento de interesses pessoais ou de determinados grupos econômicos ou políticos. Chegam com o propósito de estabelecer a atuação administrativa pautada no princípio da juridicidade, que seria o acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito no seu sentido amplo, o que engloba o ordenamento jurídico considerado como um todo¹.

Até o advento da Constituição de 1988, a legislação antecedente – Leis nºs 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), preocupavam-se apenas com o enriquecimento ilícito do agente público, decorrente ou não do prejuízo ao erário, ou seja, restringiam-se à questão patrimonial. As sanções, por sua vez, limitavam-se ao ressarcimento e pagamento de perdas e danos. Impende esclarecer que o próprio Bilac Pinto², ao comentar a Lei nº 3.502/58, referiu-se às dificuldades a que estariam sujeitos os aplicadores da norma para a sua caracterização. Saliente-se a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos então exigidos para configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, chegando-se a exigir do doador, na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observação da sistemática legal, a prova do seu interesse político³. Ademais, estas leis não se aplicavam aos ocupantes de cargos eletivos. Em consequência, os Chefes do Poder Executivo, responsáveis diretos por uma série de desvios de verbas públicas, continuavam livres da responsabilidade extrapenal, decorrente da aplicação da legislação comentada.

Quanto ao § 4º, do art. 37 da CRFB, apesar de não ter definido quais as condutas enquadradas como “atos de improbidade administrativa”, o que ficou para regulamentação legal, o dispositivo estabeleceu graves sanções decorrentes de sua prática, quais sejam, perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 435.

² PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 153.

³ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa: primeira parte*. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 274.

A perspectiva de um novo diploma legal mais enérgico reacendeu a esperança de modificação no cenário político-administrativo, restringindo o espaço de atuação pública àqueles dispostos a atuar em prol da coletividade, colocando de lado a visão individualista, característica inegável de parte dos administradores públicos brasileiros.

Enfim, em 02 de junho de 1992, foi publicada a Lei nº 8.429/1992, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa, com a finalidade de regulamentar a referida norma constitucional.

A raiz legislativa da Lei Federal nº 8.429/1992 se encontra no anteprojeto de lei remetido pelo Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, contendo treze artigos que dispunham sobre enriquecimento ilícito no exercício da função pública. Ao tramitar pela Câmara de Deputados e Senado Federal, o Projeto de Lei, que recebeu o n. 1.446/91, sofreu centenas de emendas, principalmente no Senado Federal, provavelmente em decorrência dos sucessivos discursos de combate à corrupção que se acentuaram após a Constituição de 1988, em razão da cobrança popular, estimulada pelos meios de comunicação⁴.

A redação original da Lei nº 8.429/1992 reprimia três modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º), os que geram prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11)⁵. Quanto aos atos de improbidade geradores de enriquecimento ilícito ou violadores de princípios administrativos, exigiu-se a presença do elemento subjetivo dolo para a sua caracterização. No que se reporta aos atos de improbidade por prejuízo ao erário, a lei admitia também a modalidade culposa.

Apesar de o vocábulo “*improbidade*” derivar do latim *improbitate*, significando desonestidade, desonradez, falta de probidade⁶, a “*improbidade administrativa*” constante da Lei nº 8.429/1992 adquiriu contornos mais amplos. Juarez Freitas⁷ referiu-se à improbidade como a violação a qualquer um dos princípios, desde que tal violação configure, concomitantemente, um dano mensurável, no aspecto moral ou material, à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade vista através da Lei nº 8.429/1992, atendendo às expectativas constitucionais reveladas pela interpretação conjunta do *caput* do art. 37 com o seu § 4º, abrangeu não somente aspectos morais, mas também os componentes dos demais princípios que regem a Administração Pública. Com efeito, ímprobo não seria só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento

⁴ FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8.

⁵ Saliente-se que a Lei Complementar nº 157/16 incluiu o art. 10-A, segundo o qual “*Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.*”

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/1992 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

⁷ FREITAS, Juarez. Do Princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 1996, n. 204. p. 71.

do interesse público, mas também aquele que atua com menosprezo aos deveres do cargo e aos valores, direitos e bens que lhe são confiados⁸. Seria, também, aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções.

Com o passar do tempo, entre os questionamentos surgidos quanto aos limites de aplicação da lei, dois se reportaram especificamente ao elemento subjetivo do tipo na caracterização da conduta como ato de improbidade administrativa. O primeiro decorreu da possível divergência entre “ato de improbidade” e o tipo culposo no caso do prejuízo ao erário, no seguinte sentido: estando a improbidade terminologicamente relacionada à conduta desonesta, caberia a punição de atuações, imprudentes ou negligentes, caracterizadoras da culpa? Por outro lado, apesar de a improbidade por violação de princípios exigir o dolo como elemento subjetivo do tipo, diante da abstração própria dos princípios, não haveria uma afronta ao princípio da segurança jurídica?

A amplitude de algumas interpretações conferidas aos tipos de improbidade administrativa levou à formulação de críticas severas, doutrinárias e jurisprudenciais, ao longo dos quase 30 (trinta) anos de amadurecimento dessa legislação. Arguiu-se o surgimento de uma “*asfixia burocrática*”, com a eliminação da indispensável dose de discricionariedade do administrador público, com o consequente “*apagão de canetas*.”⁹

Essas e diversas outras questões levaram à necessidade de repensar a Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de aprimorá-la, afastando-se possíveis inseguranças geradas na aplicação da norma, adaptando-a às disposições do novo Código de Processo Civil de 2015, compatível com a justiça multiportas¹⁰, que contempla variados ambientes e formas de solução de conflitos, o que inclui as esferas judicial e extrajudicial¹¹. Assim, alteração introduzida na LIA através da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), permitindo o Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) no âmbito da improbidade, revelou um avanço compatível com o espírito do novo CPC e postura adaptativa à nova realidade.

Todo esse processo de amadurecimento e debates instaurados em torno da LIA, desaguou no Projeto de Lei nº 10887/2018, de autoria do Deputado Roberto de Lucena (Pode-SP), tendo como relator o Deputado Carlos Zarattini (PT-SP). Depois de diversas modificações, tal projeto originou a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, cuja ementa, apesar de estabelecer a “*alteração à Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*”, desabrocha como uma nova leitura da improbidade administrativa, agora deixando de abranger os gestores negligentes, que atuam com completo descaso ao patrimônio

⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

⁹ MOREIRA NETO, Flávio de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3831.

¹⁰ Segundo Freddie Didier e Hermes Zaneti, a justiça multiportas se caracteriza pela oferta ao cidadão de diferentes opções para solução de sua controvérsia, de acordo com as particularidades do caso concreto. (DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequadas para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 36)

¹¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública*. Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 87.

público, destinando-se aos agentes desonestos, sem, contudo, contemplar todas as possibilidades de desonestidades existentes e frequentes na Administração Pública¹².

A partir de argumentos insustentáveis, conforme será abordado, a nova redação conferida à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 exige, para configuração da improbidade administrativa, o dolo como elemento subjetivo do tipo. Aliás, repete tal regra em diversos dispositivos. Mas não é só, em sua jornada, que parece buscar a inviabilidade da aplicação da lei, a atual normativa chega a se reportar à exigência de dolo específico para a caracterização do ato de improbidade, ou seja, deverá ser demonstrado o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, revelando atecnia legislativa, uma vez que o dolo específico deve compor tipos individualizados, como ocorre no Direito Penal.

2. O elemento subjetivo dos tipos de improbidade administrativa na nova perspectiva da Lei nº 14.230/2021: o que resta?

Entre as mudanças mais significativas trazida pela Lei nº 14.230/2021 está a exigência de dolo para a caracterização de todos os tipos de improbidade, o que equipara a improbidade administrativa à desonestidade do agente público. Diz o § 1º, do art. 1º que *“consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.”*

Visando fixar o alcance do dolo na caracterização das infrações legais, o § 2º aduz que *“considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”*, o que aparece repisado no § 3º ao afirmar que *“o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”*

Explica variada doutrina que dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado¹³. Age com dolo o *“homem médio”* que atua visando que seu ato contrarie o direito, ou que quer contrariar o direito e atua para isso¹⁴. Majoritariamente, tem-se o dolo como um componente subjetivo implícito da conduta, pertencente ao fato típico, formado por dois elementos: o volitivo, isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma, representado pelos verbos querer e aceitar; e o intelectual, traduzido na consciência da conduta e do resultado¹⁵. Além do *“dolus directus”*, caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente na

¹² Pela nova redação da Lei de Improbidade, o crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, não constitui improbidade por violação de princípios, sendo também o que ocorre com o assédio moral no serviço público, que não mais encontra caracterização na LIA.

¹³ FRANCO, Silva Alberto et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 249.

¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 12.

busca voluntária de um resultado, há o “*dolus eventualis*”¹⁶, que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade a direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo¹⁷.

Conforme assevera Pontes de Miranda, “*não exclui o dolo o motivo do ato, nem o fim que teve em vista o agente, nem o interesse maior, moral, política ou economicamente, que levou ao ato.*”¹⁸ Assim, teoricamente, o prefeito que, visando modernizar o Município, decide nomear para cargos efetivos pessoas altamente qualificadas, mas sem a realização de concurso público, viola dolosamente o art. 37, II, da Constituição Federal.

Porém, o desespero legislativo em restringir ao máximo o elemento subjetivo do tipo para a caracterização da improbidade administrativa fez com que, na nova redação do art. 11, que aborda a improbidade por violação de princípios, o legislador assim estabelecesse:

Art. 11. § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Pretende-se, para caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa, a presença de *dolo específico*.

De início deve-se ressaltar que os tratados e convenções internacionais têm força de lei, somente cabendo a modificação dos seus termos pela manifestação expressa do Congresso Nacional, segundo consta, inclusive, do art. 2º do Decreto n. 5.678/2006.

¹⁶ No âmbito do Direito Penal, fala-se em dolo indireto, quando o agente com sua conduta não busca resultado certo e direto, dividido em: dolo alternativo – quando o agente prevê uma pluralidade de resultado, não buscando qualquer um especificamente; dolo eventual – o agente visa à realização de um resultado, mas assume o risco de realizar outro. (CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 14)

¹⁷ A Primeira Turma do STF, ao apreciar *Habeas Corpus*, referente a homicídio praticado na direção de veículo automotor, sob influência de álcool, manifestou-se pela existência de dolo eventual, caracterizado pela assunção do risco de causar danos ou a ausência de preocupação com a sua efetiva ocorrência. (STF. 1ª Turma. *Habeas Corpus* nº 124.687. Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 29/05/2018)

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 252.

Assim, pode-se afirmar que o § 1º do art. 11 está em consonância com o art. 19 do referido Decreto, segundo o qual:

Art. 19. Abuso de funções: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.

No entanto, o § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, ao estender a exigência do § 1º para as hipóteses do art. 9º e 10, viola os termos dos arts. 20 e 17 do Decreto nº 5.687/2006, que correspondem à improbidade por enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, respectivamente, uma vez que não exigem o dolo específico, bastando para sua configuração o dolo direto, vejamos:

Art. 20. Enriquecimento ilícito: Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Art. 17. Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público: Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo.

Surge o *dolo específico* quando se exige do tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade. Verifica-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento

incriminado¹⁹. Alguns consideram a expressão *dolo específico* obsoleta, devendo substituí-la por *elemento subjetivo específico do tipo*²⁰.

A atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, nas “*Disposições Gerais*”, estabeleceu, no § 1º do art. 1º, que são considerados “*atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais*”, acrescentando no § 2º que “*considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*.” A lei firmou, então, a necessidade do dolo direto na sua Parte Geral, a ser aplicada ao Capítulo II da Lei, não fazendo qualquer menção nesta parte ao dolo específico.

Por outro lado, considerando que a LIA se submete aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (§ 4º do art. 1º), destaca-se, neste ponto, o *princípio da tipicidade*. Segundo Enterría e Fernández²¹, o princípio da tipicidade revela a exigência material absoluta de predeterminação normativa das condutas e das sanções correspondentes, ou seja, descrição legal de uma conduta específica, exatamente delimitada, sem nenhuma indeterminação. Nesse sentido, para perfeita adequação da conduta ao tipo, a exigência de dolo específico deve estar contida na descrição da conduta típica.

Há um panorama de reconhecimento da intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, componentes de um Direito Público Sancionador ontologicamente unitário, segundo alguns autores²². Nessa linha, observa-se que no âmbito do Direito Penal o dolo específico aparece como uma exceção e, quando previsto, vem associado diretamente a um tipo, não sendo disposto em caráter genérico. Aliás, na própria Lei de Improbidade há tipos que remetem ao dolo específico, como as hipóteses constantes do art. 11, V²³ e VI²⁴.

Desta forma, entende-se que naqueles tipos que não remetem diretamente ao dolo específico, exige-se a presença exclusiva do dolo direto. Posicionar-se de outra forma significa ir de encontro ao intento constitucional de sancionar atos de improbidade administrativa, afinal, conforme expõe José de Farias Costa:

O uso pelo legislador de tais elementos especiais subjetivos (intenções, motivos, impulsos afetivos etc.) é extremamente

¹⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Leud, 1997. p. 214.

²⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120) – volume 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 174.

²² DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 53.

²³ Art. 11. V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros.

²⁴ Art. 11. VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades.

delicado, pois raramente se materializam em fatos externos: na esmagadora parte dos casos, não extrapolam a esfera íntima do indivíduo. Até porque, “o mundo psíquico do agente é simplesmente inacessível ao conhecimento do intérprete ou julgador.”²⁵

Acolher-se a tese do dolo específico na caracterização da improbidade administrativa, principalmente nas hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, viola frontalmente o *princípio da proibição de proteção deficiente*, viés do princípio da proporcionalidade, que não admite a deficiência na proteção de um direito fundamental, seja pela eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger ou pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente os agentes, além de tantas outras hipóteses²⁶.

Segundo Lenio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos²⁷.

Impõe-se, então, a interpretação do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 *cum grano salis*, pois além de violar os termos do Decreto nº 5.687/2006, o direito não pode prever o quase impossível, qual seja, a visão de estado de espírito subjetivo, o que quedaria em flagrante inconstitucionalidade.

3. A falácia da impropriedade da culpa no ato de improbidade por prejuízo ao erário: contornos já trazidos pela Lei nº 13.655/2018

No que se reporta ao ato de improbidade por prejuízo ao erário, o texto original da Lei nº 8.429/1992 despertou debates quanto à sua constitucionalidade, diante da previsão da modalidade culposa neste tipo. Fábio Medina Osório²⁸ manifestando-se

²⁵ COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017. p. 406.

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 82.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: de proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem para normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII. p. 180.

²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 273.

quanto a tal questão, aduz que o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ao se reportar às consequências decorrentes da prática de ato de improbidade, não adentrou no mérito do elemento subjetivo da conduta. Ademais, figuras delitivas, constantes do Código Penal, no capítulo destinado aos Crimes contra a Administração Pública, acolhem a modalidade culposa. Acrescente-se que a culpa constante da LIA não se confunde com o erro profissional, ocorrido dentro de uma margem do razoável.

Por outro lado, a improbidade culposa deveria ser sancionada com fiel observância ao princípio da proporcionalidade. Neste sentido, os tribunais superiores vinham reconhecendo a improbidade administrativa em decorrência de conduta culposa²⁹.

É certo que a previsão da improbidade por prejuízo ao erário através de conduta culposa, no texto original da lei, exigiu o entendimento quanto ao seu alcance, uma vez que é negável a ocorrência de erros no exercício da função pública, considerando-se, inclusive, a deficiência técnica de diversos agentes públicos, distribuídos pela União, 26 estados, 5570 municípios e o Distrito Federal, sem que haja efetiva vontade político-administrativa na qualificação de seus profissionais. Assim, partindo-se de uma interpretação literal da redação original da lei, os erros cometidos pelos agentes públicos no exercício de suas funções, caso configurado o prejuízo aos cofres públicos, justificaria seu enquadramento como improbidade administrativa. Nesse diapasão, considere-se o entendimento do STJ, que, inclusive, admitia o dano presumido no caso de dispensa indevida do processo licitatório³⁰.

Sem se colocar em dúvida a possibilidade de se prever condutas culposas de causação de dano ao erário, a leitura inicial e literal da norma foi corretamente ajustada pelos tribunais, atendendo inclusive a apelos doutrinários. Passaram-se a escrutinar a natureza da culpa, sua gravidade, o *iter* percorrido pelo agente na concepção, produção e execução do ato³¹. Tal responsabilidade, além disso, não poderia ser aplicada a todos os agentes públicos indistintamente. Os agentes políticos, que possuem uma grande margem de poder decisório com ampla liberdade funcional, não poderiam ser responsabilizados pelos padrões da culpa comum ou do erro

²⁹ ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. ATO DE IMPROBIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO. 1. Funções burocráticas desenvolvidas por presidente ou tesoureiro da Câmara Municipal, tipicamente administrativas, que provocam dano ao erário público ocasionado por culpa, sujeitará o agente culposo às sanções previstas na Lei n. 8.429/92, pois, como bem afirma Emerson Garcia, não há previsão legal de um salvo-conduto para que se possa dilapidar o patrimônio público. 2. Na reparação de danos prevista no inciso II, do art. 12 da Lei n. 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, além da observância da reprovabilidade e do elemento volitivo de sua conduta, porquanto referida norma busca não só reparar o dano público bem como punir a prática de conduta dolosa ou culposa perpetrada em ferimento ao dever de probidade. (...). (STJ. REsp. 601935/MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. DJ 08.02.2007)

³⁰ REsp. 1.280.231/MG, Rel. Min. Mauro Campbell; REsp. 1.169.153/SP, Rel. Teori Zavascki.

³¹ APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS SEM LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. CULPA GRAVE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. DOLO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. Considerando que a improbidade administrativa é uma ilegalidade qualificada, para sua configuração na modalidade de ato que cause prejuízo ao erário (art. 10. Lei nº 8.429/92), exige-se a demonstração ao menos de culpa grave do agente, o que não se verificou nos autos, na medida em que observadas as orientações estabelecidas pelo próprio órgão para contratação de artistas. (TJ-DF – 07056004220178070018 DF – Data de publicação: 22/01/2020)

técnico, não respondendo civilmente por eventuais erros de atuação, uma vez que a situação dos que governam e decidem é diversa daqueles que apenas administram³².

Nessa perspectiva, a Lei nº 13.655/2018 foi editada com o propósito de incluir no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público. A LINDB contém normas de aplicação reflexa, ou seja, normas de interpretação que serão utilizadas para bem aplicar outras normas. Daí seu caráter de norma suprallegal, a ser observado na interpretação de outras normas jurídicas, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo Guilherme Binenbojm e André Cyrino³³, a insegurança leva o agente público honesto a inibir qualquer iniciativa inovadora, fazendo com que se submeta de forma acrítica e imediata às orientações dos controladores. Os referidos autores acrescentam que *“a insegurança jurídica tende a promover um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de gestores de perfil inovador e interessados na mudança do ‘status quo.’”*³⁴

A influência da LINDB na configuração dos tipos de atos de improbidade administrativa foi evidente, com destaque para a fixação do elemento subjetivo do tipo, trazendo disposições que serviram como anteparo para inegáveis e equivocadas responsabilizações quase que objetivas dos gestores públicos.

Destaca-se, inicialmente, o artigo 28 da LINDB, segundo o qual *“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”* Tal disposição conferiu novo alcance à improbidade por prejuízo ao erário, na modalidade culposa (art. 10), cercando os agentes públicos e políticos de maior grau de segurança jurídica.

Por erro grosseiro, pode-se entender o que tem lugar quando o agente público *“incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício do seu mister.”*³⁵ Esse tipo de erro *“não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto.”*³⁶ É uma linha de razão jurídica que reforça a culpabilidade como princípio básico em matéria de responsabilidade do agente, em se tratando de Direito Administrativo Sancionador³⁷.

³² TOURINHO, Rita. *Discricionabilidade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 210.

³³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 218.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 220.

³⁵ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

³⁶ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 438.

Regulamentando a LINDB, o Decreto nº 9.830/2019 desenha, no seu art. 12, o alcance do *erro grosseiro*, equiparando-o à culpa grave, ao erro inescusável, ao elevado grau de negligência, imprudência e imperícia. Se assim for, não seria qualquer culpa que caracterizaria a improbidade por prejuízo ao erário, conforme historicamente vinha se posicionando a jurisprudência³⁸. O agente que atuasse de boa-fé ou por divergências interpretativas razoáveis não seria punido. Caberia, assim, ao controlador demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa, através de um erro crasso.

Além disso, o art. 22 da LINDB faz aterrissar no mundo real a ação de controle, impondo a consideração das circunstâncias da vida real que orientaram e que justificaram a conduta do agente público na avaliação de sua conduta³⁹. Assim, ao estabelecer que *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados,”* o dispositivo legal detém o exercício abusivo do direito persecutório estatal, judicial ou administrativo.

Por outro lado, na interpretação da norma, é defeso ao agente público deixar de considerar *“as exigências das políticas públicas”* e os *“direitos dos administrados.”* Ou seja, o dispositivo impõe limites interpretativos da norma também ao agente público. Nesta senda, deverá ser interpretado com parcimônia o disposto no art. 1º, § 8º, da nova Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual *“não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.”* Entende-se que, para exclusão da improbidade administrativa neste caso, dois requisitos são essenciais: i) a jurisprudência utilizada na interpretação da norma deve constar expressamente em motivação anterior à prática do ato administrativo⁴⁰, ii) na interpretação da norma não poderá optar por jurisprudência que possa gerar prejuízo às políticas públicas

³⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DECISÃO QUE RECEBE A PETIÇÃO INICIAL – PARECER – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS E ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL – AGRADO PROVIDO – AGRADO INTERNO JULGADO PREJUDICIADO. 1) Quando se trata de parecer jurídico opinativo, a culpa só pode ser revelada por erro grosseiro, ao passo que o dolo pressupõe ato voluntário e consciente com o intuito de endossar ato ilegal ou causar lesão patrimonial ao ente público. 2) não havendo nos autos a demonstração de indícios mínimos de que a agravante teria redigido seu parecer com erro grosseiro ou má-fé, a existência de indícios de irregularidades no processo licitatório não pode, por si só, justificar recebimento de petição inicial contra a agravante. Precedente do STF. 3) Recursos conhecidos. Agravo de Instrumento provido e Agravo Interno julgado prejudicado. (TJ-SP – Agravo Interno AGT 00018050320188030000 AP. Data de publicação 30/04/2019)

³⁹ JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. p. 70.

⁴⁰ “Os motivos devem ser anteriores ou concomitantes à expedição do ato administrativo. Aceitar motivos posteriores à prática do ato é oferecer ao administrador público instrumento para fraudes, é fornecer terreno fértil para práticas abusivas, ilícitas e incontroláveis.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos atos administrativos como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, jul./set./1985. p. 123)

ou a direitos dos administrados, salvo se majoritária. Não observados tais requisitos, não incidirá a referida norma.

A exclusão do tipo culposo na improbidade por prejuízo ao erário ocasionará sérios danos à coletividade, isso porque, infelizmente, o descaso no trato do patrimônio público ainda é bastante considerável no nosso País. O malbaratamento da coisa pública foi durante muito tempo aceito pela sociedade, criando adágios populares como, por exemplo, o “rouba, mas faz.” Parece bem atual a análise feita pelo cientista político argentino Guillermo O’Donnell quanto à tradição brasileira no período pré-constituente de 1988. Naquela oportunidade, reportou-se à incapacidade dos governantes em estabelecer a diferença entre o público e o privado, aduzindo que:

Em todas as oportunidades propriamente políticas, o capricho puramente pessoal (do soberano) decide sobre os limites que correspondem às competências dos seus funcionários (...) A separação entre assuntos público e privados, entre patrimônio público e privado (...) desapareceu à medida que se difundia o sistema de prebenda e apropriações⁴¹.

Pretender-se agora sancionar com fundamento na Lei nº 8.429/1992 apenas ações ou omissões dolosas que geram prejuízo ao erário significa colocar no limbo da impunidade graves lesões ao patrimônio público, causadas pelo evidente descaso, ausência de compromisso e responsabilidade no trato da coisa pública. E não é só. Indiretamente, recolhe-se instrumento utilizado como incentivo às boas práticas administrativas.

Pense-se na aquisição de máquinas de lavar roupas industriais para o sistema penitenciário, deixadas a relento por mais de dois anos, sem que qualquer providência tenha sido adotada para instalação, com avaria total dos equipamentos, por *descaso*. Ou, ainda, na aquisição de medicamentos com prazo de validade exíguo em quantidade superior à necessária, por *grave negligência*. Quem sabe, então, na situação do fiscal de obra que, por mera *indisposição*, não efetiva a fiscalização, acatando as informações apresentadas pelo executante do contrato, que, posteriormente, revelam-se falsas, com prejuízo ao erário. São todas condutas que, a partir das alterações trazidas na Lei nº 8.429/1992, não serão mais consideradas ato ímprobos, ficando a sociedade no aguardo da *responsabilização administrativa* de tais agentes.

Por outro lado, deve-se salientar a independência das ações de ressarcimento de danos em face dos agentes públicos que causam danos ao erário, conforme salienta o art. 12 da LIA ao estabelecer que:

⁴¹ O’DONELL, Guillermo. A transição é um imenso pastiche. *Revista Senhor*. 18.08.1987.

Independente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. (grifo nosso)

Com efeito, o agente público que causa lesão ao erário por atuação culposa será responsável pelo ressarcimento de danos, bastando, para tanto, que tenha atuado com culpa, o que se depreende do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Como tal situação afasta-se do direito sancionatório, deverá ser aplicado o significado de *culpa civil*.

Diversamente do Direito Penal, onde se acentua o aspecto subjetivo da culpa, no Direito Civil, os critérios de imputação de ilícitos são orientados a uma concepção objetiva e abstrata da culpa⁴². A culpa, para fins de ressarcimento, consiste na ausência da atenção que ocorre normalmente na vida em relação àquilo que é especificamente demandado pela função ou tipo de atividade do sujeito⁴³. Atente-se, inclusive, quanto à possibilidade do agente público ser responsável pelo ressarcimento de dano moral coletivo, assim compreendido como o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, que possui uma dimensão ética e valores morais que suportam um sentimento de repulsa por fato danoso irreversível de difícil reparação, ou de consequências históricas⁴⁴.

4. Redução indevida da improbidade por violação de princípios sob a perspectiva da segurança jurídica

A submissão da atuação estatal aos princípios administrativos é norma constitucional explícita no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Assim, tanto na atuação vinculada, quanto na atividade discricionária, os agentes públicos têm o dever de atuar pautados em princípios administrativos. Ocorre que não adianta determinação constitucional de obediência aos princípios administrativos sem que haja um meio eficaz de punir sua violação. Segundo Von Ihering, *“o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito.”*⁴⁵ Assim, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, na sua versão original, determinou sanções de natureza pessoal ao agente público que violasse princípios administrativos. A Lei de Improbidade

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193.

⁴³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5: la responsabilità*. Roma: Giuffrè. 2019. p. 575.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 254.

⁴⁵ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 27.

seria, então, considerando a abordagem de Von Ihering, a espada voltada a garantir a observância dos princípios administrativos que estariam na balança.

Ocorre que a interpretação literal do *caput* do art. 11 também era capaz de levar a acoimar como ímprobos condutas meramente ilegais, gerando cenário de insegurança jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, manifestando-se quanto ao princípio da segurança jurídica, afirma que *“a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vistas as ulteriores consequências imputáveis a seus atos.”*⁴⁶

Como bem destaca Humberto Ávila⁴⁷, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, proibições ou permissões, os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, determinam a realização de um fim jurídico. Assim, *“os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (state of affairs, idealzustand), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas.”*⁴⁸ Por certo que a carga de significados que acompanha os princípios administrativos acaba por gerar certa insegurança quanto ao atingimento dos propósitos finalísticos contemplados.

No âmbito da improbidade administrativa, tal desencontro de posições quanto à efetiva infração principiológica refletia-se em divergências de entendimentos jurisprudenciais. Por exemplo: a inaplicabilidade do percentual mínimo destinado aos recursos direcionados à saúde ou à educação constitui ato de improbidade por violação de princípios? A afronta legal viola a finalidade da norma a ponto de caracterizá-la como improbidade? Pesquisa jurisprudencial é capaz de indicar posições opostas entre os tribunais⁴⁹, o que confirma a ausência de uniformidade quanto às condutas caracterizadoras de improbidade por violação de princípios na redação original da LIA.

A LINDB, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, também trouxe limites à interpretação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. O art. 22, já mencionado, prevê a possibilidade de o julgador considerar as circunstâncias de ordem prática que turbem a aplicação dos comandos normativos como causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa⁵⁰. Por outro lado, o art. 20 impôs, para caracterização da improbidade por violação de princípios, a necessidade

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 108.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

⁴⁹ Decisão monocrática nº 1335745, Min. Mauro Campbell, considerou como caracterizada a improbidade por violação de princípios a não aplicação do percentual mínimo na saúde. Em sentido contrário, decisão do STF no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE nº 743560-PR.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 109.

de se relacionar o princípio violado ao caso concreto, estabelecendo qual o verdadeiro risco de dano ao interesse público em virtude da afronta. Ademais, como o dolo é elemento subjetivo exigido na qualificação desse tipo de improbidade, o propósito livre e consciente de atuação em desacordo com a principiologia empregada deverá ser demonstrado, o que envolve a afronta à moralidade administrativa.

Ressalte-se, ainda, que a ampliação indevida do conceito de *imoralidade administrativa* na fixação da conduta enquadrada como improbidade por violação de princípios, que criava uma espécie de responsabilização objetiva pessoal, já estava sendo repelida. Desta forma, consolidava-se entendimento segundo o qual não viola a probidade a simples divergência de interpretações entre controlado e controlador, desde que os fundamentos expostos de um e de outro lado sejam razoáveis. Nesse sentido já se assentava a jurisprudência dos Tribunais Superiores, senão vejamos:

A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. (...) nem toda ilegalidade é ímproba. (...) Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações⁵¹.

Observa-se, então, que no campo da violação dos princípios, tanto o Ministério Público como a Magistratura encetaram avanços na aplicação da norma que combate os atos de improbidade. Viu-se com maior clareza o hiato entre a violação objetiva da lei e o ato de improbidade; o tempo permitiu maior consolidação da doutrina⁵² e da jurisprudência⁵³ acerca do conteúdo dos princípios administrativos, retirando, se não todas, muitas impurezas na aplicação da norma repressora neste caso.

Passou-se, paulatinamente, a se assimilar mecanismos de negociação em torno de atos de improbidade, inclusive em casos de violação de princípios, afastando a

⁵¹ REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014.

⁵² Segundo Emerson Garcia, “*não se nega, é evidente, a necessidade de cautela no manuseio do art. 11 da Lei de Improbidade, pois, como dissemos anteriormente, as noções de improbidade formal e de improbidade material não ocupam, necessariamente, o mesmo plano existencial, sendo plenamente factível a presença da primeira desacompanhada da segunda.*” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 424)

⁵³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “(...) *cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.*” (1ªT, REsp. n. 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/03/2004, DJU 24/5/2004)

dificuldade dos operadores jurídicos de persecução de tratar muitas situações. A introdução, na Lei de Improbidade, do art. 17, § 1º, admitindo a formalização de Acordo de Não Persecução Civil – ANPC, efetivada pela Lei nº 13.964/2019, inclusive sem a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, constituiu importante avanço no aprimoramento legislativo, agora colocado em risco em virtude das alterações firmadas pela Lei nº 14.230/2021.

No que se reporta especificamente à improbidade por violação de princípios, a dinâmica legal adotada pela Lei nº 14.430/2021, estabelecendo o art. 11 como um tipo taxativo, com a descrição das condutas caracterizadoras da violação, não é de todo criticável. Acredita-se, inclusive, que tal dinâmica se aproxima da segurança jurídica tão almejada pelos administradores públicos.

Com a nova redação legal, os 10 (dez) incisos estabelecidos exemplificativamente no art. 11, passam a ser 08 (oito) dispositivos taxativos. Assim, quatro foram revogados (I, II, IX e X), quatro tiveram suas redações alteradas (III, IV, V e VI), mantendo-se a redação original de apenas 2 (dois) incisos (VII e VIII), com o acréscimo de 02 (dois) novos (XI e XII).

Alguns dos tipos trazidos no referido artigo exigem expressamente o dolo específico, cujas críticas já foram lançadas em tópico anterior⁵⁴.

Desta forma, o inciso V prevê como improbidade por violação de princípios *“frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros.”* Tais condutas afrontam não só o princípio da impessoalidade, como também normas constitucionais expressas que exigem a realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, CRFB) e o processo de licitação pública antecedendo os contratos administrativos, ressalvados os casos especificados na legislação (art. 37, XXI, CRFB). Por certo que a escolha administrativa, sem critérios objetivos e consequente violação da imparcialidade, leva logicamente ao benefício do terceiro escolhido. Nessa situação, não parece necessário que se ingresse no âmago do agente público, buscando-se elementos reveladores do seu propósito finalístico, quando o benefício, neste caso, é irrefutável.

Deve-se também ressaltar a hipocrisia legislativa revelada na falsa intensão de se punir agentes políticos em face da prática do nepotismo. Segundo o inciso XI do art. 11, configura improbidade por violação de princípios:

[n]omear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de

⁵⁴ Art. 11, V e VI.

cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Observa-se que o dispositivo repete os termos da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de não constar expressamente entre os tipos exemplificativos na redação original do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o nepotismo é considerado prática que afronta os princípios administrativos constitucionais⁵⁵ e, portanto, configura ato de improbidade administrativa.

Aponta-se como marco essencial no combate ao nepotismo a Resolução nº 7, de 18.10.2005⁵⁶, editada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, regulamentando o disposto no art. 103-B, parágrafo 4, II, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da aludida Resolução, ao argumento de que se encontra em completa sintonia com os axiomas constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal, destacando-se os princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, ao mesmo tempo em que repudiou a tese de ofensa ao princípio federativo, eis que o Conselho Nacional de Justiça não usurpou qualquer função atribuída ao Poder Legislativo⁵⁷.

A princípio, a previsão expressa do nepotismo como ato de improbidade por violação de princípios parece um avanço, porém, o disposto no § 5º do referido artigo traduz um retrocesso de franca inconstitucionalidade. Segundo consta do referido parágrafo, *“não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.”* Desta forma, cria-se a necessidade de exaurimento da conduta caracterizadora do nepotismo, ou seja, não basta a indicação de parentes em franca oposição ao que consta da Súmula Vinculante nº 13, do STF, necessário se faz a indicação de uma *“finalidade ilícita.”* Ora, o beneficiamento do laço de parentesco de *per se* não seria finalidade ilícita? O que pretende o dispositivo quando exige a *“necessária demonstração do dolo com finalidade ilícita?”*

⁵⁵ O STJ, com base no entendimento externado pelo STF na ADC-MC nº 12/DF, entendeu que o nepotismo viola a impessoalidade, reconhecendo a prática de ato de improbidade na conduta de Presidente da Câmara de Vereadores que nomeara sua esposa como assessora parlamentar do órgão. (2ª T, REsp. n. 1.009.926/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17/12/2009, DJ de 10/2/2010)

⁵⁶ Esta emblemática Resolução do CNJ proibiu expressamente a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro), parente em linha reta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção, ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento.

⁵⁷ ADC 12-mc, Rel. Min. Carlos Aires Britto, sendo requerente a Associação de Magistrados do Brasil. (informativo STF n. 416, fev. 2006)

Certamente o intento normativo é blindar os exercentes de mandatos eletivos que permanecem com o firme propósito de tornar a Administração Pública uma extensão do núcleo familiar. A inclusão da exceção legal torna atual ponderação exposta por Sérgio Buarque de Holanda:

No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade⁵⁸.

Deve-se salientar, no entanto, que a ressalva legal afasta apenas os exercentes de mandatos eletivos, não alcançando, por exemplo, Ministros de Estado⁵⁹, que por delegação exercem a competência para nomear ocupante de cargo em comissão, com violação do inciso XI do art. 11. Tal exceção é flagrantemente inconstitucional, por violação do princípio da isonomia. A observância do princípio da isonomia tem como principal destinatário o legislador, uma vez que, por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontram na isonomia a primeira e mais fundamental de suas limitações⁶⁰. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *“dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que o próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.”*⁶¹ Só se admite a utilização de discriminações normativas em situações justificadas pelas diferenças observadas. No presente caso, a alteração normativa visa apenas favorecer os exercentes de mandatos eletivos, cuja tradição patrimonialista encontra no nepotismo uma das razões do exercício do cargo.

Considere-se que referido dispositivo é eivado de vício de constitucionalidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes no sentido de que a prática de nepotismo viola o princípio da moralidade administrativa, sendo inconstitucional Lei que permita tal prática. Veja-se:

⁵⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 146.

⁵⁹ Decreto Federal nº 9.794/2019, trata de situações de delegação de competência para nomeação de agentes para cargos de comissão e funções de confiança.

⁶⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. III. p. 30.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 512 DA LEI ESTADUAL N. 12.342/94-CE. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL. EXCEÇÃO AOS SERVIDORES QUE ESTIVESSEM EM EXERCÍCIO DO CARGO NO MOMENTO DA EDIÇÃO DA NORMA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. 1. A vedação ao nepotismo na Administração Pública decorre diretamente da Constituição Federal e sua aplicação deve ser imediata e verticalizada. 2. Viola os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia diploma legal que excepciona da vedação ao nepotismo os servidores que estivessem no exercício do cargo no momento de sua edição. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente⁶².

Por fim, cabe mais uma vez ressaltar a impropriedade e inconstitucionalidade da exigência do dolo específico para configuração da improbidade por violação de princípios, constante do § 1º do art. 11, segundo o qual:

Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

As ponderações em face de tal exigência já foram realizadas em tópico anterior, não sendo por demais repetir que inviabiliza a aplicação do art. 11, além de se revelar inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade no viés da proibição de proteção deficiente.

5. Conclusão

Certamente, toda a movimentação trazida pelas alterações impostas à Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei nº 14.230/2021, decorreu da transmutação quase que completa do instrumento legal construído sob a égide da Constituição Democrática de 1988, que inovou com a inserção da improbidade administrativa no seu corpo, prevendo sanções direcionadas ao agente público no art. 37, § 4º, distanciando-se das Constituições anteriores, que se limitaram a contemplar o enriquecimento ilícito, uma das formas de improbidade, considerada de difícil demonstração.

⁶² STF. ADI 3094/CE. Rel. Min. Edson Fachin. Data de Julgamento 27.09.2019.

Nessa nova versão, a Lei de Improbidade Administrativa, a um primeiro olhar, parece não mais se preocupar com os prejuízos gerados aos cofres públicos frutos da grave irresponsabilidade, incompetência e descaso de agentes públicos. Por diversas vezes, afirma que a aplicação da lei está condicionada à comprovação da vontade livre e consciente na prática do ato. Ou seja, reduz a improbidade administrativa à atuação desonesta. Porém, no afã reducionista, o legislador, ao estabelecer tipos taxativos no art. 11, deixa de fora diversas condutas desonestas praticadas por agentes públicos, que maculam gravemente a gestão administrativa e comprometem a credibilidade dos Poderes do Estado. Assim, não mais se caracteriza como improbidade o assédio moral no âmbito da Administração Pública. Também não encontra guarida na lei a solicitação de propina feita por agentes públicos.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho⁶³, o nosso país é afamado pela distância entre a realidade e a norma jurídica. A nova Lei de Improbidade, na sua interpretação literal, distancia-se da realidade ao ponto de se tornar inaplicável, seja no seu aspecto material – caso, por absurdo, exija-se o dolo específico na constituição do ilícito – seja no seu aspecto processual – se porventura se acolher integralmente o prazo de 04 (quatro) anos para a prescrição intercorrente.

O tempo certamente mostrará as implicações dessa nova roupagem conferida pelo Congresso Nacional à Lei de Improbidade Administrativa.

Como ponto positivo, pode-se afirmar que os quase 30 (trinta) anos de convivência com a Lei nº 8.429/1992 impactaram no meio social. A sociedade brasileira, hoje mais organizada, tem consciência que possui direito público subjetivo a uma administração honesta. Não mais se admite a afirmação de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando atingem determinada finalidade ou utilidade para o público. A atuação administrativa jamais poderá se distanciar dos princípios que rondam a administração pública, seja qual for a finalidade almejada. Pretende-se uma administração moral, fundamentada nos valores da lealdade, boa-fé, honestidade, justiça. Deseja-se uma administração ponderada, que observe a proporcionalidade entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos. Esses são propósitos aos quais a Lei de Improbidade terá que se adequar para atender, sob pena de cair no limbo normativo.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo Juspodivm/Malheiros, 2021.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5: la responsabilità*. Roma: Giuffrè. 2019.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Forense, 1997. p. 73.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, Andre. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. *Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. III.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Forense, 1997.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada. In: ZANETI Jr, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequadas para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANCO, Silva Alberto *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 1996, n. 204.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – volume 1*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Bosoí, 1970.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

O'DONELL, Guillermo. A transição é um imenso pastiche. *Revista Senhor*. 18.08.1987.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Leud, 1997.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: de proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem para normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos Atos Administrativos como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, jul./set./1985.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2009.

A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. A autocomposição e a origem do processo coletivo. 2. Ampliação da autocomposição e mudanças legislativas. 3. O discurso da aceitação da autocomposição e as restrições para sua efetividade. 4. A autocomposição, as limitações e as possibilidades: entre o discurso e a prática. 5. Encerramento: o regramento da autocomposição coletiva no PL nº 1641/21. Bibliografia.

1. A autocomposição e a origem do processo coletivo

O processo coletivo não poderia ficar imune ao movimento cultural, com conhecidos reflexos legislativos, da invasão do consenso nos vários campos do Direito. Ainda essa que afirmação pudesse parecer intuitiva por haver previsão de compromisso de ajustamento de conduta desde a década de noventa do século passado, as discussões sobre sua natureza jurídica revelam que havia forte resistência à ideia de acordo no processo coletivo.¹

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Basta examinar as discussões originais sobre a natureza do compromisso de ajustamento de conduta, a insistência em incluir os “princípios” da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público e, especialmente, a absoluta ausência de debate sobre o tema nas diversas publicações até o início deste século. Por exemplo, na síntese conclusiva de Geisa de Assis Rodrigues, o termo de ajustamento de conduta “*é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial. É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais. Independentemente de seu rótulo, não pode ter como resultado disposição, nem transação de direito transindividual.*” (*Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 281; nesse mesmo estudo, que foi fundamental para a evolução do tema no país, a autora expõe as teorias sobre a natureza do ajustamento de conduta nas p. 122-139 confirmam-se, ainda: PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 121-125. MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 211-213). Sobre a obrigatoriedade da ação civil pública: SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: ação civil pública – ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007; *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72-75; FERRARESI, Eurico. *O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. Temas Atuais do Ministério Público*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 328-335. Análise crítica do campo de negociação no compromisso de ajustamento de conduta, buscando sua ampliação, em NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, capítulo 2. Tentando conciliar as posições: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 388-389. Na jurisprudência, em acórdão recente, ainda se vê o impacto dessa ideia atávica que encontra a autocomposição como

O inquérito civil, por exemplo, teve inspiração no inquérito policial² e ainda hoje é visto como instrumento limitado à colheita de provas destinadas ao Ministério Público,³ quando, na realidade, deve ser visto como meio propício também para o diálogo e a possibilidade de autocomposição,⁴ além de se discutir com mais profundidade a questão da coletivização da prova, sobretudo diante dos arts. 381-383, CPC, que cuidam do direito autônomo à produção da prova e que pode ser bastante

alternativa heterodoxa e passível de desconfiança: “[...] 2. No âmbito da tutela de direitos transindividuais, as partes da relação jurídica processual não coincidem com as partes da relação jurídica de direito material. Igualmente, no cenário da celebração de compromissos de ajustamento de conduta, os legitimados – órgãos públicos, nos dizeres do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 – não manuseiam direitos próprios, mas de terceiros. Por consequência lógica, muito embora detenham, por força de lei, a faculdade de celebrar compromisso de ajustamento de conduta, não detêm a disponibilidade do conteúdo material do direito controvertido, seguindo-se daí a regra segundo a qual não se pode transacionar com direito alheio (arts. 844 e 850, *in fine*, do Código Civil de 2002), independentemente de discussão acerca da disponibilidade de tais direitos. 3. Assim, a autocomposição levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados, na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não constituirá jamais renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos em proveito dos reais detentores do direito material controvertido. Caso assim não fosse, o instrumento de proteção de direitos transindividuais se transmutaria em mecanismo de restrição de direitos, exatamente na contramão de seu propósito e, em última análise, em frontal ofensa ao comando constitucional segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ (CF, art. 5º, inciso XXXV) 4. Com efeito, a sentença proferida em ação civil pública, ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, se mais vantajosa aos beneficiários, deve prevalecer em face de termo de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público e o demandado, seja pela preponderância da coisa julgada, seja pela independência das esferas judicial e administrativa, seja, ainda, pela qualidade e titularidade dos direitos controvertidos. 5. Recurso especial não provido.” (REsp 1309948/SP, DJe 24/02/2015) Mais remotamente no Superior Tribunal de Justiça, vale conferir o REsp 8.714/RS, DJ 10/02/1992, p. 856. Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. A contribuição do STJ para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta: desafios pretéritos e atuais. *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão* (livro coletivo). Brasília: ANPR, 2019, p. 92-131 (anpr.org.br/imagens/Livros/temas_do_ministerio_publico_2019.pdf).

² “Por semelhança com o inquérito policial [...] também na área não penal a instituição deveria ser dotada de um mecanismo de investigação administrativa, destinado a colher dados para a propositura da ação civil pública.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. *Funções Institucionais do Ministério Público* ALLVES; RUFINO; SILVA (Org.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 402-403)

³ O inquérito civil é assim definido pelo Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 23/2007: “O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.” No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, no art. 11 da Resolução GPGJ 2227/2018, vem assim definido: “O inquérito civil, de natureza inquisitiva, unilateral e facultativa, destina-se à colheita das provas necessárias à atuação do Ministério Público, nos termos da legislação de regência.” A insuficiência e a limitação dessa ideia do inquérito civil como instrumento unilateral e destinado a fornecer provas para o Ministério Público é evidente sob o aspecto da autocomposição e também dos processos estruturais. Confira-se, a propósito, VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 132-134.

⁴ Neste texto não serão discutidos os conceitos e campos de aplicação das formas de autocomposição, já que o objetivo é refletir sobre o campo negocial envolvendo o processo coletivo (a convivência de vários instrumentos autocompositivos, aliás, é plenamente possível, como se extrai do art. 174, III, CPC; cf. ALVIM, Thereza; CUNHA, Igor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de processo*. Vol. 304. São Paulo: RT, junho de 2020, p. 379-405). Para refinamento conceitual envolvendo a autocomposição, a doutrina brasileira vem produzindo muitos estudos e deve ser registrada como referência essencial a uma coletânea bastante ampla e onde se encontrarão referências bibliográficas para os temas específicos relevantes: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Ainda: CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador.” *Revista de Processo*. Vol. 259. São Paulo: RT, setembro de 2016, p. 471-489.

útil na tutela coletiva, incluindo o próprio inquérito civil.⁵ É evidente que o inquérito civil possui essa função instrutória, mas não se resume a isso e muito menos possui o destinatário exclusivo um dos legitimados ativos. Pensar o inquérito civil apenas como instrumento administrativo para a obtenção unilateral de provas, com “contraditório mitigado,” é limitar e subaproveitá-lo, além de estacioná-lo no tempo. A produção de provas configura um importante estímulo à autocomposição (e a redação do art. 381, II, CPC, não é ociosa), o que é mais uma razão se conferir maior complexidade no manuseio do inquérito civil.⁶ É interessante observar, nesse movimento de mão e contramão entre o processo civil e penal,⁷ o consenso na seara penal já é trabalhado com mais naturalidade, enquanto que na tutela coletiva permanece esse enfoque inquisitorial mais clássico, o que exigirá maior adaptação por exigência legal diante da possibilidade de acordos de não persecução⁸ na improbidade administrativa⁹ e de solução consensual, e outros institutos negociais, como a colaboração premiada.¹⁰

⁵ PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da Prova*. São Paulo: RT, 2020.

⁶ No projeto de Lei nº 4441/2020 isso já foi percebido e pode ser aperfeiçoado no processo legislativo: “art. 26 [...] § 4º Para o esclarecimento do fato objeto de investigação, deverão ser colhidas as provas pertinentes, sem prejuízo, se necessário, da instauração de processo jurisdicional de produção antecipada de prova. [...] § 12 No decorrer do inquérito civil poderão ser celebrados negócios jurídicos de direito material ou processual, ainda que não importem arquivamento parcial ou total do procedimento,” com a disciplina da autocomposição coletiva nos arts. 27/42.

⁷ Para utilizar a expressão de conhecido trabalho de Barbosa Moreira: Processo civil e penal: mão e contramão? *Temas de Direito Processual* (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001. Sobre o consenso no processo penal, com indicações bibliográficas complementares: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, capítulo 1. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166. São Paulo: RT, abril de 2020, p. 241-271. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

⁸ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 305. São Paulo: RT, julho de 2020, p. 17-44.

⁹ A nova lei de improbidade administrativa modificou profundamente o sistema antes vigente e, entre tantas novidades e diversos retrocessos, previu com alguma minúcia o acordo de não persecução cível. Trata-se de tema complexo e que merece estudo apartado, de modo que neste texto fazemos apenas o registro e deixamos a seguinte referência bibliográfica, em que há vários textos sobre o acordo: *Improbidade Administrativa*: principais alterações promovidas pela lei nº 14.230/2021. CAMBI; GARCIA; ZANETI JÚNIOR (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. A título de curiosidade, no Superior Tribunal de Justiça foi homologado o primeiro acordo em improbidade administrativa: Acordo no AREsp 1314581/SP, DJe 01/03/2021; julgados interessantes também em Acordo nos REsp n. 1.921.272/SP, EAREsp n. 102.585/RS e AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.787.217/SP.

¹⁰ Sobre o tema, vale conferir julgado restritivo do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1464287/DF, DJe 26/06/2020) e, como contraponto, na doutrina: DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil*: processo coletivo. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 401-405. Registre-se que a matéria foi afetada como repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (tema 1043), ainda pendente de julgamento. Para uma síntese histórica e análise de questões relacionadas ao tema: LANE, Renata. *Acordos na Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. Trata-se de tema específico reservado para lei própria e que está em debate legislativo, de modo que não será tratado neste artigo.

2. Ampliação da autocomposição e mudanças legislativas

Com o movimento doutrinário e legislativo¹¹ ampliando as possibilidades de consenso em domínios clássicos do direito público,¹² especialmente o penal e o administrativo,¹³ formou-se campo amplo para que se estabelecessem discussões sobre a autocomposição na tutela coletiva, passando a ocorrer na prática muitas autocomposições¹⁴ à míngua – e apesar – da quase inexistente de disciplina normativa.

¹¹ Além das previsões legislativas sobre o compromisso de ajustamento de conduta, e também os atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente as resoluções nº 118/14 e 179/17, as seguintes leis podem ser indicadas como integrantes de um conjunto normativo robusto autocompositivo: leis dos Juizados Especiais, Lei Anticorrupção, Código de Processo Civil, Lei da Mediação, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (especialmente seu art. 26), lei da transação de créditos da Fazenda Pública, Lei do mal denominado “pacote anticrime” e nova Lei de Licitações, por exemplo.

¹² Cf. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. SOUZA, Luciane Moessa. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahls. Câmara de Arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, nº 217. São Paulo: RT, março de 2013. Nessa discussão há relevância fundamental da atual conformação do princípio da legalidade: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. Para uma discussão envolvendo a arbitragem coletiva: NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration*: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015. FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual*: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Londrina: Thoth, 2021, especialmente para o que interessa ao presente debate, p. 189-203 e 335-343.

¹³ O consenso no campo administrativo já possui histórico legislativo relevante, mas o art. 26 da LINDB possui potencial para ampliação significativa, sobretudo se o cotejarmos com as leis de mediação e de arbitragem. Sobre o tema, com bibliografia complementar, confirmam-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Acordos Administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020. MACHADO, Gabriel. *Acordos Administrativos*: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021.

¹⁴ A bibliografia é extensa e como referência mínima há relevante coletânea coordenada por Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral: *Justiça Multipartas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença,” mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de provimento de todos os serviços públicos essenciais, como se pode ver nos recentes debates sobre a extrajudicialidade de algumas situações e a “inovadora” solução é atribuir a atividade ao serviço cartorial. Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sociocultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras. Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um imenso número de municípios, com comarcas cujas sedes são muitíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados, com um atendimento ao público ineficiente e precário. Em pesquisa divulgada em março de 2013, por exemplo, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço (www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria). Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados.” (CHASE. *Derecho, cultura y ritual*: sistemas de resolución de controversias en un

Não deixa de ser curioso observar que diante de uma prática que já era visível o Conselho Nacional do Ministério Público editou em 2014 a resolução nº 118, que instituiu a “política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público,”¹⁵ incluindo a “negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos.”¹⁶ Posteriormente, na sequência das várias leis que valorizaram ainda mais a autocomposição, foi editada resolução mais sofisticada sobre o compromisso de ajustamento de conduta,¹⁷ fornecendo um ambiente normativo mais adequado para o tema, ainda que seja discutível o exercício dessa função por um órgão administrativo.¹⁸

contexto intercultural. Fernando Martín Diz (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009). Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais. Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população (interessante observação de Taruffo, no trabalho antes citado, p. 115-120, no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa,” por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição.” Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 19-21). Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea, como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência.

¹⁵ De acordo com os dados consolidados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos últimos dois anos foram celebrados vinte mil termos de ajustamento de conduta em todo o país pelo Ministério Público (<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2021>).

¹⁶ Na justificativa da resolução, constam referências legais que indicavam a possibilidade de consenso, como já mencionado: “considerando as várias disposições legais (art. 585, inciso II, do CPC; art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995; art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, entre outras), que conferem legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas; considerando que o Ministério Público, como instituição permanente, é uma das garantias fundamentais de acesso à justiça da sociedade, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129, da CR/1988), funções essenciais à efetiva promoção da justiça; considerando que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei nº 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.”

¹⁷ Trata-se da resolução CNMP nº 179/2017; todos os atos normativos do Conselho estão disponíveis no respectivo endereço eletrônico institucional. O Conselho Nacional do Ministério Público também regula o inquérito civil por meio da Resolução nº 23/2007 (já alterada algumas vezes), cuja previsão constitucional até hoje não foi acompanhada de disciplina legislativa adequada. Além disso, o referido Conselho, por meio da Resolução nº 174/2017, coonestou a prática do “procedimento administrativo” destinado a “acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado; acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições; apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis; IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil,” assinalando que o “procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.” Esse procedimento administrativo foi considerado adequado para questões envolvendo litígios estruturais por Edilson Vitorelli (*Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 134-136; nas p. 151-156, o autor tece importantes críticas à referida resolução CNMP nº 179/17).

¹⁸ Há três projetos legislativos que visam a alterar a Lei da Ação Civil Pública e todos cuidam da autocomposição coletiva, como se verá em tópico próprio.

Nesse contexto normativo, assume especial proeminência o Código de Processo Civil, não só por sua aplicabilidade evidente na tutela coletiva (arts. 19 e 21, LACP, e art. 90, CDC, além do fato de ser inerente à própria estrutura codificada sua aplicação expandida às leis especiais), mas sobretudo por suas diversas previsões que significam ou reforçam mudanças legislativas e culturais, notadamente o protagonismo das partes, o estímulo à autocomposição e a possibilidade de negócios processuais atípicos.¹⁹

A flexibilidade procedimental, por exemplo, encontra respaldo normativo no Código de Processo Civil em vários dispositivos (por exemplo: arts. 69, 139, IV e VI, 190, 200, 297, 327, § 2º, 354, par. único, 356, 357, §§ 2º e 3º, 369, 493, 536, § 1º, CPC) e é aplicável perfeitamente aos processos coletivos e necessariamente é utilizada nos denominados processos estruturais.²⁰

Nos denominados processos estruturais, a propósito, o consenso se mostra de especial relevância em diversos momentos, desde a fase extrajudicial até os momentos de efetivação das providências, mas a discussão não pode se localizar apenas em questões processuais ou de adequação ao estabelecido na decisão judicial, mas, sim, nos limites e possibilidades de efetiva autocomposição, ou seja, se realmente existe espaço para acordos envolvendo direitos coletivos.

Além de base normativa para adaptações procedimentais, o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação formam um conjunto normativo bastante relevante para a autocomposição em litígios coletivos.²¹ Outro dispositivo com especial importância é o art. 190, CPC, já que os negócios processuais atípicos podem facilitar a autocomposição

¹⁹ A primeira parte do que escrevi como tese de doutorado foi toda dedicada ao debate cultural sobre o protagonismo das partes no processo, com indicação de razoável bibliografia complementar: *Negócios Processuais sobre o ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 25-139.

²⁰ “O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).” (DIDIER JR.; ZANETTI JR.; OLIVEIRA. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Processos Estruturais*. ARENHART; JOBIM (Coord.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 430-431). O conceito de processo estrutural é, claro, um tema polêmico, mas, para o fim do presente texto, o trecho transcrito ilustra com exatidão o ponto a ser ressaltado. Há, por exemplo, quem sequer limite os processos estruturais aos processos coletivos. Para toda essa discussão, a coletânea referida nessa nota é um livro fundamental e concentra os estudiosos que mais se dedicam ao tema, resultando em uma leitura incontornável. Acrescente-se, ainda, o já citado livro do Edilson Vitorelli, autor que também integra a referida coletânea.

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ, volume 19, maio/agosto de 2018 (www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp). PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Processo* Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016, p. 371-411. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*. Vol. 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019, p. 531-552.

e integrar o respectivo instrumento, facilitando o diálogo e constando, por exemplo, em cláusulas de compromisso de ajustamento de conduta.²² Havendo processo jurisdicional em curso, a fase da organização, nos moldes delineados no art. 357, CPC, é um componente importante na busca da autocomposição, como consta na Recomendação nº 76/20 do Conselho Nacional de Justiça.²³ Independentemente do método de autocomposição, o certo é que deve ser adaptado a peculiaridades do processo coletivo e a primeira que soa evidente é a impossibilidade de confidencialidade, ainda que não se envolva a Fazenda Pública,²⁴ porque é incompatível com a natureza da tutela de direitos transindividuais a existência de sigilo, assim como não se deve incidir automaticamente a designação da audiência de mediação ou conciliação.²⁵

3. O discurso da aceitação da autocomposição e as restrições para sua efetividade

Persiste, porém, o principal problema já sugerido no início deste texto: a ausência de titularidade do direito material pelo legitimado.²⁶ Essa situação ainda recebe acréscimo de dificuldade se se considerar que há indisponibilidade intrínseca às questões veiculadas em ações coletivas.²⁷ Essas duas limitações podem significar, portanto, o esvaziamento da possibilidade de efetiva autocomposição, reservando

²² O tema é tão complexo quanto amplo, merecendo referência e monografia específica, em que se encontram indicações bibliográficas complementares: MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.

²³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

²⁴ Se presente a Fazenda Pública, ainda que não se trate estritamente de processo coletivo, jamais incidirá o sigilo (cf. FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*. Vol. 982. São Paulo: RT, p. 323-333, agosto de 2017).

²⁵ Cf. NUNES, Bruno José Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Da designação de audiências para autocomposição em processos coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: RT, setembro de 2018, p. 417-431. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo, RT, junho de 2021, p. 239-272. Para exame mais amplo dessas questões: PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Processo*. Vol. 261. São Paulo: RT, novembro de 2016, p. 467-497. Ponto muito relevante está no impacto das formas de autocomposição na prescrição: ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. Ações individuais no caso rio doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. *Revista de Processo*. Vol. 298. São Paulo: RT, dezembro de 2019, p. 193-217. Entendendo ser aplicável o art. 334, CPC: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 397-399.

²⁶ Para uma abordagem que revela ainda mais complexidade do tema: VITORELLI, Edilson. De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 8. São Paulo: RT, julho/dezembro de 2018, p. 251-297.

²⁷ Mesmo nos casos de direitos individuais homogêneos, o tratamento coletivo levaria a uma indisponibilidade que justificaria até a legitimidade coletiva e que, portanto, seria afetada até a fase de execução, quando, então, haveria o retorno da individualidade e, portanto, da disponibilidade. Evidentemente essa noção aqui simplificada ao máximo é pródiga em controvérsias e para aprofundamento com referências sobre o tema e apreciação crítica: OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, especialmente capítulo 4. Note-se que, ainda que se considerem os direitos individuais homogêneos em seu aspecto processual, persiste a questão envolvendo a representação adequada para a autocomposição de um legitimado que não é o titular do direito material.

para um discurso sem efetividade. Se nada pode ser cedido, não há espaço para autocomposição, salvo se houver uma aceitação retórica da submissão como acordo.

Em relação à falta de titularidade do direito material – situação que sempre estará presente na tutela coletiva –, se a discussão envolvendo a representação adequada é intensa quando se discute a própria legitimidade ativa, o tema recebe novas cores ao se pensar na possibilidade de acordos, já que a disposição de direitos ortodoxamente se vincula à sua titularidade.

Mesmo que se considere que a autocomposição encontra espaço na indisponibilidade,²⁸ mantém-se no processo coletivo a limitação decorrente da legitimidade, que pode ser sintetizada neste excerto: “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que os legitimados para o ajuizamento da ação coletiva não são titulares do direito material discutido em juízo, motivo pelo qual não podem renunciar ou dispensar direitos e obrigações, os quais constituem requisitos essenciais para a promoção de concessões mútuas relacionadas à transação. Logo, a disponibilidade que o legitimado coletivo possui e exercita por meio do acordo é restrita ao aspecto processual do procedimento judicial, não alcançando o conteúdo material da causa (princípio da indisponibilidade temperada da demanda coletiva).”²⁹

²⁸ Como diz o art. 3º da Lei de Mediação, o que reservaria o art. 841, CC, para mais reduzido campo de aplicação e não mais como regra que atingiria todos os campos jurídicos, como se fosse conceito absoluto (é evidente a inadequação do art. 844, CC, para o acordo coletivo, razão pela qual pensar o tema a partir da transação privada possui muitos problemas). Ressalve-se, porém, que a nova redação do art. 1º, § 1º, da Lei da Arbitragem contém expressa referência à disponibilidade do direito. Trata-se de questão de direito positivo e não conceitual, portanto, a indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti*: analisi di una categoria. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências jurídicas. *Espaço Jurídico*, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra, 2004. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61-65. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. MAC CROIRE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. A patrimonialidade e a disponibilidade são requisitos tradicionalmente exigidos para a arbitragem, conforme, por exemplo, arts. 851 e 852, CC, mas considera-se que o critério da patrimonialidade é que deve assumir proeminência na arbitragem objetiva, ainda que haja indisponibilidade (cf. NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration*: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015, p. 113-126). Sobre a indisponibilidade e suas várias dimensões e a impossibilidade de simplificação da categoria, notadamente sua vinculação com a não patrimonialidade: FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 540-561. Com a descrição e análise de várias dimensões da indisponibilidade envolvendo a Fazenda Pública, vale conferir TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 264. São Paulo: RT, p. 83-107, fevereiro de 2017.

²⁹ AgInt no REsp 1724754/SP, DJe 01/12/2020, com expressa referência ao REsp 1656874/SP, DJe 22/11/2018, em cuja ementa já constava que “os legitimados para o ajuizamento da ação coletiva não são titulares do direito material discutido em juízo, razão pela qual não podem dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, que são requisitos essenciais para a configuração de concessões mútuas, relacionadas à transação. A disponibilidade que o legitimado coletivo possui e exercita por meio do acordo é restrita

Há, portanto, vale reiterar, um acréscimo limitador para a autocomposição no processo coletivo. Além da discussão sobre a indisponibilidade do direito, há o problema da representação,³⁰ que, por sua vez, possui duas dimensões para o que nos interessa: a discussão sobre a representação adequada e a própria falta de coincidência entre a titularidade do direito e a representação, fenômeno que é da essência do processo coletivo,³¹ além da alegada indisponibilidade do direito.³² Note-se, porém, que essa ausência de titularidade está presente igualmente na designação do legitimado ativo,³³ que, por variadas razões, pode ajuizar um processo tão equivocado

ao aspecto processual do procedimento judicial, não alcançando o conteúdo material da lide,” com o acréscimo de que, ainda assim, a homologação judicial do acordo pode lhe conferir a imutabilidade da coisa julgada. A resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, na mesma linha, dispõe que “não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.” (art. 1º, § 1º)

³⁰ A representação e a legitimidade das partes talvez sejam o ponto mais complexo e sensível na tutela coletiva, figurando a representação adequada como um tema ainda em busca de um equilíbrio. Pelos limites desse trabalho, não será possível sequer um desenvolvimento mínimo da discussão, que já possui bibliografia interessante no Brasil e as referências a seguir trazem outras várias indicações bibliográficas: GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento da Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 99-135. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 74-116. GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. ARENHART, Sergio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. Processos Estruturais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2019, p. 196-218. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, capítulo 6. VITTORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020. Tema elegante e que acresce complexidade é a possibilidade de legitimidade coletiva negocial, que vem sendo objeto de estudo na Universidade Federal do Pará por Debora Vieira e cuja apresentação pode ser consultada aqui: Um novo heterônimo na legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária negocial, disponível em: <processualistas.jusbrasil.com.br>.

³¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 385.

³² Cf. importante síntese e apreciação crítica em GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 275-285, com várias referências bibliográficas.

³³ “Por isso, afirmar que a falta de coincidência entre o titular do direito e o legitimado para o acordo impede o recurso a técnicas autocompositivas é, a um só tempo, desconsiderar a realidade vigente e formular exigência impossível, que priva da via adequada de solução da controvérsia, ampla gama de interesses. Ademais, é certo que o suposto obstáculo em questão esconde a manifesta contradição que acaba admitindo. Embora negue a possibilidade de que os legitimados da ação coletiva celebrem acordos coletivos – porque não são os titulares desses direitos – essa orientação não vê qualquer problema em pôr nas mãos desses mesmos legitimados a direção livre e ampla do processo coletivo. Por outras palavras, não se vê qualquer problema em permitir que os legitimados coletivos realizem os pedidos que entendam adequados no processo coletivo, que apresentem as causas de pedir que tomarem por melhores, que eles requeiram as provas que acreditem convenientes ou que tenham a ampla disponibilidade sobre a condução do processo e eventuais recursos de sentenças de improcedência. Tudo isso parece não impressionar a doutrina brasileira, que acredita que essa quase ‘liberdade absoluta’ na condução do processo coletivo seja insita à legitimidade que se dá àqueles entes autorizados a propor as ações coletivas existentes. No entanto, paradoxalmente, essa mesma orientação acredita que a falta de identidade entre o titular do direito e o titular da ação inviabilize a celebração de acordos coletivos, porque isso implicaria a disponibilidade sobre direitos alheios. Parece evidente a contradição, que só revela a necessidade de se cortar as raízes desse pensamento e evoluir na admissão da autocomposição coletiva. Admitir que esses ‘autores coletivos’

quanto prejudicial à tutela coletiva, de modo que o debate deve ser deslocado para a adequação da atuação.

Em decorrência do sintetizado no parágrafo anterior, há que se verificar a possibilidade de no processo coletivo se obter o que pode ser chamado de “acordo coletivo adequado,” isto é, um negócio entre as partes que passa necessariamente pelo controle subjetivo e objetivo,³⁴ ensejando efetiva negociação, com concessões recíprocas.

Caso se conclua que apenas questões periféricas podem ser objeto de negociação, a fim de que se mantenha a “integralidade” do direito do grupo ou da coletividade, essa limitação deve ser assumida claramente e todo o discurso sobre a autocomposição coletiva na verdade será mera expressão da euforia terapêutica que às vezes parece acompanhar a invocação de um sistema de resolução multiportas.

O entendimento majoritário da jurisprudência encontra forte apoio na doutrina brasileira e na realidade não permite efetiva autocomposição, mas, sim, alguma flexibilidade na forma, no tempo ou no modo do cumprimento de obrigação. Note-se que essa situação pode formar um quadro que pode não ser o mais adequado para a tutela dos direitos coletivos, mas é o que decorre de uma apreciação formal e ortodoxa do sistema: há obrigatoriedade na instauração do inquérito civil ou no ajuizamento da ação civil pública, com o Ministério Público funcionando como legitimado por excelência, já que a ele cabe uma atuação supletiva em caso de omissão de legitimados, além de já ser na prática o autor coletivo mais atuante, sem qualquer possibilidade de poder de agenda e também sem controle da adequação de sua atuação, com impossibilidade de autocomposição que não seja o reconhecimento da obrigação (que não é autocomposição no sentido negocial,³⁵ mas reconhecimento do pedido, isto é,

estejam autorizados ao emprego das técnicas de autocomposição, porém, não significa dizer que, pelo simples fato de constarem no rol de legitimados, disponham de uma carta em branco para a transação. Já se observou anteriormente a necessidade de observância de certos critérios para a celebração desses negócios. Mas além desses elementos, parece fundamental também a incidência dos elementos que governam a discussão da representatividade adequada. A permissão para que os legitimados coletivos celebrem acordos no campo dos direitos difusos e coletivos deve estar subordinada, também, à avaliação da representatividade adequada daquele que realiza a autocomposição, especialmente para que se afira se os termos do acordo correspondem à melhor solução existente para o interesse metaindividual em jogo.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 4.1)

³⁴ A expressão “acordo coletivo adequado” foi retirada de GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, item 3.14. Há que se registrar, porém, o exato pensamento do referido autor que, após criticar a ideia de que o acordo coletivo não poderia implicar renúncia parcial ou total de direito, afirma que o acordo coletivo adequado é “uma verdadeira e tradicional transação, um negócio jurídico bilateral, comportando concessões mútuas entre as partes, inclusive a renúncia de direito. Trata-se de um instrumento muito mais abrangente, poderoso e perigoso que o ‘compromisso de ajustamento de conduta’ do direito brasileiro” (p. 268), razão pela qual propõe vários mecanismos de controle (p. 266-267).

³⁵ Como observa Elton Venturi, “a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. Afastada *ab initio* qualquer possibilidade de negociação relativamente à essência do conflito coletivo, a mera regulação de ‘prazos e formas’ para o cumprimento da obrigação não é conciliação (muito menos transação), senão retórico reforço a disposições constitucionais, legais ou contratuais consideradas indiscutíveis e imutáveis. Neste sentido, a assinatura de ajustes de conduta, no mais das vezes, revela-se pouco útil e insuficiente para garantir concretamente a melhor ou a possível proteção dos direitos ou interesses em discussão.”

submissão a uma situação absoluta).³⁶ Desenha-se, portanto, um quadro de “sempre” e de “tudo” ou em linguagem mais técnica de obrigatoriedade e de inevitabilidade, como se a tutela coletiva se satisfizesse apenas com isso, quando, entre outros problemas, sequer há garantia da adequação e da efetividade das providências adotadas.

Mesmo nesse contexto de um discurso de absoluta limitação da autocomposição, há problemas evidentes que podem afetar a efetiva garantia dos direitos do grupo ou da coletividade, como a completa dissociação entre a apreciação do legitimado e dos titulares do direito sobre a situação conflituosa, o despreparo técnico do legitimado para a lidar com a situação específica, a ausência de diálogo e de participação do grupo ou da coletividade etc.

A possibilidade de autocomposição, inclusive, pode amenizar algumas dessas questões, na medida em que possibilita, ao menos idealmente, a participação de coletivos e de demais interessados, já que é sabido que, da forma como se dá a tutela coletiva tradicionalmente, imperam iniciativas individuais ou solipsistas, como se o legitimado ativo, em um misto de paternalismo e autoritarismo, detivesse a solução única para o problema transindividual.

Evidentemente, a autocomposição comporta também outros tantos problemas e pode até mesmo servir para coonestar um trabalho inadequado do legitimado ativo, razão pela qual é fundamental a existência de regras claras que disciplinem sua atuação e possibilitem amplo controle do acordo.

Com efeito, mesmo se considerarmos as limitações hoje majoritariamente existentes como balizadoras de acordos em tutela coletiva, podemos verificar casos em que a manipulação do que é considerado periférico pode afetar a própria tutela

(VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, p. 391-426, janeiro de 2016, item 4)

³⁶ “Não se admite, assim, a *transação substancial* (ou *material*). Todavia, é possível a *transação formal* (atípica ou imprópria), que não signifique qualquer renúncia ao direito coletivo em questão. Assim, poderão ser pactuadas a *forma*, o *prazo* de reparação do dano causado ao direito coletivo e o *lugar da reparação*, mas desde que essa *transação formal* e *atípica* não inviabilize, indiretamente, a reparação e a compensação adequadas ao direito coletivo lesionado e não coloque em risco a tutela preventiva do mesmo direito coletivo ou de outros com ele relacionados. Com efeito, no plano da teoria geral do direito, o termo de ajustamento de conduta é espécie de *autocomposição* (solução amigável do litígio) pela *submissão*.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, 2007, p. 234-235, com o uso de itálico no original) “É, sem dúvida, possível a autocomposição por negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los, isto é, sobre seu conteúdo normativo, residindo o equívoco fundamental na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação a direitos coletivos que defendem [...]” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas*. *Processo Coletivo* (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 351) Referido autor, no mesmo texto, reconhece a insuficiência das limitações impostas pelos autores que entendem que somente a especificação do tempo, modo e lugar do cumprimento de obrigações para autocomposição coletiva, mas, diante de seu entendimento antes transcrito, defende que a ampliação com indisponibilidade implica a possibilidade de se negociar a “concretização do direito defendido, isto é, sua interpretação à luz do caso concreto e de todo o sistema jurídico, com a especificação dos elementos necessários à sua efetivação.” (p. 355)

coletiva,³⁷ entre outros problemas envolvendo os acordos e que serão abordados com mais vagar em item próprio deste texto. A patrimonialidade, por exemplo, que tradicionalmente é considerada o núcleo integrante da disponibilidade, pode ser o núcleo da tutela coletiva em determinado caso, como na proteção do erário, de modo que não se pode considerar aqui que o valor seja algo periférico, mas, ao mesmo tempo, também não se pode concluir algum espaço para negociação. Note-se que mesmo questões processuais – e mesmo que sem qualquer negociação entre as partes, mas, sim, por meio de imposição criativa jurisdicional – podem afetar plenamente a adequada tutela coletiva, como no caso de se impossibilitar a utilização de prova pericial.³⁸ Além disso, há questões envolvendo o próprio bem a ser tutelado, cuja aferição pode apresentar dificuldades e permitir que haja margens de negociação, desde que, evidentemente, não se disponha integralmente do que deve ser tutelado. Exemplo: na proteção do erário, o dano pode não ser integralmente dimensionado de forma objetiva,³⁹ não se podendo considerar a possibilidade de “perdão” da dívida, salvo lei autorizadora, mas também devem ser considerados que os valores acessórios podem assumir importante dimensão na restauração do patrimônio público, ou ainda que algum espaço para fixação do valor pode atingido por acordo e a exclusão de algum grau de discricionariedade em situações assim vai de encontro

³⁷ Com base em uma lei estadual, uma empresa pretende parcelar sua dívida de mais de um bilhão de reais com o estado do Rio de Janeiro em dois mil anos, “quitando-a” no ano de 4.015. O caso está sob julgamento no Superior Tribunal de Justiça e não se tratou de autocomposição, mas essa referência apenas mostra que a patrimonialidade e o tempo podem servir para frustrar o essencial que, no caso, é a tutela do erário (trata-se do AREsp 1.723.732, que já conta com decisão liminar em favor da pretensão do que se denominou de forma de parcelamento). Cf., ainda, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 4.1. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 153.

³⁸ Por decisões monocráticas, o Supremo Tribunal Federal vem negando aplicação ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública e determinando, contra o Tema nº 510 do Superior Tribunal de Justiça – cujo entendimento foi reafirmado após a vigência do atual CPC e é acompanhado há anos por todos os tribunais, de modo que monocraticamente o STF vai de encontro a todo um sistema de estabilidade decisória, fazendo com que a ideia de sistema de precedentes minimamente sério uma vez mais seja apenas uma realidade distante e isso por meio de decisões judiciais que não raro ignoram julgados do próprio colegiado a que pertencem ou que de inopino modificam questões consolidadas pelos tribunais competentes para a matéria -, o depósito prévio de honorários periciais pelo legitimado ativo, em fundamentação sem qualquer fundamento fático e normativo, baseada apenas em suposições e em superficial uso do que denomina de “consequencialismo” (cf., por exemplo, ACO 1.560 e ARE 1.283.040). Esse tipo de decisão possui potencial para prejudicar o sistema de tutela coletiva sem que aparentemente se disponha de seu núcleo, o que ilustra uma vez mais a ideia que inspira o presente artigo de que a manipulação de conceitos é muito mais prejudicial do que o enfrentamento direto e claro dos problemas, com estabelecimento de regras que minimizem o risco de uma tutela coletiva inadequada. A decisão sobre o custeio da prova pericial, portanto, sem que se fale em qualquer dimensão de disponibilidade, esvazia potencialmente a tutela coletiva a ponto de torná-la mero adereço retórico. O tema é analisado de forma precisa por Edilson Vitorelli, em artigo no prelo e que gentilmente o autor cedeu para esta pesquisa: *Análise Econômica e Comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo*. Nesse artigo, o autor descreve os diversos julgados sobre o tema e que foram monocraticamente ignorados, além de analisar criticamente a fundamentação utilizada no Supremo Tribunal Federal, demonstrando com base em argumentos com profunda fundamentação os “equivocos fundamentais” desse entendimento por enquanto isolado, mas que já paralisou ações coletivas.

³⁹ Há situações, porém, em que o dano ao patrimônio público será passível de constatação objetiva, seja por meio de prova documental, seja por prova pericial, o que enseja o problema da absoluta vinculação ao valor estabelecido (nesse sentido, importantes considerações em Dano quantificado. MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 211-213).

com a realidade. Ou seja, há um quadro muito mais complexo para ser examinado e o desenho tradicional simplifica bastante a possibilidade e o limite da autocomposição.

A indisponibilidade deve ser vista como algo contingencial e relacionado a uma determinada realidade. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural e a autocomposição passaria ser apenas um recurso retórico, já que não há acordo unidirecional.

4. A autocomposição, as limitações e as possibilidades: entre o discurso e a prática

Esse quadro incompleto e brevemente exposto indica que a autocomposição não é a solução nem a frustração para a tutela coletiva, assim como a impossibilidade de negociação não assegura a adequada tutela dos direitos.

Assim como a autocomposição sobre questões consideradas periféricas podem afetar diretamente o direito do grupo, com o acordo servindo como instrumento escamoteador de desvio de finalidade ou de mera inépcia do legitimado,⁴⁰ também a via judicial pode se mostrar ineficiente pelas mesmas razões e por várias outras não diretamente relacionadas com os problemas inerentes à via jurisdicional (cumprimento de decisões judiciais, por exemplo).⁴¹ Uma equivocada atuação do legitimado ativo, como a má formulação de pedidos e também a inadequada condução processual, pode causar uma frustração absoluta da tutela coletiva, ainda que formal e aparentemente pareça assegurada a integralidade do direito material. Em suma, nem sempre a autocomposição é a alternativa possível, assim como a tutela jurisdicional por si só não assegura a adequação nem a integralidade do direito coletivo.

Além dessa superação de qualquer raciocínio maniqueísta – e também daquelas simplificações que são derivações da equivocada ideia de que um acordo sempre é melhor do que um litígio –, deve-se considerar que há comunhão de problemas entre as soluções consensuais e as resoluções litigiosas, bem como cada uma dessas possui suas próprias particularidades que podem configurar obstáculos para uma adequada tutela coletiva. A questão da representação adequada, por exemplo, atinge a autocomposição como a resolução litigiosa, já que a atuação do legitimado deve ser aferida independentemente do meio pelo qual se solucionará a controvérsia. A falta de controle dos atos do legitimado e também a ausência de participação de integrantes do grupo ou de colegitimados constituem questões sensíveis para qualquer alternativa visando a uma adequada tutela coletiva.

⁴⁰ Um acordo mal redigido, com cláusulas descuidadas e de difícil ou impossível compreensão ou execução, ou ainda estipulando obrigações elementares e desvinculadas do bem jurídico tutelado, quase que premiando o ilícito, enfraquece não só o bem jurídico coletivo como o próprio sistema de autocomposição.

⁴¹ No processo coletivo há ainda dificuldades inerentes a sua própria natureza. A propósito: CABRAL, Antonio; ZANETI Jr., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.

Na tutela coletiva a autocomposição, evidentemente, pode ser extrajudicial⁴² e há muitos problemas envolvendo os delineamentos do compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo diante da ausência de regramento legislativo minimamente satisfatório, como já assinalado.

Há problemas que são comuns também à autocomposição judicial, como aqueles envolvendo o próprio consenso e especialmente a legitimidade das partes, com o acréscimo da eficácia potencial e genérica de questões coletivas,⁴³ mas sem dúvida a autocomposição extrajudicial apresenta algumas questões sensíveis que necessitam de disciplina legislativa,⁴⁴ como a discussão sobre a indisponibilidade do direito,⁴⁵ os acordos sobre direitos individuais homogêneos, a convivência entre os coletivizados, a multiplicidade de acordos envolvendo o mesmo objeto, o controle

⁴² A tutela coletiva extrajudicial possui várias possibilidades e um panorama original foi realizado por Alexandre Amaral Gavronski: *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2010. Confira-se ainda os seguintes livros mais recentes: VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, capítulo 3. *Casebook de Processo Coletivo: estudos de processo coletivo a partir de casos – técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais*. ZANETI Jr.; VITORELLI (Coord.). São Paulo: Almedina, 2020. Vol. 2. Registre-se que, fora da jurisdição estatal, a arbitragem coletiva vem sendo objeto de estudos há alguns anos e aqui não será mencionada além dessa brevíssima referência, já que exige uma sistematização própria incompatível com a proposta desse texto. Sobre o tema: LIMA, Bernardo. *A Arbitralidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010. MARIANI, Romulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: RT, 2016 (esse trabalho de Ana Nery é a versão comercial de sua tese de doutorado citada no presente artigo e cujo acesso é livre na biblioteca virtual de teses da PUC/SP).

⁴³ Cf. sobre a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, alterada pela Lei nº 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas" (RE 1101937, 8 de abril de 2021). Ainda que não seja homologada judicialmente a autocomposição e, portanto, não se possa falar em coisa julgada (abstraindo-se, nesse momento, qualquer discussão envolvendo a interpretação e o alcance do art. 966, par. 4º, CPC), é evidente que, em tese, pode haver autocomposição que transcenda limites territoriais, razão pela qual haverá acréscimo de exigências na aferição da legitimidade e nos contornos dos atos praticados.

⁴⁴ Como já referido, há projetos de lei em curso que buscam colmatar as lacunas ora referidas e que merecem atenta leitura e intenso debate.

⁴⁵ Como já mencionado, a indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti*: analisi di una categoria. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Discossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências processuais*. *Espaço Jurídico*. V. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* *Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, p. 391-426, janeiro de 2016. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, nº 264. São Paulo: RT, fevereiro de 2017. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017. BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual de Conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018. TANNURE, Stela. *Consenso na Advocacia Pública Municipal: pesquisa empírica sobre culturas e práticas*. Londrina, Thoth, 2021.

das cláusulas, a possibilidade de anulação ou rescisão dos acordos, a participação dos interessados, a liquidez, a redação e a concretude das cláusulas,⁴⁶ o papel do Ministério Público diante da multiplicidade de atribuições que podem significar conflitos dentro da própria instituição, entre instituições e entre coletivos, além de outras questões.⁴⁷

Além dessas complexas questões, o próprio consenso se apresenta como uma questão que merece atenção, sob pena de se sacrificarem interesses coletivos em relações assimétricas e as convenções agravem a desigualdade processual e que a abusividade vinha travestida de consenso.⁴⁸ Nesse sentido, a possibilidade de autocomposição não pode eliminar a cautela para evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual⁴⁹ e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo. Há que se evitar que a autonomia privada constitua uma espécie de “modernização das

⁴⁶ A necessidade de preparo técnico e o cuidado na redação das cláusulas, sobretudo diante da possibilidade de previsão de garantias que reforcem a tutela coletiva, devem ser considerados pelos legitimados ativos, já que a autocomposição não significa apenas boa vontade ou modo de encerrar formalmente uma situação complexa, mas, sim, tem que ser considerada dentro de uma estratégia de litigância.

⁴⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, capítulo 10.

⁴⁸ Sobre essa face dos acordos, vale conferir as reflexões de FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004. Uma epígrafe utilizada por Neil Andrews ao abrir o capítulo 10 de seu já citado livro, que trata precisamente do acordo, é bastante eloquente: “Acordo é tipicamente o auge de um processo desgastante durante o qual representantes de uma das partes terão enfraquecido, com sucesso, a outra,” Simon Roberts (*O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 343, com importantes ressalvas na p. 355). Como observa Neil Andrews, ao falar da “cultura do acordo” existente na Inglaterra, diversos problemas podem ocorrer na formação de um negócio jurídico: a) as partes podem não compreender completamente suas posições; b) pode haver desigualdades em diversos aspectos; c) há possibilidade de uso de procedimento desleal; d) o acordo pode “neutralizar” a parte que tem direito; e) a dificuldade de se mensurar dimensão exata do acordo, que, por isso, deve ser “comedido, preciso e exato.” (ob. cit., p. 355) Na realidade, o que se pretende com a indisponibilidade transacional é não permitir que se mascare eficazmente um resultado proibido: “O juízo de que as partes transigiram sobre direitos de que lhes não é permitido dispor não deverá ser feito *a priori*, tomando por referência o objeto do litígio, mas *a posteriori*, tomando em consideração a controvérsia e as concessões recíprocas. Com efeito, a transação até poderá ter por objeto um direito indisponível, mas a composição do litígio não se traduzir num ato de disposição desse direito.” (FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 572 – *sic*) Na doutrina brasileira: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 411-413.

⁴⁹ O litigante habitual ou frequente é definido não só pelo tipo de litígio em que se envolve, mas sobretudo por sua dimensão e pelos recursos disponíveis; ele “programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economia de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos – mesmo que isso não implique situações de favorecimento sempre facilitará o relacionamento; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais críveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os elevados riscos que possam existir em um caso ou em outro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis.” (SANTOS, Sousa; MARQUES, Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 71-72)

ordálias,” onde a astúcia e a estratégia substituam o processo justo.⁵⁰ O acordo, como qualquer outro instituto, não pode ser visto como uma panaceia. O reconhecimento dos problemas e limites é uma das formas de moldar corretamente a aplicação de um expediente importante para a tutela coletiva.

Ainda se mostra atual a indagação formulada por Vittorio Denti: “*cabe preguntarse hasta donde el predominio de este ‘paternalismo judicial’ es solamente consecuencia de una certa política procesal, o si es más bien, todavia antes, un hecho de costumbre, conexo con la decadencia en la sociedad de una autónoma y responsable iniciativa individual.*”⁵¹

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença,”⁵² mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais. Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “*las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados.*”⁵³ Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais. Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população.⁵⁴

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea,⁵⁵ como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência.⁵⁶

⁵⁰ Cf. CHIARLONI, Sergio. Relaciones entre partes, jueces y abogados. Monroy Palacios (Trad.). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol. VIII. Lima: Palestra, 2005, p. 82-83.

⁵¹ La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, p. 152.

⁵² Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo, 2005.

⁵³ CHASE, ob. cit. p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁵⁴ Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa,” por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição.” (Una alternativa... cit., p. 115-116 e 120) Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 19-21.

⁵⁵ Cf., SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face... cit.*

⁵⁶ CHASE, ob. cit., p. 25 e 185-188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas

Evidentemente a penúria estrutural pode afetar toda e qualquer forma de consenso,⁵⁷ mas essa limitação convive com as demais e apenas revela que a autocomposição deve ser vista como uma possibilidade técnica e não uma panaceia em que tudo cabe. Entre o discurso e a prática, há espaço para esse equilíbrio de a formulação de acordos coletivos adequados⁵⁸ que se mostrem mais vantajosos do que todo o caminho processual litigioso.

legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais. (DENTI, Vittorio. *La evolucion...* cit., p. 81)

⁵⁷ Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Civil*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *Mediação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil.” (TARUFFO. *Una alternativa...* cit., p. 117) Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004, *passim*, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas p. 124-128 (o mesmo texto recebeu nova tradução de Carlos Alberto de Salles: FISS, Owen. *Direito como Razão Pública: processo, jurisdição e sociedade*. 2ª ed. Curitiba, Juruá, 2017, p. 133-150).

⁵⁸ A Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais buscou a sistematização de critérios para a aferição de um acordo adequado, por meio do Ato CGMP nº 2/21: “art. 100. Em atenção ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC, o órgão de execução priorizará, sempre que possível, a resolução consensual dos conflitos em todas as suas áreas de atuação judicial ou extrajudicial, atentando, quando cabível, para o disposto na Resolução CNMP n.º 118/2014. § 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, o órgão de execução analisará, diante do caso concreto, se a resolução consensual apresenta vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), por demonstrar ser a mais adequada, justa e razoável. § 2º A aferição da adequação, da justiça e da razoabilidade da resolução consensual, nos termos do § 1º deste artigo, ocorrerá por intermédio da aplicabilidade de testes de fatores e/ou indicadores de resultado, amparados nas regras de experiência comum decorrentes da observação do que ordinariamente acontece nas atuações dos órgãos institucionais do Ministério Público. § 3º Para avaliar se uma proposta de acordo é justa, razoável e adequada, é recomendável ainda, entre outras diretrizes que podem ser aplicadas, aferir: I - se, na proposta, não há discriminação negativa entre os interessados envolvidos na resolução consensual ou entre os membros do grupo ou da comunidade em situação similar quando se tratar de tutela coletiva; II - se está contemplada, na proposta de acordo, sempre que possível, a dimensão dos direitos fundamentais envolvidos no litígio, na controvérsia ou no problema; III - se a proposta de acordo é produto de negociação com a participação de representantes adequados e legítimos; IV - se a proposta de acordo proporciona, em magnitude, a suficiente proteção e a garantia para os titulares dos direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e/ou individuais puros, tais como aqueles pertencentes à sociedade em geral e ao Estado, à comunidade, ao grupo e aos respectivos membros afetados; V - se a proposta de acordo está racionalmente relacionada com o prejuízo alegado e sofrido e se nela estão inseridas as medidas preventivas, ressarcitórias e repressivas necessárias; VI - se a proposta de acordo considerou, quando possível, prognósticos sobre prováveis efeitos fáticos e jurídicos, a curto, médio e longo prazo. § 4º A aferição da adequação, da justiça e da razoabilidade da resolução consensual, nos termos deste artigo, ocorrerá também por intermédio da aplicabilidade de testes de fatores e/ou indicadores de resultado, recomendando-se que sejam levados em consideração, entre outros, os seguintes fatores: I - os argumentos favoráveis e contrários à proposta; II - as questões de fato e de direito envolvidas no litígio; III - a probabilidade de procedência da pretensão caso fosse levada à adjudicação judicial; IV - a comparação entre o acordo proposto e o provável resultado de um julgamento judicial sobre o mérito da demanda, com ênfase na responsabilidade e nos danos; V - os riscos envolvidos no litígio, inclusive as dificuldades para se estabelecer judicialmente a responsabilidade e de se apurarem os danos sofridos e os possíveis prejuízos a terceiros; VI - a ausência, na proposta, de colusão ou de qualquer espécie de fraude; VII - a complexidade, o custo e a provável duração do processo; VIII - o comportamento das partes envolvidas, o seu comprometimento e a sua capacidade para o cumprimento do que for acordado; IX - a possibilidade de o acordo abranger os diversos grupos atingidos e/ou afetados; X - a possibilidade de se trazerem para a negociação representantes adequados dos grupos ou das comunidades afetadas. § 5º Se o conflito, a controvérsia ou o problema envolverem a atuação de mais de

Nesse sentido, é fundamental evitar que as convenções sirvam para a imposição de situações que dificultem excessivamente o exercício do direito, ou seja, que as convenções agravem a desigualdade processual e que a abusividade vinha travestida de consenso. Como observa Neil Andrews, ao falar da “cultura do acordo” existente na Inglaterra, diversos problemas podem ocorrer na formação de um negócio jurídico: a) as partes podem não compreender completamente suas posições; b) pode haver desigualdades em diversos aspectos; c) há possibilidade de uso de procedimento desleal; d) o acordo pode “neutralizar” a parte que tem direito e e) a dificuldade de se mensurar dimensão exata do acordo.⁵⁹ Tais possibilidades não são suficientes para inviabilizar abstratamente os acordos, mas, claro, servem para recomendar o preciso controle sobre seus termos, especialmente em casos de contratos envolvendo partes reconhecidamente desiguais e em uma sociedade que aprofunda desigualdades que já existem autonomamente.

Nesse sentido, essa consciência da limitação das convenções visa a evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo.

O litigante habitual ou frequente é definido não só pelo tipo de litígio em que se envolve, mas sobretudo por sua dimensão e pelos recursos disponíveis; ele “programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economia de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos – mesmo que isso não implique situações de favorecimento sempre facilitará o relacionamento; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os elevados riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis.”⁶⁰ Essas características revelam que as desigualdades e vulnerabilidades são criadas ou mantidas também pelo processo estatal, mas isso não invalida o necessário controle que deve recair sobre os pactos privados, sob pena de se instalar a barbárie processual. Nesse sentido, há

um órgão de execução, é recomendável a atuação articulada e integrada para a formulação ou a aceitação de propostas de acordos que abranjam a mais adequada proteção conjunta dos bens jurídicos envolvidos, nos âmbitos cível, criminal e administrativo. § 6º O rol dos métodos de resolução consensual dos conflitos, previsto no § 3º do art. 3º do CPC, é meramente exemplificativo.” (Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20210416.PDF>)

⁵⁹ *O Moderno... cit.*, p. 355.

⁶⁰ SANTOS, Sousa; MARQUES, Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 71-72.

que se evitar que a autonomia privada constitua uma espécie de “modernização das ordálias,” onde a astúcia e a estratégia substituam o processo justo.⁶¹

Autocomposição sem negociação é mero discurso sem efetividade; já a autocomposição que enfraquece a tutela coletiva é o uso do discurso para impedir a efetividade. Entre esses extremos, há espaço para o estabelecimento de autocomposição coletiva adequada.⁶²

5. Encerramento: o regramento da autocomposição coletiva no PL nº 1641/21⁶³

Ainda que permaneçam incertezas e controvérsias sobre os limites da autocomposição no processo coletivo, nenhum projeto de lei sério sobre o tema pode deixar de estabelecer regras que avancem em sua disciplina.

O quadro normativo atual descrito no início deste texto e também a realidade do cotidiano da prática do processo coletivo indicam a autocomposição como inerente ao sistema do processo coletivo, com milhares de termos de ajustamento de conduta celebrados anualmente.

Evidentemente, há muitas questões que permanecem polêmicas e algumas delas não podem ser resolvidas abstratamente e necessitam da análise do caso concreto, mas o certo é que o regramento mínimo hoje existente é incompatível com a relevância e a complexidade do tema, já que, basicamente, há apenas a previsão da possibilidade de um “ajustamento” de conduta às exigências legais, fixando-se a legitimidade e nada mais. Não há dúvida de que a autocomposição coletiva se submete ao regramento comum dos negócios jurídicos, já que se trata de tema da teoria geral do direito, mas ainda assim há peculiaridades que exigem regulamentação própria

⁶¹ Cf. CHIARLONI, Sergio. Relaciones entre partes, jueces y abogados. Monroy Palacios (Trad.). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol. VIII. Lima: Palestra, 2005, p. 82-83.

⁶² Como milhares de acordos coletivos são firmados anualmente, temos três possibilidades: 1) os acordos na verdade são submissão às exigências legais e funcionam como submissão ou “reconhecimento do pedido,” ou seja, na análise do legitimado passivo, é melhor abreviar a controvérsia, 2) os acordos são mal formulados e funcionam como peça retórica e não tutela adequadamente à situação coletiva, 3) há efetiva negociação bilateral, ainda que isso não seja explicitado, passando uma aparência de indisponibilidade.

⁶³ Diversos projetos de lei visando à alteração do processo coletivo foram propostos, mas recentemente houve a proposição quase simultânea dos PLs 4441/20 e 4778/20, ambos pretendendo a regulação completa do tema, mas com concepções e disposições bastante diferentes. Diante desse quadro, como uma espécie de proposta consensual, foi elaborado o PL 1641/21, a partir de comissão organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que sem dúvida obteve uma sistematização muito boa para o debate legislativo. Os três projetos estão apensados e tudo indica, apesar da imprevisibilidade do processo legislativo, que o debate terá como parâmetro o PL 1641/21, até por ter sido redigido para aproveitar o que de positivo havia nos dois anteriores, além de apresentar novidades positivas, lamentando-se, apenas, a inexistência de debate prévio com estudiosos e entidades interessadas em relação a todos os projetos. Por essa razão, será examinado apenas o PL 1641/21, sem prejuízo de as sintéticas considerações aqui declinadas se aplicarem a todos eles. Entre os três projetos, sem nenhuma dúvida aquele que apresenta os maiores problemas de forma e de conteúdo é o nº 4778/20 e espera-se que suas proposições não sejam acolhidas (sobre o tema: GIDI, O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. *Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil*. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 1, jan./abr. 2021 (www.civilprocedurereview.com), já que o que nele se apresenta de útil está inserido PL nº 1641/21.

e essa hipossuficiência legislativa abre espaço para criações judiciais ou edição de normas administrativas, quando há espaço legislativo a se ocupar.

Nesse contexto, a sistemática proposta no referido projeto de lei abre espaço para o debate e permite a evolução da disciplina legislativa da matéria, que, nesses mais de trinta anos, já recebeu material prático e teórico que permitem uma discussão profunda e madura, a fim de que não se sobrevenha legislação que amesquinhe a tutela coletiva, como se ensaia também há muitos anos,⁶⁴ o que recomenda extrema vigilância no trâmite do processo legislativo.

O projeto de lei segue, portanto, a ideia de que a possibilidade de autocomposição é ínsita ao processo coletivo e desde o início trabalha com sua inclusão procedimental, caso, evidentemente, não seja estabelecida extrajudicialmente.

Prevê-se, então, que, antes de se oferecer a defesa, poderá ser designada audiência especial para a “identificação do conflito” e tentativa de autocomposição (art. 14, II), constando no artigo seguinte que, “inexistindo autocomposição e estando em ordem a petição inicial, o juiz determinará a citação do réu.” A ideia parece ser semelhante ao disposto nos arts. 334 e 335, CPC, mas com pior técnica redacional, sobretudo porque a audiência será facultativa, o que me parece correto, e não fica clara a relação entre o prazo, o ato de comunicação e a designação ou não da audiência, o que recomenda melhor disciplina, já que se sabe que nunca se peca pelo excesso de didatismo quando se trata de marcos temporais para a prática de atos processuais essenciais. Em relação à autocomposição, a ideia está de acordo em essência com o disposto no Código de Processo Civil e como reforço poderia ser reproduzida a regra do art. 139, V, assim como deveriam ser incorporados o art. 3º, §§ 2º e 3º,⁶⁵ e o art. 381, II, todos do CPC.

Outra regra relevante no tema está na previsão de fase de organização e saneamento do processo (art. 22 do projeto), com preferência para a designação de audiência de saneamento compartilhado, constando que, antes, durante ou depois da audiência de saneamento o juiz deverá estimular a autocomposição, que poderá envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, sendo que poderá ser designada audiência para tentativa de solução consensual do conflito coletivo, a ser realizada pelos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos ou por entidade extrajudicial ou por profissional

⁶⁴ Basta ilustrar com a referência ao problema dos limites da coisa julgada coletiva, cuja mudança legislativa demorou anos para ser afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento com repercussão geral que resultou no tema nº 1075.

⁶⁵ No referido projeto, constam no art. 2º como “princípios” a “III - prevenção e resolução consensual e integral dos conflitos coletivos, judicial ou extrajudicialmente, mediante o emprego de métodos de solução tais como os da conciliação, da mediação, da negociação e outros meios considerados adequados nessa via consensual” e a “XI - flexibilidade do processo e pragmatismo, devendo ser consideradas por todos as consequências práticas e jurídicas das decisões judiciais e das soluções consensuais.” Não me parece que sejam efetivamente princípios e muito menos que seja necessária a referência a um inusitado “princípio do pragmatismo,” que, além de não se saber bem do que se trata, ainda já se pode antever que será utilizado para enfraquecer a tutela coletiva, se pudermos exercer um prognóstico a partir do que se encontra na jurisprudência atual.

qualificado, reputados adequados pelas partes (§§ 2º, 3º e 4º). Essa última regra acerca da designação a qualquer tempo de audiência para autocomposição está deslocada dentro do artigo e deveria constar na parte inicial do projeto, mas se trata apenas de sugestão de técnica legislativa, já que seu conteúdo veicula ideia relevante e coerente com um sistema que pretende levar a sério a possibilidade de acordo. Já a previsão de organização do processo coletivo é muito relevante e oportuna, constando da Recomendação nº 76/20 do Conselho Nacional de Justiça.⁶⁶ Quanto à possibilidade de a autocomposição envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, parece que essa regra deve ser excluída do projeto, por ser desnecessária no que tem de correto e possuir potencial de desvirtuar a tutela coletiva naquilo que possui de caráter retórico. Por ser possível a autocomposição extrajudicial, é ínsita ao processo de negociação a inclusão de interessados e também de outras situações jurídicas, desde que sejam atendidos os requisitos e pressupostos específicos do caso. Nesse ponto, portanto, a disposição é supérflua, já que diz o óbvio. O problema está na força simbólica ou retórica da disposição, porque o óbvio normativo possui força e o dispositivo pode servir como entrada para ampliações indevidas, desvios de foco e alterações de outras regras, formando um tortuoso processo de autocomposição que pode inclusive obnubilar a causa primária que deu ensejo à controvérsia. O processo coletivo não pode se tornar um ato ecumênico em que afluem interessados em geral para resolverem as questões em ampla negociação. Algo assim poderia tumultuar e enfraquecer a tutela coletiva adequada. Além disso, não podem outras questões serem incluídas em prejuízo à questão original, como se outros elementos objetivos pudessem ser considerados em substituição ao problema que deu causa ao processo.⁶⁷ Há também questões relacionadas à atribuição do legitimado ativo, em se tratando do Ministério Público, por exemplo, já que a carreira é compartimentada e não necessariamente uma situação pode ser conduzida pelo mesmo membro. De modo semelhante, há a questão envolvendo o juiz natural, dirigindo-se à autocomposição para um juiz predeterminado.⁶⁸ Por fim, um ponto

⁶⁶ Na doutrina: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁶⁷ Pode-se argumentar que isso seria um problema de quem participa do acordo, agindo de má-fé ou sendo apenas inepto, mas a permissão para a cumulação superveniente de objetos e sujeitos para autocomposição pode dificultar o controle do acordo. Em um caso concreto de que tive conhecimento, um membro do Ministério Público, talvez entusiasmado pelo caso ou amedrontado por questões sofisticadas, considerou satisfeito um processo coletivo por autocomposição em que nada do que era discutido foi contemplado, inclusive com cláusulas que foram suportadas por pessoa jurídica que não integrava o processo (mas integrou o acordo, claro) e que não cuidavam de responsabilizações das pessoas físicas que eram efetivamente rés e não se foram efetivamente atingidas pelas cláusulas.

⁶⁸ O projeto de lei trata da competência para o processo coletivo de forma mais sofisticada do que o regimento atual, mas escapa de nosso propósito qualquer análise a esse respeito que não a mera referência a um potencial problema decorrente de uma autocomposição ecumênica. Registre-se apenas que o tema hoje não prescinde da cooperação entre juízes (e também membros do Ministério Público), como dispõe o próprio projeto no art. 8º, § 4º, e há sofisticada discussão doutrinária sobre o juiz natural e a eficiência processual, como consta no título da obra de referência: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. Acrescente-se que, no caso do processo coletivo, a proximidade com o local do dano pode assumir especial relevância e esse é outro ponto a se considerar quando se examina esse chamamento ao ecumenismo autocompositivo.

notadamente sensível na autocomposição coletiva está não só na representação adequada, prevista nos arts. 7º e 37 do projeto, mas sobretudo na possibilidade de participação de interessados (o art. 37 do projeto é bastante didático), o que pode ser mal tutelado se permitida indevida ampliação temática e subjetiva. Obviamente nenhum dispositivo legal possui eficácia isolada e essa autorização do art. 22, § 4º, necessariamente deverá ser compatível sistematicamente com as demais regras cujos delineamentos essenciais são resumidos no já citado art. 37, mas a experiência com as tentativas de amesquinhar a tutela coletiva não recomenda entusiasmo com qualquer abertura para manobras que possam afastar sua efetividade e não é novidade que um dos artifícios mais utilizados para enfraquecer ou desprestigiar um instituto é exatamente lhe conferir uma roupagem que permita um discurso de eficiência e robustecimento.

O já citado art. 37 enumera o que denomina de princípios e sintetiza didaticamente as opções legislativas constantes do projeto:

I – melhor tutela do interesse público, difuso, coletivo ou individual homogêneo; II – transparência e publicidade; III – participação, sempre que possível, do grupo social titular da pretensão coletiva e dos demais legitimados processuais; IV – representatividade adequada e informação suficiente sobre os melhores termos para a tutela coletiva; V – preservação de todos os interesses envolvidos, permitindo-se, se for o caso, a segmentação do grupo em subgrupos com representantes adequados que possam tutelar de modo adequado os respectivos interesses; VI – boa-fé objetiva na previsão dos termos do acordo e na sua implementação; VII – a observância à ordem pública, aos bons costumes e aos direitos fundamentais; VIII – preservação da justiça, imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade na resolução da controvérsia por autocomposição; IX – a isonomia e a segurança jurídica.

Em que pese a utilização de algumas referências genéricas e da desnecessária reprodução do art. 122, CC,⁶⁹ não há como discordar de seus propósitos, incluindo o que está em seu § 1º, que prevê “o uso de qualquer técnica, tais como consultas públicas, reuniões e audiências públicas, inclusive com o uso de meios eletrônicos.” Já seu § 2º dispõe que cabe aos “órgãos superiores dos legitimados públicos para a tutela coletiva o estabelecimento de requisitos, padrões e critérios para a autocomposição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atendidos os princípios estabelecidos no inciso VIII do *caput*.” Nesse ponto cabem duas observações: 1) não se entende o

⁶⁹ Todo negócio jurídico se submete à sua teoria geral e as regras do Código Civil, nesse particular, aplicam-se a todos os negócios exatamente porque não se prendem ao direito civil, mas à teoria geral do direito.

porquê da referência expressa apenas ao inciso VIII, já que todos os incisos devem ser considerados, 2) a edição de normas administrativas internas podem ser úteis para alguma peculiaridade local, mas deve ser considerada a função absolutamente secundária desse tipo de poder normativo, a fim de que não se incentivem edições de regramentos assimétricos nas diversas unidades do país e com inovações indevidas.⁷⁰

Em seguida o art. 38 deixa claro que:

[o]s conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos poderão ser objeto de autocomposição parcial ou total, definitiva ou temporária, judicial ou extrajudicial, por meio de todo e qualquer mecanismo adequado de solução consensual que viabilize acordos coletivos, tais como a conciliação, a mediação, a negociação, o compromisso de ajustamento de conduta e quaisquer outros meios consensuais adequados, dependendo das peculiaridades de cada tipo de conflito.

É um dispositivo didático e, ainda que confunda método e meio, estabelece um quadro mínimo sobre o tema e o prepara para as regras posteriores. Em seu § 1º, mantém-se a legitimidade dos entes públicos para a autocomposição em direitos difusos e coletivos é dos entes públicos, isolados ou conjuntamente, e admite a “participação de associação civil, sindicatos, entes ou grupos representativos ou interessados.” O dispositivo parece dizer que a participação não significa uma colegitimidade, mas, sim, ampliação subjetiva visando à adequada tutela coletiva, ou seja, amplia-se apenas a participação no debate, o que autoriza duas observações: 1) essa participação não deve ser dirigida de antemão pelo legitimado, sob pena de violar a transparência e a publicidade, de modo que a convocação deve se dar de forma ampla e acessível e esse é um tema importante a ser regulamentado administrativamente, 2) caso o participante privado subscreva o instrumento de autocomposição, inexistirá vício relevante, já que o essencial é a presença de um dos legitimados públicos. O § 2º é dedicado aos direitos individuais homogêneos, que antes se submetiam à genérica previsão do compromisso de ajustamento de conduta, sem que fossem consideradas suas peculiaridades,⁷¹ como a necessidade de incluir os demais legitimados coletivos,

⁷⁰ Em relação ao Ministério Público, há a possibilidade de regramento administrativo minimamente unificado por ato do respectivo Conselho Nacional. Entretanto, diante da lacuna legislativa existente acerca da disciplina do inquérito civil e do termo de ajustamento de conduta, aquele órgão assumiu amplo poder normativo primário, o que é no mínimo indesejável. O fato de haver produzido atos normativos de reconhecida qualidade não prejudica essa observação que se relaciona com norma de competência.

⁷¹ A absoluta ausência de regramento sobre acordos envolvendo direitos individuais homogêneos ensejou um emblemático caso no Supremo Tribunal Federal que recebeu relevante apreciação crítica de Edilson Vitorelli: Representatividade (in)Adequada: o acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota Notícias Jurídicas*. p. 1-11, 16 jan. 2018 (disponível em: www.jota.info). Sobre a utilização de acordos como estratégia de litigantes habituais, vale conferir o estudo de ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A Mediação e a Conciliação de Demandas Repetitivas*. Belo Horizonte: Forum, 2020. Outro ponto que merece registro e preocupação está na possibilidade de acordos serem firmados em incidente

já que os entes públicos podem não se interessar ou não vislumbrar interesse social em sua proteção. Agora essa legitimidade é ampliada nesse parágrafo e no seguinte se permite a “adesão dos titulares de direitos individuais,” o que vinculará a esfera subjetiva do aderente. Além disso, no § 4º, “admite-se a celebração de programas e projetos para atendimento das pretensões dos titulares dos direitos individuais por prestação pecuniária ou de obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interessados diretos.” Por fim, há a regra de encerramento do § 5º sobre o controle da representação adequada para toda autocomposição na forma estabelecida no próprio projeto.

O art. 39 se assemelha ao disposto no art. 3º, § 2º, da Lei da Mediação⁷² e prevê que “os acordos coletivos que tenham por objeto direitos indisponíveis passíveis de autocomposição deverão ser homologados judicialmente, exigida a intervenção do Ministério Público.” É um dispositivo complexo, mas, como dito, encontra já paralelo no ordenamento e a possibilidade de autocomposição envolvendo direito indisponível é fundamental no processo coletivo. Entretanto, há aqui questões essenciais: 1) se o direito é indisponível, há que se definir o limite da autocomposição, que, em princípio, não poderá dispor sobre o direito, salvo se se admitir o oxímoro; 2) outro ponto sensível é a natureza dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos,⁷³ já que boa parte da doutrina defende que sempre são indisponíveis, o que significa dizer que inexistirá autocomposição coletiva sobre direito disponível; logo, essa regra se aplicaria a toda autocomposição coletiva, porque sempre haverá indisponibilidade; 3) se há direitos disponíveis, haverá que fixar critérios para identificá-los, já que terá que se definir se há direitos difusos disponíveis ou coletivos disponíveis e individuais homogêneos, enquanto tratado coletivamente, também disponíveis e, nesse caso, se haverá situações em que seria indisponíveis; 4) se todos os direitos coletivos em sentido amplo forem indisponíveis, isso significa que não haverá rigorosamente

de resolução de demandas repetitivas e afetarem situações coletivas, sem que haja garantia de participação devida da coletividade e, com isso, seja utilizado estrategicamente por litigantes habituais para a formação de precedentes e também para disciplinarem temas discutidos em ações coletivas. Ainda que não haja identidade entre ações coletivas e tais incidentes, pode haver evidente relação entre eles (sobre o debate envolvendo a natureza do IRDR e o processo coletivo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016, p. 209-218. TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, item 3.4). Como se trata de incidente para fixação de tese abstrata sobre questão de direito, em tese o acordo não seria possível. Mas, ainda em tese, vem sendo cada vez mais admitido consenso para questões de direito (cf. art. 357, IV e § 2º, CPC, e arts. 23 e 26, LINDB, além da tese sobre pactuação da “concretização do direito” defendida por Alexandre Gavronski e citada neste texto) e não é impossível que, com o argumento de ampliação do debate e a proeminência que a autocomposição vem assumindo, também em sua dimensão retórica, comece a se estabelecerem audiências públicas com essa finalidade.

⁷² Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

⁷³ Sobre os direitos individuais homogêneos e a autocomposição, confira-se ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo, RT, junho de 2021, item 4.2.

autocomposição extrajudicial, mas apenas esboço⁷⁴ de autocomposição, já que a judicialização será obrigatória, assim como será imprescindível a participação do Ministério Público, obviamente quando já não for ele o próprio legitimado; 5) de acordo com essa regra, portanto, pressupõe-se uma definição conceitual inexistente e, diante da absoluta insegurança jurídica em que vivemos, será recomendável que todas as autocomposições sejam submetidas à homologação judicial, o que infelizmente desestimulará a formação de título executivo extrajudicial; 6) essa regra terá também o potencial de afetar todas as autocomposições envolvendo direitos indisponíveis, incluindo os estritamente individuais, como aqueles que envolvem crianças e adolescentes; 7) por se submeter à homologação judicial, poderá ser admitida a retratação unilateral;⁷⁵ 8) em relação ao Ministério Público, poderá ser necessária a prévia homologação do órgão colegiado interno responsável pelo controle do arquivamento do inquérito civil, antes de se submeter à homologação judicial, que deverá examinar essa particularidade, caso tenha havido prévio arquivamento de inquérito civil, a fim de evitar problemas futuros;⁷⁶ 9) como a intervenção do Ministério Público será obrigatória, caso não seja ele o legitimado que participou da autocomposição, o juiz deverá ouvi-lo antes de qualquer providência, aplicando-se o regramento da atuação como fiscal da ordem jurídica; 10) será discutível essa atuação quando se tratar de direito individual homogêneo sem interesse social, mas a intimação do Ministério Público será obrigatória, cabendo ao membro o exame da necessidade de sua intervenção, que, em minha opinião, sempre deverá ocorrer, já que a função de fiscal da ordem jurídica não coincide necessariamente com o fundamento da legitimidade

⁷⁴ Note-se que esse vem sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação a acordo extrajudicial sobre alimentos de incapaz e o projeto aplica a mesma lógica para acordos transindividuais: “[...] o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso antevista alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar [...]” (REsp 1756100/DF, DJe 11/10/2018) “[...] Acordo de alimentos firmado em sede extrajudicial, cujo direito a eles é de caráter indisponível, demanda a necessária intervenção do órgão do Ministério Público para resguardar os direitos da criança, ainda que a alimentada estivesse representada por sua genitora. No mister de tutelar e de proteger os interesses indisponíveis da criança e do adolescente, cabe ao Ministério Público alertar o Juiz na causa que diz respeito a alimentos, que antes de homologar eventual acordo, deve verificar se o valor acordado entre os genitores prejudica a subsistência do menor envolvido, considerando sempre o binômio necessidade/possibilidade, de modo a impedir e velar para que o processo não acarrete perdas desvantajosas ao menor.” (REsp 1609701/MG, DJe 20/05/2021)

⁷⁵ Cf. REsp 1609701/MG, DJe 20/05/2021, com transcrição na nota anterior.

⁷⁶ Essa integração de ato do órgão colegiado como condição de eficácia gera controvérsia desde sempre, com forte entendimento de que somente lei federal poderia impor esse requisito (cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 186). Entretanto, a Lei Complementar nº 75/93 e a Lei nº 8625/93 conferem tal atribuição ao órgão colegiado revisor, já que se tratará de fundamento para arquivamento de inquérito civil (cf. art. 6º da Res. nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público), de modo que não parece que a solução do problema esteja nessa questão de competência legislativa. O que pode ser considerado é a plena eficácia desde a celebração, salvo posterior decisão do colegiado (cf., ainda RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201-203). Evidentemente isso se aplica a ajustes extrajudiciais, já que os pactos incidentais à ação judicial não se submetem a controle administrativo e a participação do colegiado se dá na fase de análise de arquivamento de inquérito civil.

ativa; 11) como a autocomposição pode se dar em qualquer momento e grau de jurisdição – e temos casos de acordos homologados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal –, em regra atuará como fiscal da ordem jurídica o órgão do Ministério Público com atribuição junto ao respectivo tribunal, o que poderá significar uma grande distância dos fatos e da matéria sob exame, recomendando a cooperação entre membros, inclusive de ramos diversos, como já se extrai da relevante e pouco citada Recomendação nº 57/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, e 12) a profundidade da cognição judicial na atividade de homologação não é uniforme na legislação e, quando relacionada a negócios jurídicos, comumente se entende que se trata de um requisito legal formal, isto é, sem exame do mérito ou conteúdo do pactuado;⁷⁷ entretanto, além de condição de eficácia, a homologação implica controle de validade,⁷⁸ já que o que é submetido à atividade jurisdicional enseja algum grau de controle; no caso da autocomposição coletiva envolvendo direitos indisponíveis, porém, parece que o controle do mérito das cláusulas não está inserido na redação da regra, que tentou dizer que o controle será apenas de legalidade, como um paralelo com processos administrativos, mas na prática e para manter a coerência do sistema, não há como escapar da análise do conteúdo das cláusulas,⁷⁹ sobretudo porque a participação do Ministério Público é obrigatória e não faria sentido a participação de um legitimado apenas para análise de critérios procedimentais; em todo caso, esses limites são um tema em aberto e a exigência de homologação traz necessariamente o problema dos limites dessa atividade.⁸⁰ O § 1º dispõe que “nas demais hipóteses de solução consensual, a homologação judicial dos acordos coletivos é facultativa, caso em que valerá como título executivo judicial, adquirindo presunção de legitimidade

⁷⁷ Cf. enunciado nº 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.” Evidentemente, a homologação judicial de negócios jurídicos é acidental e somente quando a lei determinar é que esse ato se fará necessário, mas, como aqui estamos diante de uma proposição clara, no caso da autocomposição coletiva será a regra.

⁷⁸ Com o problema adicional do disposto no art. 848, CC, cuja aplicação em sede de autocomposição coletiva pode ser afastada se se utilizar a manipulação conceitual de que não se trata de transação, mas, tecnicamente, parece que somente será afastada essa regra se possível a manutenção de integridade de autocomposição parcial, como se os temas e cláusulas fossem agrupáveis em capítulos.

⁷⁹ Nesse sentido ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 3. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 406-410.

⁸⁰ Insista-se na referência feita nas notas 73 e 74. Para ilustrar a discussão, note-se que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em exame de acordo de não persecução penal, decidiu que ao Judiciário só cabe o exame de aspectos formais: “O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese que manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017).” (HC 668.520/SP, DJe 16/08/2021) Nesse debate deve entrar também a questão da imparcialidade do julgador, já que, em regra, no processo civil não há impedimento expresso para o juiz participar da autocomposição judicial e no processo penal há regra explícita na colaboração premiada. Sobre o tema na seara penal: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 113-123.

e de ciência geral,” o que significa duas coisas: 1) há direitos coletivos disponíveis, porque só isso pode significar “demais hipóteses” (na verdade é só uma outra hipótese); 2) todo o parágrafo, a rigor, é supérfluo, já que a facultatividade da homologação e suas consequências decorrem do sistema. Se haverá homologação, necessariamente surge o problema dos limites da atividade judicial, como já mencionado no item 12 em linhas anteriores, e disso trata o § 2º, dispondo que “envolverá a avaliação do respeito ao devido processo legal do procedimento utilizado, assim como da observância dos princípios estabelecidos no artigo 2º desta Lei, sob pena de devolução às partes para rediscussão, indicando-se expressamente na decisão judicial os motivos da rejeição da proposta e as cláusulas que devem ser reavaliadas ou o procedimento a ser observado.” Isso significa que se pressupõe a existência de um processo administrativo para a formação do acordo, o que é facilitado no caso de ter havido inquérito civil, mas esse tipo de instrumento é privativo de um dos legitimados e, mesmo assim, facultativo. Além disso, o acordo pode decorrer de procedimento judicial de produção antecipada de prova ou simplesmente de proposta levada diretamente a um dos legitimados. Ou seja: não é necessário um procedimento prévio, mas cabe ao juiz o exame da ampla publicidade e da oportunidade de participação no acordo, que é o que importa entre os princípios elencados no art. 2º para fins de autocomposição coletiva. A propósito, os princípios previstos no art. 2º, incluindo o inacreditável “princípio do pragmatismo,” não são os únicos pontos obrigatórios a serem observados, já que a representação adequada, a competência e as cláusulas do acordo devem ser controladas, com prévia oitiva do Ministério Público, caso não seja ele um dos proponentes do compromisso para homologação. A determinação para que haja indicação específica dos problemas identificados pelo juiz é relevante e segue o parâmetro do art. 321, parte final, CPC. De todo modo, reitere-se que esse parágrafo acaba com a autocomposição extrajudicial, já que, na dúvida sobre a disponibilidade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os interessados não devem criar mais um espaço da já precária segurança jurídica e, por natural cautela, submeterão para homologação toda autocomposição que obtiverem. Em suma, se mantida essa proposta, será o fim desse tipo de título executivo extrajudicial, afetando, claro, entre outras questões, a incidência do art. 785, CPC, já que se estará diante de título executivo judicial.

No art. 40 há uma regra que mais se aproxima de uma recomendação, dispondo que “os legitimados coletivos, ao participarem da autocomposição, poderão solicitar, aos órgãos e entidades públicas com reconhecida capacidade técnica, manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em autocomposição coletiva.” Ou seja: prevê-se a possibilidade de o caso exigir conhecimentos técnicos para prognoses e planejamentos⁸¹ e, quando não se tratar de processo jurisdicional, não se tratará de caso de prova pericial em sentido estrito, o que significa que não incidirão as causas de suspeição e impedimento e poderá haver participação técnica de profissionais vinculados aos próprios legitimados. A perícia no processo coletivo se tornou um ponto de extrema vulnerabilidade no momento, com

⁸¹ Em alguma medida, o projeto dá seguimento ao disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB.

as isoladas, mas catastróficas decisões monocráticas tomadas no Supremo Tribunal Federal e o projeto resolve a questão de forma satisfatória,⁸² de modo que a regra ora mencionada pode ser útil, mas é uma questão sob responsabilidade dos legitimados, parecendo descabido esse tipo de exortação. Um acordo sério, em caso que necessite desse tipo de prognóstico e de descrição, necessariamente incluirá exposição nesses moldes e tal providência poderá ser determinada pelo juiz na fase de homologação.

Homologada a autocomposição, surge o problema da sua estabilidade, já que o pior estímulo para qualquer pactuação é a existência de prognóstico de precariedade do pactuado. Em razão da falta de disciplina legislativa por todos esses mais de trinta anos, os posicionamentos doutrinários são variados e o projeto adota um posicionamento claro, que, mesmo sujeito a críticas, ao menos é um posicionamento explícito que permite o debate parlamentar. De acordo com o art. 41, a “autocomposição coletiva pode ser: I - impugnada por ação rescisória, caso tenha sido homologada por decisão transitada em julgado, nos termos do art. 966 do Código de Processo Civil, inclusive para discutir vício de consentimento, vício social, simulação, fraude à lei ou falta de adequada legitimação para sua celebração; II - por ação autônoma de invalidação, nos termos da lei civil, com intervenção obrigatória do Ministério Público, nos demais casos. Parágrafo único. Os legitimados que não tenham participado do compromisso ou do acordo coletivo não poderão desconsiderar seus termos, enquanto não desconstituídos por decisão judicial.” Como a homologação será a regra, para não dizer que será a unanimidade dos casos, a autocomposição somente poderá ser rescindida e, pela natureza da legitimidade coletiva, qualquer colegitimado poderá ajuizar a ação,⁸³ não se limitando àqueles que participaram do

⁸² Art. 25. Nas ações coletivas de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas pelo autor coletivo. § 1º Não haverá condenação do autor nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas salvo em caso de litigância de má-fé, hipótese em que o autor, por decisão fundamentada, será condenado em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. § 2º Diante da necessidade de produzir a prova e de peculiaridades concretas da causa relacionadas, entre outras, à verossimilhança das alegações, à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir os encargos financeiros por parte da Fazenda Pública, à produção da prova técnica em prazo razoável, ou à maior facilidade de financiamento da prova do fato contrário, desde que ouvida a parte contrária, o juiz poderá: I - solicitar a colaboração, inclusive por protocolos institucionais, para fins de realização de perícia, de órgãos públicos, como universidades e entidades de pesquisa; II - valer-se, quando houver, do financiamento por recursos advindos de fundos públicos municipais, estaduais ou federais que possuam entre seu objeto ou sua atribuição o custeio de perícias em processos coletivos; III - excepcionalmente, em decisão devidamente fundamentada, imputar ao réu o dever de custear as despesas com a antecipação da prova técnica, quando entender demasiada a inversão do ônus da prova. § 3º É facultada às partes a celebração de convenção processual tendo por objeto a distribuição da antecipação dos custos da prova técnica e de demais despesas processuais ligadas à sua antecipação.

⁸³ Assim como o colegitimado poderá interpor recurso contra a homologação do acordo de que discordar, na forma do art. 996, parágrafo único, CPC. (cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 415)

pacto.⁸⁴ Com efeito, já que o decidido vinculará todos os legitimados,⁸⁵ a coisa julgada poderá ser impugnada também por quem dela não participou. Se se entender que não haveria essa legitimidade para a ação rescisória, necessariamente poderia se entender que outro legitimado coletivo poderia ajuizar ação “idêntica,” o que seria absoluto desestímulo à autocomposição, já que nada asseguraria para o eventual réu e não faria sentido como coisa julgada coletiva.⁸⁶ As hipóteses de rescindibilidade são as mesmas do CPC, explicitando que, em síntese, a autocomposição deve decorrer da boa-fé,⁸⁷ além de acrescentar a legitimidade adequada, já que o projeto consagra essa aptidão para a atuação na tutela coletiva. Se não houver homologação judicial ou subsistir hipótese que não se enquadre como caso de rescindibilidade, prevê-se a ação autônoma de invalidação, com intervenção obrigatória do Ministério Público, o que diz mais e diz menos ao mesmo tempo. Diz mais, porque desnecessária a previsão de uma intervenção que sempre ocorrerá em ação coletiva e essa impugnação será

⁸⁴ Antonio Gidi tece duras críticas sobre a participação de mais de um legitimado na autocomposição coletiva: “o acordo coletivo não é celebrado por “qualquer legitimado,” mas somente por aquele legitimado que é o representante adequado que está promovendo a ação coletiva específica. Se uma ação coletiva foi proposta pela associação A, nenhum outro legitimado coletivo poderá celebrar acordo nesta ação coletiva, sem que A seja destituída da sua posição de representante do grupo. Caso contrário, o réu poderia escolher o legitimado mais dócil para celebrar o acordo e ignorar o autor da ação coletiva. Isso se chama *reverse auction*, um leilão invertido em que o réu fará o acordo com aquele que exigir menos. Somente uma entidade pode estar encarregada de negociar com a parte contrária: isso faz parte de qualquer teoria de negociação.” O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*. Vol. 12, n. 1, jan./abr. 2021. (www.civilprocedurereview.com). É precisa sua preocupação com a escolha do legitimado mais despreparado, razão pela qual a adequação da representação afigura-se fundamental, como o próprio autor deixa claro no referido texto e em tantos outros trabalhos de sua autoria. No entanto, em tese não se enxerga óbice para a participação de mais de um legitimado na autocomposição, já que a adequação pode ser compartilhada e a ampliação subjetiva pode fortalecer a tutela coletiva e aumentar a participação no debate. Em abstrato, ou seja, desvinculada de qualquer caso concreto, essa objeção não me parece absoluta, mas fica o registro dessa observação contrária. Confira-se, ainda, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 5.

⁸⁵ Há julgado do Superior Tribunal de Justiça que possui visão bastante restrita dessa eficácia subjetiva, exigindo a anuência dos litisconsortes, com fundamentação do acórdão com potencial para futuras limitações: REsp 1563135/SP, DJe 07/08/2020.

⁸⁶ Incide aqui também o problema de se considerar o pactuado como garantia mínima (cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 188), isto é, patamar a partir do qual seria possível o acréscimo de obrigações, o que também geraria insegurança e desestímulo para a autocomposição. Imagine-se que uma empresa concorde em pagar determinada quantia como danos morais pela participação em violação de direitos humanos (pode-se utilizar o eloquente exemplo do compromisso de ajustamento de conduta de três ramos do Ministério Público com a Volkswagen, conforme descrito no documento publicado em www.conjur.com.br/dl/volkswagen-pagar-36-milhoes-colaborar.pdf e www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-mpsp-e-mppt-divulgam-relatorio-final-sobre-participacao-da-volkswagen-na-repressao-durante-regime-militar); posteriormente, se algum legitimado considerasse o valor inferior, bem como a possibilidade de imposição de novas obrigações, e pudesse propor novo pacto (salvo, claro, se a empresa voluntariamente quiser ampliar sua obrigação dentro da disponibilidade de seu patrimônio) e, em caso de recusa, ajuizar ação judicial sobre os mesmos fatos, considerando o compromisso anterior como mero piso para discussão, a instabilidade seria imensa e o desestímulo para qualquer acordo seria igualmente amplo (também discorrendo dessa ideia do ajustamento de conduta como garantia mínima, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, 2007, p. 241). Sobre a incerteza como desestímulo ao acordo, imprescindível a análise de VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 145-151.

⁸⁷ Sobre o impacto da boa-fé na ação rescisória: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 595-598.

uma ação coletiva. E diz menos porque a intervenção do Ministério Público será igualmente obrigatória na ação rescisória e não só na ação de invalidação. Somente quando o Ministério Público figurar como parte é que sua intervenção como fiscal da ordem jurídica simultânea e por meio de outro membro será desnecessária. Por fim, a vinculação subjetiva da autocomposição coletiva segue a lógica da coisa julgada coletiva, por isso a legitimidade para a rescisão e a invalidação se estende para todos os colegitimados e também é essa a razão que reforça a necessidade de ampla publicidade e transparência das negociações em curso. Essa vinculação subjetiva pode prejudicar integrantes do grupo, já que os termos da autocomposição podem ser divorciados das peculiaridades do caso concreto, mas ao mesmo tempo a inexistência de vinculação faz com que a autocomposição seja esvaziada. É, portanto, uma questão delicada de política legislativa, sobretudo em se tratando da relação com as demandas individuais e certamente será um dos temas mais sensíveis no debate parlamentar. Outro ponto essencial e que não é tratado no projeto se liga ao aspecto temporal e não na contagem de prazo para as ações mencionadas nesse artigo, já que essa lacuna pode ser resolvida por aplicação legislativa subsidiária, mas, sim, na parte da prescrição, já que deve haver clara disciplina a esse respeito, como no art. 17, parágrafo único, da Lei da Mediação.

O art. 42 prevê a possibilidade de qualquer colegitimado promover a execução da autocomposição coletiva, mesmo que celebrado por outro e desde que observado o controle da adequação da legitimidade. Tal previsão é decorrência lógica da legitimação concorrente e também da observância da adequação prevista no próprio projeto. No parágrafo único do mesmo artigo consta que “o Ministério Público poderá adotar outras providências de natureza civil ou criminal que se mostrarem pertinentes, inclusive em face da inércia do órgão público compromitente,” a fim de reforçar e estimular a efetivação da autocomposição coletiva.

Não seria possível pensar em um sistema de autocomposição sem considerar as convenções processuais, sobretudo após a vigência do art. 190, CPC.⁸⁸ Como não se pode confundir o instrumento com seu conteúdo, o termo de ajustamento de conduta, assim como qualquer outro instrumento negocial, pode conter cláusulas de direito material e de direito processual e na tutela coletiva, especialmente em questões que se protraem no tempo, como as políticas públicas, a adaptação artesanal de processo atual ou futuro apresenta muitas vantagens, incluindo soluções para a efetivação do título executivo judicial.⁸⁹ O projeto prevê expressamente os negócios processuais nos

⁸⁸ Vale registrar que mesmo antes do atual CPC o Conselho Nacional do Ministério Público tratou das convenções processuais na tutela coletiva, como bem analisado por Antonio do Passo Cabral que já no título de seu artigo indica o respectivo ato normativo: A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. *Negócios Processuais*. NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 721-737. Vol. 1.

⁸⁹ A bibliografia sobre convenções processuais é bastante variada, mas como referência as seguintes indicações devem ser reiteradas: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018 (o autor já publicou a terceira edição de seu livro, em 2020, onde acrescenta conteúdo e indicações bibliográficas; cito no presente texto a 2ª edição porque foi a que efetivamente utilizei para a pesquisa, mas o registro de atualização é relevante por se tratar de livro fundamental). Sobre os

arts. 25, § 3º, 34, § 4º, e 43, §§ 1º e 2º, sendo que esse último artigo está no capítulo da autocomposição coletiva e merece transcrição: “43. As partes poderão celebrar convenções processuais antes ou durante o processo, inclusive no cumprimento de sentença e na execução. § 1º A autocomposição coletiva pode conter convenções processuais. § 2º As convenções processuais poderão ser celebradas na forma de protocolos coletivos para gestão de acervos processuais de litigantes habituais.” O artigo está bem redigido e pode ser relevante para a adequada tutela coletiva.

Por fim, é fundamental que se estabeleçam e se reúnam informações e dados sobre a tutela coletiva e uma consolidação nacional dos “compromissos de ajustamento de conduta e demais autocomposições coletivas” é prevista no art. 62, que prevê a divulgação de relatório anual a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de iniciativa importante, mas tímida, já que o projeto não confere maior proeminência ao Conselho Nacional do Ministério Público (no próprio art. 62 a referência a esse colegiado é secundária) e também não é prevista uma forma de divulgação das autocomposições em andamento, a fim de atender à necessária transparência e conferir a fundamental publicidade.

A sistematização legislativa do tema é fundamental para que a autocomposição coletiva não seja mero discurso e realmente contribua para a efetividade da tutela coletiva.

Bibliografia

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Thereza; CUNHA, Ígor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Processo*. Vol. 304. São Paulo: RT, junho de 2020.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientação e revisão da tradução). 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

negócios processuais especificamente no processo coletivo: MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, capítulo 6. COSTA, Eduardo da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*. Disponível em: www.abdpro.com.br/wp/doutrina/. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018. CABRAL, Antonio; ZANETTI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019 (também disponível na plataforma “academia.edu” dos autores). PEÇANHA, Catharina; LAMEGO, Guilherme; ARGOLLO, Isaac; SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, nº 278. São Paulo: RT, abril de 2018 (também disponível na plataforma “academia.edu” dos autores).

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *Processos Estruturais*. JOBIM, Marco; ARENHART, Sergio (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021.

_____; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e penal: mão e contramão? *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 305. São Paulo: RT, julho de 2020.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): "mediação sem mediador". *Revista de Processo*. Vol. 259. São Paulo: RT, setembro de 2016.

_____; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019.

CHASE. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Fernando Martín Diz (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011.

COSTA, Eduardo da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. Disponível em: www.abdpro.com.br/wp/doutrina2021/.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*. Vol. 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; CABRAL, Antonio. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____; _____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. *Processos Estruturais*. ARENHART; JOBIM (Coord.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRARESI, Eurico. O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. *Temas Atuais do Ministério Público*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*. Vol. 982. São Paulo: RT, agosto de 2017.

FISS, Owen. Contra o acordo. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *Processo Coletivo* (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016.

GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento da Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 1, jan./abr. 2021 (www.civilprocedurereview.com).

GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LANE, Renata. *Acordos na Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MAC CROIRE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MACHADO, Gabriel. *Acordos Administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*. V. 11, julho/dezembro de 2010.

_____. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. *Funções Institucionais do Ministério Público*. ALVES; RUFINO; SILVA (Org.). São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Class Arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015.

NUNES, Bruno José Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Da designação de audiências para autocomposição em processos coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: RT, setembro de 2018.

OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014.

PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da Prova*. São Paulo: RT, 2020.

PEÇANHA, Catharina; LAMEGO, Guilherme; ARGOLLO, Isaac; SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, nº 278. São Paulo: RT, abril de 2018.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Processo*. Vol. 261. São Paulo: RT, novembro de 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 19. Rio de Janeiro: UERJ, maio/agosto de 2018 (www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp).

_____; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. A contribuição do STJ para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta: desafios pretéritos e atuais. *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão* (livro coletivo). Brasília: ANPR, 2019, p. 92-131 (disponível em: https://anpr.org.br/images/Livros/temas_do_ministerio_publico_2019.pdf).

SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: ação civil pública – ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 264. São Paulo: RT, fevereiro de 2017.

TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, capítulo 1.

_____. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166. São Paulo: RT, abril de 2020.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, janeiro de 2016.

VITORELLI, Edilson. De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 8. São Paulo: RT, julho/dezembro de 2018.

_____. Representatividade (in)Adequada: o acordo coletivo dos planos econômicos e porque ele não deveria ser homologado. *Jota Notícias Jurídicas*. 16 jan. 2018 (disponível em: www.jota.info).

_____. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.

_____. Análise Econômica e Comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo (*artigo no prelo*, gentilmente cedido pelo autor).

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; LINO, Daniela Bermudes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. Ações individuais no caso rio doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. *Revista de Processo*. Vol. 298. São Paulo: RT, dezembro de 2019.

O futuro da Justiça e o mundo 4.0

The future of Justice and the world 4.0

Valter Shuenquener de Araújo*
Anderson de Paiva Gabriel**
Fábio Ribeiro Porto***

Sumário

I. Considerações iniciais. II. O “Juízo 100% Digital” e a transformação tecnológica do Poder Judiciário. III. O cumprimento digital de ato processual e o fim das cartas precatórias. IV. A Plataforma Digital do Poder Judiciário brasileiro (PDPJ-Br) e o *Mandamus*. V. Os Núcleos de Justiça 4.0 como uma disrupção no Sistema de Justiça. VI. Considerações finais. Referências bibliográficas.

* Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Juiz Federal. Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (2015-2020). Juiz Auxiliar no STF (2011-2014). Juiz Auxiliar no TSE (2015). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

** Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (ISMP), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), tendo recebido diploma de dignidade acadêmica *Cum Laude*. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Integrante da Câmara de Regulação do Agente Regulador do Operador Nacional do Registro Imobiliário eletrônico (ONR), instituída no âmbito da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ). Integrante do Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais (CGPDP) do TJRJ, tendo integrado anteriormente o Comitê Gestor de Segurança da Informação (CGSI) do TJRJ (2019/2020). Integrante do Conselho Editorial da Revista da Escola Nacional de Magistratura (ENM) e da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro honorário do Conselho da HSSA (*Humanities and Social Sciences Association*) da *University of California-Berkeley*. Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária (ESAJ). Pesquisador Visitante (*Visiting Scholar*) na *Berkeley Law School (University of California-Berkeley)*.

*** Mestre em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito Privado na Universidade Federal Fluminense (UFF). Juiz de Direito. Ex-membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (COJES). Membro do Comitê Gestor de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGTIC). Membro do Comitê Gestor de Segurança da Informação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGSI). Ex-Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Professor Universitário. Professor Palestrante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar o impacto das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na transformação digital do Judiciário, imperiosa ante as aceleradas mudanças nas dinâmicas sociais e econômicas ocorridas nas últimas décadas, incluindo, inclusive, inúmeras disrupções tecnológicas. Para tanto, será realizada uma breve contextualização do Judiciário brasileiro, seguida da apresentação das resoluções publicadas pelo CNJ e sua repercussão na construção do chamado Judiciário 4.0, numa adaptação da instituição milenar à sociedade contemporânea e novos tempos, marcados pelos conceitos de Cortes Online e Justiça Digital.

Abstract

The article aims to analyze the impact of the Brazilian National Council of Justice (CNJ) resolutions into the digital transformation of the Judiciary, providing reflections on the need for this in light of the rapid changes in social and economic dynamics that have taken place in recent decades, including technological disruptions. For that, a brief contextualization of the Brazilian Judiciary will be carried out, followed by the presentation of the resolutions published by the CNJ and its repercussion in the construction of the so-called Judiciary 4.0, in an adaptation of the millenary institution to contemporary society and new times, marked by the concepts of online Courts and Digital Justice.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Políticas públicas. Revolução Digital.

Keywords: *Judiciary. National Council of Justice. Public policy. Digital revolution.*

I. Considerações iniciais

O uso da tecnologia tem revolucionado nossas vidas e causado disrupções na sociedade contemporânea. No setor privado, a permanente necessidade de inovação já atingiu profundamente muitas marcas. Todos aqueles com mais de 30 anos de idade se recordarão de empresas como *Blockbuster* (locação de filmes), *Kodak* (máquinas fotográficas) e *Blackberry* (telefone celular). Essas marcas estavam presentes no cotidiano de grande parte da população décadas atrás, mas hoje desapareceram ou se encontram com fatias diminutas do mercado,¹ por não terem seguido as tendências de inovação em seus campos.

¹ ESTADÃO. *Negócios de sucesso que faliram – ou quase – porque não inovaram*. São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <https://fotos.estadao.com.br/galerias/fotos-pme,negocios-de-sucesso-que-faliram-ou-quase-porque-nao-inovaram,33360>. Acesso em: 18 out. 2020.

Uber, Airbnb e Netflix, para ficarmos em alguns poucos exemplos, transformam a economia e as dinâmicas sociais em um claro reflexo de um mundo cada dia mais digital. Matéria da *Isto é*, datada de quase seis anos atrás já destacava que o:

*Uber é considerado a maior empresa de táxi do mundo, mas não possui um único veículo em seu nome. Mídia mais popular do planeta, o Facebook não produz conteúdo. O Alibaba, varejista mais valioso do mercado, não conta com depósitos de mercadorias. E o Airbnb, maior provedor global de hospedagem, não é dono de um único quarto de hotel.*²

Outra reportagem, na coluna *Tilt* da UOL, enumera uma série de inovações recentes, destacando a veloz transição da carta para o *e-mail*, do táxi para o *Uber*, do CD para o *Spotify*, da locadora para a *Netflix*, das agências para o *Booking*, das enciclopédias para o *Google* e *Wikipedia*, dos hotéis para o *Airbnb*, das mensagens e ligações para o *Whatsapp*, dos classificados para a internet, da loja de revelação para o celular, dos mapas para o *GPS* e *Waze*, da televisão para o *Youtube* e das agências bancárias para o *app*. De fato:

Há pouco mais de um ano quem imaginava que muitas das capitais brasileiras estariam com patinetes elétricas alugadas circulando para lá e para cá? E há dois anos, que teríamos uma epidemia de entregadores do *Rappi* ou *Uber Eats*? Vamos um pouco mais longe: há menos de dez anos, sequer usávamos *Netflix* ou *Uber*.³

Sem dúvida, somos, simultaneamente, espectadores e protagonistas de uma das maiores revoluções da história da humanidade: o sepultamento da era analógica e o surgimento da digital. “*Somos passageiros de uma mudança histórica sem precedentes.*”⁴

Esse fenômeno começa a se alastrar, também, para o setor público. Com efeito, o cidadão tem expectativas por serviços públicos digitais que facilitem sua vida – assim como já ocorre no âmbito privado por meio de uma gama de aplicativos, disponíveis na palma da sua mão e acessíveis com alguns toques.

Corroborando essa tendência, temos a recente Lei nº 14.129/2021, que dispõe sobre o Governo Digital e o aumento da eficiência pública, especialmente por meio

² ISTO É. *Quem tem medo de Uber, WhatsApp & Cia.?* São Paulo, 04 set. 2015. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/mercado-digital/20150904/quem-tem-medo-uber-whatsapp-cia/295998>. Acesso em: 18 out. 2020.

³ RIBEIRO, Gabriel Francisco. *A Fila andou*. Uol, São Paulo, 15 maio 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/reportagens-especiais/uber-netflix-spotify-e-mais-a-tecnologia-revolucionou-os-servicos/#page17>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴ FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Org.). *A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade*. Barueri: Manole, 2005.

da desburocratização,⁵ da inovação e da transformação digital, inclusive instituindo, como alguns de seus princípios, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade. Tais medidas se darão mediante serviços digitais, acessíveis, inclusive, por dispositivos móveis, que permitirão às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos demandar e acessar serviços públicos por meio digital, sem a necessidade de solicitação presencial.

Nesse contexto, a nova dinâmica social exige uma nova conceituação do que é Justiça⁶ (um conceito mais amplo do que *dar a cada um o que é seu*)⁷ e de como o Estado disponibilizará um dos seus principais serviços, qual seja, a prestação jurisdicional. O surgimento, assim como a necessidade de solução, dos conflitos individuais e coletivos acontece em uma velocidade e volume totalmente diferentes daqueles que imperavam quando os preceitos tradicionais da justiça e do processo de decisão judicial foram estabelecidos.⁸ Imperioso reconhecer, portanto, que a transformação digital é uma necessidade para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Assim, se o ano de 2020 será lembrado pela lamentável pandemia⁹ que ainda assola o mundo,¹⁰ também certamente configurará um marco histórico de virada tecnológica da Justiça brasileira.¹¹ De fato, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Luiz Fux apontou que um dos eixos de sua gestão seria o desenvolvimento da Justiça 4.0 e a promoção do acesso à justiça digital,¹² como forma de incrementar a governança, a transparência e a eficiência do Poder Judiciário, com efetiva aproximação com o cidadão e redução de despesas.

⁵ Sobre o tema: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2-anos/2-anos-1/desenvolvimento-economico-desburocratizacao-e-modernizacao-do-estado>.

⁶ Não tenho notícia de um ser humano que não aspire à Justiça. Ou a uma ideia de Justiça. Como se ela fosse não um valor cultural, que pode acontecer ou não numa sociedade, mas um sentimento. Se, no verso de Cecília Meireles, a liberdade é um sonho que o mundo inteiro alimenta, parece-me ser a Justiça um sentimento que a humanidade inteira acalenta (LÚCIA, Cármen. *Discurso de posse*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/PublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_POssePresidencial_CarmenLucia.pdf. Acesso em 23 de mar. 2021).

⁷ Não há prévia nem permanente definição do justo para todos os povos, em todos os tempos e em todo lugar. Mas há o credo da Justiça, sem predefinição, necessária apenas por acreditarmos não ser possível vivermos sem Justiça. É ela que permite supor que a dor de viver é superável pela suavidade do justo conviver (LÚCIA, Cármen. *Discurso de posse*, ob. cit. loc. cit.)

⁸ KOETZ, Eduardo. *Transformação Digital e a Justiça*. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/justica-digital/>. Acesso em 23 de mar. de 2021.

⁹ Com efeito, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu que a disseminação da COVID-19 já configurava uma pandemia em 11 de março de 2020 e em 07 de junho já existiam mais de 7 milhões de casos confirmados e de 400 mil mortes no mundo, sendo só no Brasil mais de 690 mil casos confirmados e 36 mil mortes.

¹⁰ A Organização Mundial da Saúde – OMS reconheceu, em 11/03/2020, que a disseminação da COVID-19 configura pandemia, conforme amplamente noticiado pela imprensa ao redor do mundo. No Brasil, o Ministério da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em 03/02/2020, conforme Portaria MS nº 188/2020 c/c. Decreto nº 7.616/2011 c/c Lei nº 13.979/2020.

¹¹ CONJUR. *Pandemia impulsionou a transformação digital no Judiciário*, diz Dias Toffoli. Brasília, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/pandemia-impulsionou-transformacao-digital-judiciario-toffoli>. Acesso em: 24 de out. 2020.

¹² CNJ. *Judiciário eficiente, inovador e transparente*: Fux apresenta eixos da gestão no CNJ. Brasília, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-eficiente-inovador-e-transparente-fux-apresenta-eixos-da-gestao-no-cnj/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Nessa altura, cumpre registrar que, antes mesmo da pandemia,¹³ a necessidade de modernização do Poder Judiciário já era uma certeza para os magistrados que foram ouvidos na pesquisa “Quem somos – A magistratura que queremos.” Foram endossadas as ideias de processo judicial eletrônico, de julgamentos virtuais e do uso de redes sociais para comunicação processual, bem como de aplicação da inteligência artificial para elaboração de relatórios e identificação de processos repetitivos.¹⁴

Por sua vez, o “Estudo da Imagem do Poder Judiciário,” que abarcou pesquisa qualitativa com a população e os formadores de opinião, também já havia evidenciado a expectativa de que a modernização e a inovação tecnológica poderiam contribuir para o funcionamento do Judiciário, melhorando o acesso, promovendo a agilidade e a simplificação dos serviços (76% acreditam que o uso da tecnologia facilita muito ou facilita o acesso à Justiça).¹⁵

As Resoluções CNJ nºs 313/2020, 314/2020 e 329/2020, editadas em razão da crise de saúde pública, já haviam reconhecido que a atividade jurisdicional tem natureza essencial e deve ser prestada de forma ininterrupta, tendo buscado assegurar condições mínimas para sua continuidade durante a pandemia, ao mesmo tempo em que se preservava a saúde de magistrados, agentes públicos, advogados e usuários em geral.

Nesse passo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fomentou o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça para realização de todos os atos processuais,¹⁶ inclusive disponibilizando a todos os juízos e tribunais uma plataforma para realização de atos virtuais por meio de videoconferência, nos termos da Portaria CNJ nº 61, de 31/03/2020.

No ponto, imperioso destacar que atos por teleconferência encontram amplo respaldo legal. Nossos códigos processuais possuem inúmeros dispositivos que autorizam a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, sendo um dos raros exemplos em que a legislação avançou antes da prática cotidiana. Merecem destaque as seguintes disposições do Código de Processo Civil: art. 236, § 3º; art. 385, § 3º; art. 453, § 1º; art. 461, § 2º; art. 937, § 4º; bem como, do CPP, o disposto nos arts. 185, § 2º; 217 e 222, § 3º.

E os resultados do trabalho remoto e por teleconferência ao longo de 2020 foram impressionantes, com um total de movimentos processuais realizados superior a

¹³ A Organização Mundial da Saúde – OMS reconheceu, em 11/03/2020, que a disseminação da COVID-19 configura pandemia, conforme amplamente noticiado pela imprensa ao redor do mundo. No Brasil, o Ministério da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em 03/02/2020, conforme Portaria MS nº 188/2020 c/c. Decreto nº 7.616/2011 c/c Lei nº 13.979/2020.

¹⁴ VIANNA, Luiz Werneck Vianna; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos – A magistratura que queremos*. Brasília: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 66-75.

¹⁵ LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. *Estudo da Imagem do Poder Judiciário*. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 35-36.

¹⁶ Resolução CNJ nº 314/2020.

691,1 milhões, incluindo 15,5 milhões de sentenças e acórdãos, 23,9 milhões de decisões e 41,3 milhões de despachos,¹⁷ o que consubstanciou aumento de produtividade quando comparado aos anos anteriores.¹⁸

Nesse cenário, temos, ainda, a Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que alterou a Lei nº 9.099/1995, e estabeleceu a possibilidade de audiência de conciliação virtual:

Art. 2º Os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.” (NR)

Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença. (NR)

Ora, o transcorrer do ano de 2020 evidenciou que a revolução tecnológica permitia não só a manutenção da atividade jurisdicional, mas, até mesmo, o seu radical aperfeiçoamento, ao possibilitar que a Justiça seja mais efetiva, ocorra em tempo razoável e seja menos custosa. Revelou-se, portanto, um ganho significativo em termos de eficiência.

Vivemos a era cibernética. Testemunhamos o nascimento de um novo tempo e a própria transformação da sociedade. Abreviamos as distâncias e ampliamos significativamente o conhecimento humano em todos os campos do saber. Não há mais dúvidas quanto ao potencial que o uso da tecnologia também pode proporcionar para os trabalhos forenses.

Assim, em outubro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução CNJ nº 345, que criou o “Juízo 100% Digital,” em cujo âmbito todos os atos processuais são exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto, por intermédio da rede mundial de computadores. Outros atos normativos revolucionários se seguiriam, como verificaremos.

¹⁷ AMB. *Confira a produtividade do Poder Judiciário durante a pandemia*. Brasília, 03 jul. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/campanhas/confira-produtividade-do-poder-judiciario-durante-pandemia/>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁸ CNJ. *Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia*. 8 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 18 out. 2020.

II. O “Juízo 100% Digital” e a transformação tecnológica do Poder Judiciário

A paradigmática criação do “Juízo 100% Digital” consubstancia uma necessária alteração de referencial, concebendo a Justiça efetivamente como um serviço (“*justice as a service*”) e deixando de relacioná-la a um prédio físico. Assim, por meio da promoção à Justiça Digital, logra-se alcançar um sem-número de pessoas que lamentavelmente não conseguiam fazer valer seus direitos por uma miríade de razões.

Como salienta Richard Susskind na vanguardista obra *Online Courts and the future of Justice*:

Existem mais pessoas no mundo hoje com acesso à internet do que com efetivo acesso à justiça. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apenas 46 por cento dos seres humanos vivem sob a proteção da lei, enquanto mais de 50 por cento das pessoas são usuários ativos da Internet de alguma forma. Anualmente, diz-se que um bilhão de pessoas necessitam de “cuidados básicos de justiça,” mas em muitos países, pelo menos 30 por cento das pessoas com problemas legais sequer chegam a agir.¹⁹ (Tradução livre)

Aqueles que nasceram há menos de 20 anos, por vezes, sequer conseguem conceber as transformações que nosso dia a dia sofreu com o advento da *internet*, seja na forma como nos comunicamos (das cartas, *paggers* e telefones fixos para o *smartphone* e os aplicativos de mensagem instantânea), nos informamos (o leitor ainda lê o jornal impresso ou acessa um portal de notícias?), consumimos (*delivery* e *e-commerce*) e, até mesmo, nos divertimos (das locadoras de vídeo e CDs de música para o *Netflix* e *Spotify*).²⁰

Não será diferente nos serviços públicos, e esse é o potencial transformador do “Juízo 100% Digital.” Essa é uma inarredável tendência contemporânea. Enquanto as tecnologias estão evoluindo exponencialmente, as organizações estão se modificando de forma logarítmica, o que leva a um *gap*, um descompasso cada vez maior. É chegada a hora de abraçarmos a tecnologia também na Justiça, permitindo que a prestação jurisdicional se dê de forma efetiva e em tempo razoável.²¹

¹⁹ SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019: “More people in the world now have access to the internet than access to justice. According to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), only 46 per cent of human beings live under the protection of law, whereas more than 50 per cent of people are now active users of the internet in one way or another. Annually, one billion people are said to need “basic justice care”, but in many countries, close to 30 per cent of problem-owners do not even take action.”

²⁰ Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/reportagens-especiais/uber-netflix-spotify-e-mais-a-tecnologia-revolucionou-os-servicos/#page17>, último acesso em 12 out. 2021.

²¹ PAIVA GABRIEL, Anderson; PINTO, Esdras Silva. O Futuro da Justiça: Prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. In: SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Magistratura do futuro*. Rio de Janeiro: JC Editora, 2020. p. 167-197.

O advento do processo eletrônico já havia trazido mudanças significativas na gestão dos tribunais. De fato, houve uma verdadeira revolução na forma de trabalhar o processo judicial, com uma revisão das rotinas e práticas tradicionais que impactaram, sobremaneira, a forma como juízes, promotores, advogados, defensores e servidores viam e lidavam com o processo.

O contemporâneo desafio pandêmico vivenciado pelo Poder Judiciário ao redor do mundo robusteceu, ainda mais, a ideia de uma Justiça que não está atrelada a uma sede física. Tornou-se possível, portanto, imaginar um cartório 100% digital como forma de agilizar o processamento dos feitos e de racionalizar a mão de obra. Assim, inicia-se a superação de uma cultura ainda arraigada no sistema de Justiça, que considera o prédio do Fórum como *epicentro* das atividades jurisdicionais. O “Juízo 100% digital” expressa um novo modelo de trabalho, e utiliza todo o potencial que a tecnologia pode fornecer ao Poder Judiciário, com significativa redução de custo e tempo, bem como aumento expressivo de eficiência, culminando por maximizar o efetivo acesso à justiça.

Nesse sentido, as audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrem exclusivamente por videoconferência, bem como o atendimento é prestado também de forma remota, durante o horário de expediente forense, por telefone, por *e-mail*, por videochamadas, por aplicativos digitais ou por outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo tribunal.

Aliás, no ponto, registre-se que o CNJ também instituiu o “Balcão Virtual,” por meio da Resolução CNJ nº 372/2021, permitindo o atendimento imediato de partes e advogados pelos servidores do juízo, durante o horário de atendimento ao público, através do uso de ferramenta de videoconferência, em moldes similares ao do atendimento presencial (que ocorria no denominado “balcão” das serventias judiciais).

Tudo isso a demonstrar que estamos entrando em uma nova era e inaugurando um novo conceito de justiça: Justiça digital, rumo ao Judiciário 4.0.

Logicamente, isso não significa que a transição será imediata ou que todos os atores processuais a farão concomitantemente. A mudança de cultura e paradigma deve ocorrer de modo paulatino e gradativo, e, não por outro motivo, o “Juízo 100% Digital” é facultativo e é possível a oposição da parte demandada, bem como é cabível a retratação.

Eventual recusa, contudo, não impossibilita que o magistrado possa propor às partes a realização de atos processuais isolados de forma digital. A evolução natural poderá ser a adoção do modelo “*opt out*,” como verdadeiro *nudge*²² para as partes, de forma que a regra passará a ser os processos tramitando no “Juízo 100% Digital,” mas com a possibilidade de recusa pelas partes e opção pelo rito tradicional.

Aliás, em outro giro, a realização de meios de prova ou de outros atos processuais de modo presencial, quando inviável a produção de forma virtual, não

²² SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, 2008.

impede a tramitação do processo no âmbito do “Juízo 100% Digital.” Ademais, também remanesce a possibilidade de se valer de serviços prestados presencialmente por outros órgãos do tribunal, como os de solução adequada de conflitos, de cumprimento de mandados, centrais de cálculos, tutoria, entre outros, desde que os atos processuais possam ser convertidos em eletrônicos.

Sem prejuízo, as partes podem requerer ao juízo a participação na audiência por videoconferência em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário. No ponto, ressalte-se a Resolução CNJ nº 341, de 07/10/2020, que determinou aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência. Trata-se de possibilidade posta à disposição daqueles que eventualmente tenham dificuldades de acessar a internet por um celular ou computador, sem que se exija o deslocamento até o fórum em que ocorrerá a audiência.

Com efeito, o CNJ, atento à situação de vulnerabilidade digital, isto é, de partes que não detêm acesso à internet e a outros meios de comunicação digitais e/ou que não tenham possibilidade ou conhecimento para utilizá-los, editou a Recomendação CNJ nº 101/2021,²³ orientando os tribunais brasileiros a disponibilizarem, em suas unidades físicas, pelo menos um servidor em regime de trabalho presencial durante o horário de expediente regimental, ainda que cumulando funções, para atendimento aos excluídos digitais, a fim de garantir o amplo acesso à justiça, efetuar o encaminhamento digital dos eventuais requerimentos formulados e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário.

Até o início de 2020, o que considerávamos como normal era que autor e réu, bem como os advogados, promotores e defensores, além das testemunhas, tivessem que se deslocar para um Fórum para a realização de um ato processual. Por vezes, o prédio da Justiça encontra-se situado em cidade diversa daquela em que essas pessoas residem e o deslocamento gera custos e desperdício de tempo. Findo o ato, todos retornam para as suas residências, provavelmente não sem perder mais algumas horas no trânsito.

Essa narrativa, por si só, já evidenciaria os elevados custos impostos a todos os participantes. Não só custos financeiros, decorrentes do deslocamento, alimentação e perda de um dia de trabalho, mas, também, custos sociais, como o estresse envolvido. E estamos falando apenas dos personagens essenciais à realização da audiência, merecendo menção que quase sempre há público em uma audiência, a exemplo de familiares dos envolvidos e estudantes de Direito.

Na audiência virtual, todos os interessados recebem um *link*, seja por *e-mail* ou mesmo *whatsapp*, bastando acessar a reunião virtual 5 (cinco) minutos antes do horário marcado por meio de um celular ou computador. Não é necessário qualquer gasto com transporte e há, apenas, o sacrifício do tempo necessário para a efetiva realização da audiência. Essa vantagem, por si só, já demonstraria o enorme benefício trazido pelas audiências virtuais.

²³ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036>, último acesso em 12 out. 2021.

Do ponto de vista dos advogados, a complexa dinâmica até então vigente implicava que tivessem que se circunscrever, como regra, a uma certa área territorial. Clientes mais abastados talvez pudessem pagar pelo deslocamento de um advogado a outra cidade ou Estado, para despachar um processo ou participar de uma audiência, mas certamente a maior parte dos cidadãos não pode se dar ao luxo de arcar com essas despesas. Ademais, mesmo nas causas que estejam tramitando na comarca de residência das partes ou em comarcas próximas, a exigência da presença física dificulta, sobremaneira, por exemplo, que um advogado possa participar de duas audiências em um mesmo dia, levando-lhe a ter que optar por uma causa em detrimento de outra, substabelecer a outro advogado ou pleitear um adiamento.

O “Juízo 100% Digital,” bem como as próprias audiências virtuais, libertam os advogados dessas amarras geográficas, permitindo que possam ser contratados por clientes de cidades distantes e, até mesmo, de outros Estados, sem que isso importe um aumento significativo dos custos inerentes ao processo.

O cenário delineado como próprio das varas físicas instaladas em fóruns e das audiências presenciais pode ser impressionante e soar como antiquado ou retrógrado, mas isso se deve ao formato milenar do processo e essa era a normalidade que conhecíamos e a que estávamos acostumados, por mais complexa e custosa que fosse.

Fato é que estamos vivenciando uma nova realidade, e o denominado “novo normal” trouxe, também, uma possibilidade de aprimoramento da prestação jurisdicional, culminando na construção de uma Justiça mais adaptada ao nosso tempo.

III. O cumprimento digital de ato processual e o fim das cartas precatórias

No mesmo diapasão, a ascensão das audiências virtuais por meio de plataformas tecnológicas (como *Webex Cisco*, *Zoom*, *Teams*, entre outras), na forma regulamentada pelo CNJ, tende a praticamente sepultar as cartas precatórias, tal qual as conhecemos, maximizando a efetividade jurisdicional e contribuindo, nessa perspectiva, para a duração razoável dos processos.

Pontes de Miranda já conceituava a Carta Precatória como “o ato judicial pelo qual o juiz pede a outro que se pratique na jurisdição dessoutro algum ato processual,”²⁴ em outras palavras a Carta Precatória é “o instrumento judicial através do qual um Juiz pede a outro que pratique determinado ato processual na jurisdição deste.”²⁵

Aliás, a primeira referência a *Carta Precatória* em nosso país ocorreu nas Ordenações Filipinas, livro V das Ordenações do Reino:

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Vol III. 3ª. ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 492.

²⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XIV, 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 145.

Titulo CXIX - Como serão presos os malfeitores.

Nenhum Julgador, Alcaide, Meirinho, e pessoa que tiver cargo de Justiça, (...)

4. E todo o Juiz, ou outra qualquer Justiça, que fôr negligente em cumprir Carta precatória de outra Justiça, em que lhe fôr mandado, ou requerido que prenda alguma pessoa, pague vinte cruzados, a metade para quem o acusar, e a outra para a nossa Camera, e mais seja degradado hum anno para Africa (...)

Assim, tradicionalmente, quando era arrolada em um processo judicial testemunha que reside em comarca diversa, tornava-se necessária a expedição de uma carta precatória para o Juízo de sua residência, que, por sua vez, ao receber a carta, designava uma data para a realização da audiência, determinando diligências para que todos os envolvidos fossem intimados para o referido ato.

No dia e horário marcados, realizava-se a oitiva da testemunha pelo Juiz local, e, em regra, na presença do promotor e defensor da comarca, bem como dos advogados que atuassem na causa. Aliás, tal fato importava mais um custo significativo para aquele que contrata um advogado, bem como um desgaste para este profissional, pois tinha de se deslocar para a comarca em que a testemunha reside, a fim de participar da audiência, salvo eventual substabelecimento para outro causídico. Uma vez realizado o ato, a carta precatória, com a mídia contendo a gravação ou a redução a termo do depoimento, era devolvida para o Juízo de origem, que irá assisti-la e acostá-la aos autos, permitindo que os demais participantes do processo também o façam.

Essa sintética narrativa demonstra que o uso da obsoleta carta precatória implicava dilação temporal e protelava o deslinde do feito, consoante suspensão processual permitida pelos artigos 365 e 377 do CPC/15. Indubitavelmente, prejudicava a duração razoável dos processos, inviabilizava uma tutela jurisdicional célere e acrescentava um desnecessário custo de transação no processo,²⁶ em razão da necessidade de deslocamento físico para o juízo deprecado.

De fato, além da audiência de instrução e julgamento realizada perante o Juiz natural, passava-se a ter a necessidade de mais uma audiência, desta vez no Juízo do local da residência da testemunha que ensejou a precatória. Ademais, inviabilizava-se a prolação da sentença na própria AIJ, nos termos do art. 366 do CPC/2015.

No processo penal, a questão era ainda mais tormentosa, uma vez que, desde a reforma instituída pela Lei nº 11.719/2008, o processo penal pátrio passou a abarcar o princípio da identidade física do juiz. Nesse diapasão, preconiza o art. 399, § 2º do CPP/1941 que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Assim, mais um

²⁶ Para um aprofundamento sobre os efeitos dos custos de transação nas relações jurídicas e sociais, merece consulta o clássico artigo de Ronald Coase intitulado *The Problem of Social Costs*. *Journal of Law and Economics*. Vol. 3 (Oct., 1960), p. 1-44.

elemento se agrega ao formato atual do juiz natural.²⁷ Tornou-se desejável que o Juiz que presida a instrução colha todas as provas, o que, por si só, já torna a carta precatória para a oitiva de testemunha por outro juízo uma medida excepcional. Ademais, conforme dispõe o art. 222 do CPP, a expedição da precatória não suspende a instrução criminal e, findo o prazo marcado, pode realizar-se o julgamento, enquanto as cartas rogatórias só são expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio, nos termos do art. 222-A do CPP.

Inegável que, com alguma frequência, defesas arrolam testemunhas em outras comarcas, por vezes em outros estados, e, no momento de realização da audiência para o cumprimento da carta precatória, simplesmente não comparecem, sem sequer haver a apresentação de qualquer justificativa, o que, por vezes, poderia denotar um intuito protelatório capaz de atrair a incidência do disposto no art. 265 do CPP.

Evidentemente, tal ausência pode decorrer, por exemplo, da indisponibilidade de recursos do réu para o custeio do comparecimento de seu representante em outra localidade, ou, ainda, ter como causa uma atuação *pro bono* do advogado, o que tornaria aceitável a sua ausência em comarca distante e poderia permitir a atuação da Defensoria Pública, desde que a justificativa seja apresentada antes do ato. Aliás, na hipótese de prévia apresentação de motivo escusável, a audiência pode, inclusive, ser adiada, conforme art. 265, § 1º, do CPP.

A despeito dessa corriqueira circunstância, a expedição de cartas precatórias no processo penal pode se mostrar deveras importante tanto para a defesa quanto para a acusação. E, nesse sentido, é desejável que a prova seja colhida perante o juízo em que tramita a causa, sendo a testemunha inquirida pelo promotor e pelo defensor que atuam no feito, e não por terceiros que pouco conhecem do processo principal. Ora, as atuais plataformas de videoconferência põem fim a todas as celeumas supracitadas, sendo amplamente superiores ao modelo tradicional de expedição de carta precatória para oitiva de testemunha por outro juízo.

De fato, a maior pandemia enfrentada pela humanidade desde 1918, ao tornar necessário o trabalho remoto como forma de possibilitar o distanciamento social, forçou o Judiciário e demais instituições jurídicas a redesenharem inúmeras dinâmicas processuais sedimentadas no universo jurídico, mas, que já encontravam em descompasso com o avanço tecnológico da sociedade atual. Teremos, assim, um legado positivo desse trágico período, com o reconhecimento da possibilidade de realização direta e imediata de audiências por meio de videoconferência, dispensando-se a geração, expedição e cumprimento de cartas precatórias. A medida, além de mais econômica para todos os envolvidos, desonera os juízos deprecados e agiliza os processos na origem. Tecnologia a serviço da redução dos custos de transação inerentes à judicialização.

²⁷ PAIVA GABRIEL, Anderson de. *A identidade física do juiz no processo penal e o CPC/15*. Brasília: Jota, 05 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/identidade-fisica-do-juiz-no-processo-penal-e-o-cpc-15-05032018>. Acesso em: 16 fev. 2021.

O avanço não permite retrocesso. O atual momento definiu uma nova normalidade para os serviços judiciais: a realidade digital. E é nesse contexto contemporâneo que o CNJ está capitaneando, de forma responsável, a transformação do Poder Judiciário Brasileiro, por meio de normativas de vanguarda como a Resolução CNJ nº 354/2020.

Nesse sentido, o art. 4º da supramencionada Resolução estabelece que, em regra, o ofendido, a testemunha e o perito residentes fora da sede do juízo serão inquiridos e prestarão esclarecimentos por videoconferência, na sede do foro de seu domicílio ou no estabelecimento prisional ao qual estiverem recolhidos. Caso seja de interesse da parte que residir distante da sede do juízo, o depoimento pessoal ou interrogatório também poderá ser realizado por videoconferência, na sede do foro de seu domicílio (§ 1º). Consagra-se, portanto, que, salvo impossibilidade técnica ou dificuldade de comunicação, deve-se evitar a expedição de carta precatória inquiritória.

Curioso notar que o fim das cartas precatórias nos moldes tradicionais já havia sido vaticinado há mais de 10 anos, inclusive com respaldo normativo. Com efeito, o art. 3º da Resolução CNJ nº 105/2010, já dispunha que, quando a testemunha arrolada não residisse na sede do juízo em que tramita o processo, deveria se dar preferência à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência e tudo na audiência uma realizada no juízo deprecante. No mesmo diapasão, o citado ato normativo também já recomendava que o interrogatório por videoconferência fosse prestado na audiência uma realizada no juízo deprecante.

A resolução em tela, contudo, apontava a necessidade de se expedir carta precatória para que a testemunha fosse intimada a comparecer ao fórum de seu domicílio, onde deveria ser organizada sala equipada com equipamento de informática conectado com a rede mundial de computadores (internet), viabilizando videoconferência com o Juízo deprecante e a realização da audiência uma (o que remanesce possível, de acordo com o novo modelo da Resolução CNJ nº 341/2020).

Ora, evidentemente, a previsão era avançada para a época e se mostrava consentânea com aquela realidade. Todavia, hoje, as audiências virtuais podem ser realizadas com um simples *smartphone*, mostrando-se desarrazoado exigir que a testemunha tenha de se deslocar até o prédio do fórum, com o desnecessário uso do seu dinheiro e tempo, quando pode prestar depoimento de sua casa ou trabalho. Vítimas, por sua vez, não precisarão estar fisicamente próximas de seus algozes.

Na mesma linha, também não se mostra mais necessária a expedição de carta precatória para a simples intimação de quem irá depor, reduzindo-se custos inerentes e a dilação temporal. Nos termos do art. 9º da Resolução CNJ nº 354/2020, as partes e os terceiros interessados deverão informar, por ocasião da primeira intervenção nos autos, endereços eletrônicos para receber notificações e intimações, e aquele que requerer a citação ou intimação deverá fornecer, além dos dados de qualificação, os dados necessários para comunicação eletrônica por aplicativos de mensagens, redes sociais e correspondência eletrônica (*e-mail*), salvo impossibilidade de fazê-lo.

Também a intimação e a requisição de servidor público, bem como a cientificação do chefe da repartição, serão realizadas preferencialmente por meio eletrônico, nos termos do art. 11 da citada Resolução. Policiais, por exemplo, são corriqueiramente arrolados como testemunhas e a resolução em tela permitirá não só a redução da burocracia para sua oitiva, mas, também, que não comprometam tempo desnecessário de sua atuação profissional nos corredores de fóruns ou no deslocamento para os prédios da Justiça, quando poderiam estar patrulhando áreas, e, assim, evitando crimes, ou realizando investigações. Demais disso, também se diminui o sacrifício de suas folgas e os custos com o transporte.

E não há de se falar na ausência de respaldo normativo para esse expressivo avanço. É que a novidade criada harmoniza-se plenamente com a garantia constitucional da duração razoável dos processos (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988), tornando a tutela jurisdicional mais célere e efetiva, e se alinha, ainda, com a norma fundamental do processo insculpida no art. 6º do CPC/2015.

Ademais, no âmbito do Direito Processual Civil, a carta precatória é objeto do artigo 453 do CPC/2015, norma que preconiza que as testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto as que são inquiridas por carta. No entanto, o mesmo dispositivo já faculta em seu § 1º que a oitiva de testemunha que residir em comarca diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

Outra não é a previsão de nosso Código de Processo Penal. Com efeito, o art. 222, § 3º, do CPP/1941, dispõe que a oitiva da testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

IV. A Plataforma Digital do Poder Judiciário brasileiro (PDPJ-Br) e o *Mandamus*

Orquestrando a transformação tecnológica e digital no âmbito jurídico, o Conselho Nacional de Justiça, sob a presidência do Ministro Luiz Fux, criou a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br (Resolução CNJ nº 335/2020²⁸), que se destina a integrar todos os tribunais do país, ao instituir uma política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico.

A PDPJ-Br tem por objetivo integrar e consolidar todos os sistemas eletrônicos do Judiciário brasileiro em um ambiente unificado, implantando o conceito de desenvolvimento comunitário, em que todos os tribunais contribuem com as melhores soluções tecnológicas para o aproveitamento comum. Com efeito, consubstancia a

²⁸ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>, último acesso em 12 out. 2021.

instituição de uma plataforma única para publicação e disponibilização de aplicações, microsserviços e modelos de inteligência artificial (IA), por meio de computação em nuvem.

Importante destacar que, a partir da instituição da PDPJ-Br, fica proibida a contratação de qualquer novo sistema, módulo ou funcionalidade privados, mesmo que de forma não onerosa, que cause dependência tecnológica do respectivo fornecedor ou que não permita o compartilhamento não oneroso da solução na PDPJ-Br.

A emblemática iniciativa do Conselho Nacional de Justiça busca garantir a eficiência operacional do Poder Judiciário e a responsabilidade fiscal, orçamentária, financeira e ambiental, ensejando a excelência na gestão de custos operacionais, com a economicidade dos recursos por meio da racionalização na aquisição e utilização de todos os materiais, bens e serviços, além da melhor alocação dos recursos humanos necessários à prestação jurisdicional, principalmente na área de tecnologia da informação e comunicações (TIC).

Nesse sentido, a PDPJ-Br funcionará como modelo de convergência, sendo provida por um repositório (*marketplace*) de soluções que estarão disponíveis para uso por todos os sistemas de processo judicial eletrônico do Poder Judiciário nacional, ainda que o PJe remanesça como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça, haja vista que, dado seu avançado estágio de desenvolvimento, apresenta grande aderência à PDPJ-Br.

De fato, o Processo Judicial Eletrônico (PJe) foi desenvolvido para uniformizar e automatizar os trâmites processuais, permitindo ganhos significativos em termos de eficiência, efetividade e redução de custos.²⁹ Não à toa, vários tribunais, inclusive, já alcançaram 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição, como por exemplo: TJAC, TJAL, TJAM, TJMS, TJSE, TJTO, STM, TRT11, TRT13, TRT7, TRT9.³⁰

Aliás, por oportuno, cumpre registrar, inclusive, que a recente Resolução CNJ n° 420/2021³¹ vedou o recebimento e a distribuição de casos novos em meio físico em todos os tribunais, à exceção do Supremo Tribunal Federal, a partir de 1° de março de 2022, bem como estabeleceu um plano de digitalização do acervo processual físico em eletrônico, de forma que em 31/12/2025, todos os tribunais brasileiros contarão com a integralidade dos feitos em tramitação digitalizados.

Pois bem. Novo passo histórico foi dado em 28 de janeiro de 2020, por intermédio do acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR) para pioneira inclusão do módulo *Mandamus*.³²

²⁹ Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22051/Pol%3%adticas%20p%3%ablicas%20do%20Poder%20Judici%3%airo.pdf?sequence=1&isAllowed=](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22051/Pol%3%adticas%20p%3%ablicas%20do%20Poder%20Judici%3%airo.pdf?sequence=1&isAllowed=,), último acesso em 12 out. 2021.

³⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>, último acesso em 12 out. 2021.

³¹ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>, último acesso em 12 out. 2021.

³² Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CShQOa94kn0&feature=youtu.be>, último acesso em 12 out. 2021.

O Sistema *Mandamus* consiste em solução desenvolvida pelo TJRR, com apoio técnico e científico da Universidade de Brasília (UnB), e que faz uso de Inteligência Artificial (IA) para automatizar o procedimento de cumprimento dos mandados judiciais, maximizando a eficiência do Poder Judiciário e não só reduzindo custos financeiros, mas também ampliando a qualidade de vida no trabalho de servidores e de oficiais de justiça.

No mesmo diapasão, mencione-se outras iniciativas no âmbito dos tribunais, como o robô Victor no STF, igualmente exitoso na classificação de processos em temas de Repercussão Geral, e os projetos Sinapses (CNJ/TJRO), Elis (TJPE), Corpus 927 (Enfam), Hórus, Amon e Toth (TJDTF).³³

O emprego da Inteligência Artificial no Direito se mostra essencial para o futuro da Justiça,³⁴ porquanto “atividades rotineiras e repetitivas na administração do Direito podem ser desenvolvidas em uma fração do tempo com grande nível de acurácia, permitindo a concentração do talento humano em áreas estratégicas.” Por sua vez, vale destacar que o *machine learning* ou aprendizado de máquina corresponde à área da IA que permite que um sistema aprenda por meio de algoritmos a desenvolver uma tarefa, detectando padrões de forma automática e aprimorando sua performance com base na experiência derivada da análise de dados pretéritos.

O *Mandamus*, por exemplo, teve no seu desenvolvimento a utilização de diversas técnicas e tecnologias, como a Alocação Latente de Dirichlet (*Latent Dirichlet Allocation – LDA*), consistente em um modelo estatístico de processamento de linguagem natural, a *Term Frequency-Inverse Document Frequency* (tf-idf ou TFIDF), responsável por aferir a importância de informações obtidas decorrente da mineração de dados realizada a partir do uso de medições estatísticas, a *Bag of Words* (BoW), o *modelo Named Entity Recognition – NER* (Reconhecimento de Entidade Mencionada), entre outros.

Agora, por meio da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, instituída pelo CNJ, o sistema *Mandamus* estará disponível para todos os demais tribunais,³⁵ concretizando a implementação de um conceito comunitário, em que todos os tribunais, independentemente da esfera, podem contribuir com as melhores soluções tecnológicas para aproveitamento comum e melhor gestão da jurisdição digital.

Corroborando esse sentimento, cumpre trazer à baila as palavras do desembargador Mozarildo Monteiro Cavalcanti, presidente do TJRR, durante a cerimônia

³³ Disponível em: https://www.paced-paloptl.com/uploads/publicacoes_ficheiros/25-cnj-inteligencia-artificial.pdf, último acesso em 12 out. 2021.

³⁴ PAIVA GABRIEL, Anderson; PINTO, Esdras Silva. O Futuro da Justiça: Prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. In: SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Magistratura do futuro*. Rio de Janeiro: JC Editora, 2020. p. 167-197. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/LIVRO_MAGISTRATURA_DO_FUTURO.pdf, último acesso em 12 out. 2021.

³⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucao-de-ia-da-justica-de-roraima-estara-disponivel-para-demais-tribunais/>, último acesso em 12 out. 2021.

que formalizou o acordo de cooperação técnica:³⁶ “O Mandamus tem todo o potencial para se tornar uma ferramenta útil para todos os tribunais. E, da mesma forma que o TJRR dá sua contribuição hoje, também será beneficiado com contribuições dos outros tribunais, sob o comando do CNJ.”

Essa convergência de esforços, não só contribui para construção de uma identidade única do Judiciário nacional, como potencializa o aprimoramento da prestação jurisdicional, tornando-a mais efetiva e célere. Em última análise, promove e facilita o acesso ao Poder Judiciário, concretizando o ideal de Justiça 4.0 e introduz a cultura do Judiciário como Plataforma, bem como o trabalho em colaborativo em rede, viabilizando a consolidação do ecossistema de Justiça.

V. Os Núcleos de Justiça 4.0 como uma disrupção no Sistema de Justiça

Por fim, como ápice dessa transformação digital, aponte-se a publicação da Resolução CNJ nº 385/2021,³⁷ aprovada por unanimidade na sessão plenária realizada no dia 06 de abril do corrente ano, autorizando a revolucionária instituição dos “Núcleos de Justiça 4.0.”

O desafio pandêmico enfrentado pelo Poder Judiciário ao redor do mundo evidenciou a necessidade de superação da ideia de acesso à Justiça como sendo o direito de passar um dia no Fórum. Como destacou Steven Pinker, *“a revolução digital, ao substituir átomos por bits, está desmaterializando o mundo bem diante de nossos olhos.”*³⁸ Parafraseando o pensador canadense, estamos desmaterializando o prédio da Justiça e criando o “fórum virtual.” O “Juízo 100% digital,” em conjunto com o Núcleo de Justiça 4.0, expressam um novo modelo de trabalho e utilizam todo o potencial que a tecnologia pode fornecer, materializando no âmbito do Poder Judiciário a verdadeira *transformação digital*.

Com efeito, já é possível repensar o conceito de “Comarca” e “Seção Judiciária,” bem como a vinculação direta do juízo a uma serventia, uma vez que o processo eletrônico dispensa a concentração da força de trabalho, de forma física e presencial, em um único local. Tornou-se possível não só a sua dispersão espacial, como também agilizar o processamento dos feitos e racionalizar a mão de obra, inclusive por meio da automação.

Os Núcleos têm o condão de redesenhar, reorganizar e reestruturar o Poder Judiciário brasileiro, proporcionando, em um futuro não muito distante, o fatal redimensionamento dos conceitos territoriais de “Comarca” e “Seção Judiciária,” de modo que a competência territorial do magistrado não precise estar restrita a um único município ou microrregião. A normativa tornou possível um cartório 100% digital,

³⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucao-de-inteligencia-artificial-de-roraima-integra-plataforma-digital-da-justica/>, último acesso em 12 out. 2021.

³⁷ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>, último acesso em 12 out. 2021.

³⁸ PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do Humanismo*. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.

acelerando o julgamento dos feitos e ao mesmo tempo minimizando o impacto da carência de servidores.

Os “Núcleos de Justiça 4.0” ficarão marcados na história do Poder Judiciário brasileiro, por configurarem a balsa³⁹ que nos levará para a nova Justiça (“Justiça 4.0”). A nova Justiça é aquela que está em harmonia com a nova realidade social e em sintonia com as dinâmicas contemporâneas, preparada para responder, com eficiência, celeridade e criatividade, às expectativas da sociedade pós-moderna, ancorada na tecnologia.

De fato, as gerações mais jovens já consideravam a necessidade de ir até fóruns e de participarem de audiências presenciais como práticas ultrapassadas.⁴⁰ No entanto, isso não significa dizer que estávamos em crise, mas o reconhecimento de que estamos em permanente transformação.

Lastreada nessa visão de contemporaneidade é que a paradigmática e disruptiva criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” ascende como forma de conferir maior eficiência ao Poder Judiciário, culminando por maximizar o efetivo acesso à justiça e possibilitar uma *prestação jurisdicional mais efetiva e em tempo razoável*.⁴¹

Por meio da Resolução CNJ nº 385/2021,⁴² o Conselho autorizou os tribunais a instituírem “Núcleos de Justiça 4.0” especializados, em razão de uma mesma matéria e com competência sobre toda a área territorial situada dentro dos limites da jurisdição do tribunal. As referidas unidades deverão contar com um juiz coordenador e pelo menos outros dois outros juizes, nelas tramitando apenas processos em conformidade com o “Juízo 100% Digital,” disciplinado na Resolução CNJ nº 345/2020.

Com isso, os tribunais poderão atender a quem procura a Justiça em busca de solução para litígios específicos sem que partes, operadores do direito e eventuais testemunhas sejam obrigadas a se deslocar até um fórum para comparecer a uma audiência, por exemplo. No dizer do *Ministro Luiz Fux*,⁴³ “É a criação de um ambiente virtual de tutela jurisdicional efetiva,” em que videoconferências e outros atos realizados com o auxílio da tecnologia dispensam a presença física, configurando, portanto, “um instrumento em que a parte pode imediatamente ter o seu acesso à Justiça tão prometido pela Constituição Federal.”

³⁹ Como disse Umberto Eco, estamos vivendo “uma espécie de balsa que nos levará a um presente ainda sem nome.” (ECO, Umberto. *Pape Satàn Aleppe: crônicas de uma sociedade líquida*. São Paulo: Record, 2017)

⁴⁰ Em recente artigo publicado no *The Times*, Richard Susskind afirmou que as audiências por vídeo, em termos tecnológicos, são “coisas da Idade da Pedra”. Sua concepção remonta aos anos 80 e sua adoção tardia, em 2020, só reforça que se trata de um *pontapé inicial na rotina dos tribunais*. O futuro abrangerá ODRs, procedimentos assíncronos, telepresença, realidade virtual, *blockchain* e inteligência artificial (disponível em: <https://www.thetimes.co.uk/article/video-hearings-have-transformed-courts-but-arent-a-panacea-mcp77mjj7>. Acesso em 07 de abr. 2021).

⁴¹ PAIVA GABRIEL, Anderson; PINTO, Esdras Silva. O Futuro da Justiça: Prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. In: SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Magistratura do futuro*. Rio de Janeiro: JC Editora, 2020. p. 167-197. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/LIVRO_MAGISTRATURA_DO_FUTURO.pdf, último acesso em 12 out. 2021.

⁴² Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>, último acesso em 12 out. 2021.

⁴³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nucleos-de-justica-4-0-vao-aprimorar-acesso-ao-judiciario/>, último acesso em 12 out. 2021.

Ademais, como salientou o Ministro Luiz Fux em seu voto pela aprovação da resolução em tela:⁴⁴

Com o “Juízo 100% Digital” e os “Núcleos de Justiça 4.0,” há uma ampliação e democratização do acesso à advocacia, permitindo que os cidadãos possam contratar advogados de cidades distantes e até mesmo de outros estados, sem que isso importe um aumento significativo de custos.

Indubitavelmente, os Núcleos de Justiça 4.0 tornam possível não só uma tutela jurisdicional mais efetiva, ao possibilitar a maximização da especialização para certos tipos de demanda (inclusive o aperfeiçoamento dos magistrados nesse sentido, em contraposição às tradicionais varas únicas do interior), mas, também, que aquela se dê em tempo razoável. Com efeito, cada Núcleo poderá contar com diversos juízes e, assim, atender até mesmo a eventuais explosões episódicas de litigiosidade decorrentes de eventos específicos (evocando-se a ideia de “mutirões”).

Conferiu-se, portanto, em atenção ao dinamismo que a sociedade contemporânea demanda de suas instituições, maior mobilidade ao Poder Judiciário brasileiro, proporcionando-se a rápida realização de redimensionamentos estruturais.

Cumpra registrar, contudo, que a escolha do “Núcleo de Justiça 4.0” pela parte autora é facultativa e deverá ser exercida no momento da distribuição da ação, mas será irretroatável. Por sua vez, o demandado poderá se opor à tramitação do processo no “Núcleo de Justiça 4.0” até a apresentação da primeira manifestação feita pelo advogado ou defensor público, hipótese em que o processo será remetido ao juízo físico competente indicado pelo autor, submetendo-se o feito à nova distribuição. A não oposição do demandado, no entanto, aperfeiçoará o negócio jurídico processual,⁴⁵ nos termos do art. 190 do CPC/2015, fixando a competência no “Núcleo de Justiça 4.0.”

A designação de magistrados para os “Núcleos de Justiça 4.0” deverá observar uma série de requisitos, obedecendo-se aos critérios de antiguidade e merecimento, bem como se dar por prazo certo,⁴⁶ observado o limite mínimo de 1 (um) ano e máximo de 2 (dois) anos, cabendo aos tribunais dispor a respeito e permitidas reconduções.

⁴⁴ Ato 0001113-81.2021.2.00.0000.

⁴⁵ Para DIDIER JR., “*negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.*” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2020, páginas 376-377)

⁴⁶ Importante destacar que não se trata de promoção por merecimento ou antiguidade, muito menos remoção e sim designação para exercer função jurisdicional *interina*, por prazo determinado (nos termos da previsão normativa: *sistema de designação por tempo certo*), mas isso não autoriza o Tribunal deliberar sem explicitar os critérios objetivos de escolha, motivo pelo que a Resolução disciplina a questão. Ao disciplinar a questão a Resolução institui uma espécie de *mandato* para o magistrado designado para Núcleo, criando-se uma *manta protetora* de interferências e preservando o princípio do juiz natural. De outro lado, importante destacar que existe previsão normativa de escolha de magistrados para exercício de mandato: art. 17 da Lei nº 12.153/2009.

Por fim, a quebra do paradigma atual de vinculação física da unidade jurisdicional resta consagrada no parágrafo único do art. 5º e no art. 7º, em que está permitida a transformação de unidades físicas em virtuais. Possibilitando a *desmaterialização* dos prédios e a concretização da justiça como serviço: acessível a todos em qualquer lugar e a qualquer tempo.

O rápido sucesso e a calorosa acolhida do “Núcleos de Justiça 4.0” ensejaram a publicação da Resolução CNJ nº 398/2021,⁴⁷ ampliando o escopo original do instituto e possibilitando também que sejam instituídos pelos tribunais para atuarem em apoio às unidades judiciais, em todos os segmentos do Poder Judiciário, em processos que:

- I – abarquem questões especializadas em razão de sua complexidade, de pessoa ou de fase processual;
- II – abranjam repetitivos ou direitos individuais homogêneos;
- III – envolvam questões afetadas por precedentes obrigatórios, em especial definidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – estejam em situação de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário; e
- V – encontrem-se com elevado prazo para a realização de audiência ou sessão de julgamento ou com elevado prazo de conclusão para sentença ou voto.

Findamos nossa breve reflexão, invocando irretocáveis frases de Victor Hugo e Mahatma Gandhi: “*Nada é mais poderoso do que uma ideia que chegou no tempo certo*” e “*O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente,*” para assentar a nossa convicção de que os “Núcleos de Justiça 4.0” consagrarão a era digital no Poder Judiciário e moldarão o futuro da Justiça Brasileira, possibilitando uma prestação jurisdicional mais efetiva, em tempo razoável e menos custosa ao cidadão em todos os aspectos.

VI. Considerações finais

O Conselho Nacional de Justiça, sob a presidência do Ministro Luiz Fux, está promovendo, a passos largos, coordenando e orquestrando uma transmutação tecnológica, com a criação de um verdadeiro microssistema⁴⁸ de justiça digital por

⁴⁷ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3978>, último acesso em 12 out. 2021.

⁴⁸ Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos a expressão de NATALINO IRTI, microssistema, para o descrever (IRTI, Natalino. *L'età della decoficazione*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999).

meio de uma série de normativas que consagraram a entrada do Judiciário em uma nova era: a da Justiça 4.0.

Com efeito, o microsistema de justiça digital (*PDPJ-Br*) foi fundado por meio da Resolução CNJ nº 335/2020,⁴⁹ responsável por introduzir uma nova política pública para o processo Judicial Eletrônico e criar o *marketplace* do Poder Judiciário (*CNJstore*),⁵⁰ possibilitando o trabalho colaborativo, comunitário e em rede da Justiça Brasileira. Em seguida, crucial gizar a revolucionária criação do “Juízo 100% Digital,”⁵¹ por meio da Resolução CNJ nº 345/2020,⁵² que consubstanciou uma alteração de paradigma no Poder Judiciário brasileiro, passando a se conceber a Justiça efetivamente como um serviço (“*justice as a service*”) e não mais como associada a um prédio físico, vulgarmente denominado de Fórum. No mesmo diapasão, a Resolução CNJ nº 354/2020⁵³ que possibilitou o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial,⁵⁴ revolucionando a forma de cumprimento dos atos judiciais e praticamente extinguindo as vetustas cartas precatórias. Por fim, como pináculo dessa transformação, a disruptiva instituição dos “Núcleos de Justiça 4.0,”⁵⁵ por meio das Resoluções CNJ nºs 385/2021⁵⁶ e 398/2021.⁵⁷

“*Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente ou o mais belo, mas sim aquele que melhor se adapta às mudanças.*” A célebre frase, proferida por Leon C. Megginson,⁵⁸ quando apresentava a sua interpretação da ideia central da obra clássica “*A Origem das Espécies*,” de Charles Darwin,⁵⁹ nunca fez tanto sentido quanto nesse cenário contemporâneo, que exigiu rápida adaptação de todos, em especial do Poder Judiciário.

⁴⁹ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁰ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/inteligencia-artificial-poder-judiciario-23022021>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵¹ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/juizo-100-digital-e-transformacao-tecnologica-da-justica-no-seculo-xxi-01112020>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵² Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵³ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁴ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-cumprimento-digital-de-ato-processual-e-o-fim-das-cartas-precatorias-03122020>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁵ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/os-nucleos-de-justica-4-0-inovacao-disruptiva-no-poder-judiciario-brasileiro-13042021>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁶ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁷ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3978>, último acesso em 12 out. 2021.

⁵⁸ *In 1963 a Louisiana State University business professor named Leon C. Megginson, at the convention of the Southwestern Social Science Association, presented his own idiosyncratic interpretation of the central idea outlined in Darwin's On the Origin of Species. Megginson did not use quotation marks, and the phrasing was somewhat repetitive. Megginson said, "Yes, change is the basic law of nature. But the changes wrought by the passage of time affects individuals and institutions in different ways. According to Darwin's Origin of Species, it is not the most intellectual of the species that survives; it is not the strongest that survives; but the species that survives is the one that is able best to adapt and adjust to the changing environment in which it finds itself". Over time, in a multistep process, this passage has been simplified, shortened, altered, and reassigned directly to Darwin. TWAIN, Mark. *The Wit and Wisdom of Mark Twain: A Book Of Quotations By Mark Twain*. Mineola, N.Y.: Dover Publications, 1999.*

⁵⁹ DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. 1ª ed. Londres: John Murray, 1859.

O exponencial crescimento da máquina administrativa exigida para fazer frente à atividade que deveria ser meio de pacificação social, nunca um fim em si mesma, não encontra mais guarida na atual conjuntura. A gestão e a racionalização são os desafios atuais, demandando-se a reengenharia na estrutura de pessoal, a simplificação nas rotinas procedimentais e a indispensável virtualização dos trâmites processuais (processo eletrônico). O “Juízo 100% digital” e os “Núcleos de Justiça 4.0” poderão passar para a história por concretizarem o início de uma alteração de paradigma na prestação jurisdicional.

Aos céticos, vale a lembrança de Bertold Brecht: “*As revoluções se produzem nos becos sem saída.*”⁶⁰ Devemos aproveitar o momento para consolidar a necessária e indispensável transformação digital do Poder Judiciário Brasileiro rumo à Justiça 4.0.

Em outubro de 2021, 78 tribunais já haviam aderido ao “Juízo 100% Digital,” com 7.065 do total de 22.239 unidades judiciárias do país atuando nos termos do “Juízo 100% Digital,” o que consubstancia mais de 30% das serventias.⁶¹

Por sua vez, o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial, regulamentado na Resolução CNJ nº 354/2020, permitiu a superação das vetustas cartas precatórias, que, agora, entram em processo de declínio e extinção. Tal avanço traduz-se não só em ganho para a instrução dos feitos, mas, também, em maior agilidade para a realização da audiência e em celeridade para os processos, sem prejuízo da diminuição de custos financeiros e temporais para as próprias testemunhas e partes.

Em tempos em que a velocidade de desenvolvimento tecnológico parece extrapolar a adaptabilidade humana, não se ignora os desafios que se avizinham não só para os operadores do Direito, mas para todo cidadão brasileiro. No entanto, já superamos adversidades similares na transição da máquina de escrever para o computador e com a chegada dos *smartphones*.

Assim, indubitável que a sinergia entre os operadores do direito, bem como a perspicácia típica do povo brasileiro, permitirá a construção, a muitas mãos, da Justiça do novo século, como na célebre composição da Bossa Nova de Geraldo Vandré:⁶²

A certeza na frente, a história na mão
Caminhando e cantando e seguindo a canção
Aprendendo e ensinando uma nova lição
Vem, vamos embora, que esperar não é saber
Quem sabe faz a hora, não espera acontecer

⁶⁰ BRECHT, Bertolt. *Escritos sobre el Teatro*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión. 3 vols. 1970.

⁶¹ Os dados atualizados podem ser encontrados no seguinte link: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e18463ef-ebdb-40d0-aaf7-14360dab55f0&sheet=5dcb593d-ce80-4497-9832-656d0c3b18ed&lang=pt-BR&theme=cnj_theme&opt=ctxmenu,currsel, último acesso em 12 out. 2021.

⁶² “*Pra Não Dizer Que Não Falei das Flores.*” Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/geraldo-vandre/pra-nao-dizer-que-nao-falei-das-flores.html>. Acesso em: 24 out. 2020.

Como apontou o Ministro Luiz Fux, na 320ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 20/10/2020, evocando citação atribuída a Fernando Pessoa:

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares.

É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.⁶³

O Judiciário brasileiro está realizando essa travessia para uma Justiça adequada à nova realidade e conformação social, permeada pela tecnologia e em acelerada digitalização e que brevemente estará incorporada ao nosso cotidiano, como uma alternativa posta à disposição do Sistema de Justiça, em razão dos amplos benefícios e do aumento expressivo de eficiência que trazem para a prestação jurisdicional e, especialmente, para seu destinatário final: o cidadão.

Referências bibliográficas

AMB. *Confira a produtividade do Poder Judiciário durante a pandemia*. Brasília, 03 jul. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/campanhas/confira-productividade-do-poder-judiciario-durante-pandemia/>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRECHT, Bertolt. *Escritos sobre el Teatro*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión. 3 vols. 1970.

CNJ. *Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia*. 8 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-productividade-na-pandemia/>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Judiciário eficiente, inovador e transparente*: Fux apresenta eixos da gestão no CNJ. Brasília, 22 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-eficiente-inovador-e-transparente-fux-apresenta-eixos-da-gestao-no-cnj/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. *Journal of Law and Economics*. Vol. 3 (Oct., 1960), p. 1-44.

CONJUR. *Pandemia impulsionou a transformação digital no Judiciário*, diz Dias Toffoli. Brasília, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/pandemia-impulsionou-transformacao-digital-judiciario-toffoli>. Acesso em: 24 de out. 2020.

DARWIN, Charles. *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*. 1ª ed. Londres: John Murray, 1859.

⁶³ CNJ. 320ª Sessão Plenária. Disponível em: <https://youtu.be/cMjkyeRBGcU>. Acesso em: 24 out. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 376-377.

ECO, Umberto. *Pape Satàn Aleppe – crônicas de uma sociedade líquida*. São Paulo: Record, 2017.

ESTADÃO. *Negócios de sucesso que faliram – ou quase – porque não inovaram*. São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <https://fotos.estadao.com.br/galerias/fotos-pme,negocios-de-sucesso-que-faliram-ou-quase-porque-nao-inovaram,33360>. Acesso em: 18 out. 2020.

FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Org.). *A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade*. Barueri: Manole, 2005.

G1 RIO. *TJRJ implanta Juízo 100% Digital*. Rio de Janeiro, 27 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/10/27/tjrj-implanta-juizo-100percent-digital.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2021.

IRTI, Natalino. *L'età della decoificazione*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999.

ISTO É. *Quem tem medo de Uber, WhatsApp & Cia.?* São Paulo, 04 set. 2015. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/mercado-digital/20150904/quem-tem-medo-uber-whatsapp-cia/295998>. Acesso em: 18 out. 2020.

KOETZ, Eduardo. *Transformação Digital e a Justiça*. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/justica-digital/>. Acesso em 23 de mar. de 2021.

LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. *Estudo da Imagem do Poder Judiciário*. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 35-36.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Perteira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889, t. I.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. O uso da tecnologia em prol da justiça: aonde podemos chegar? In: MANDONADO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Advocacia 4.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020.

PAIVA GABRIEL, Anderson de. *A identidade física do juiz no processo penal e o CPC/15*. Brasília: Jota, 05 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/identidade-fisica-do-juiz-no-processo-penal-e-o-cpc-15-05032018>. Acesso em: 16 fev. 2021.

- _____; PINTO, Esdras Silva. O Futuro da Justiça: Prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável. In: SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Magistratura do futuro*. Rio de Janeiro: JC Editora, 2020. p. 167-197. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/LIVRO_MAGISTRATURA_DO_FUTURO.pdf, último acesso em 12 out. 2021.
- PEIXOTO, Fabiano Hartman; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.
- PESSOA, Fernando. *Obra poética*. Organização de Maria Aliete Galhoz. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004, p. 841.
- PICCOLI, Ademir Milton. *Judiciário exponencial: sete premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da justiça*. São Paulo: Vidaria Livros, 2018.
- PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do Humanismo*. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.
- POE, E. Allan. *A Carta Roubada*. Tradução William Lagos, Coleção L&PM E-books – Contos, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Vol III. 3ª. ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 492.
- PORTO, Fabio Ribeiro. *O impacto da utilização da Inteligência artificial no Executivo fiscal - Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Direito em Movimento. V. 17 - n. 1, p. 142-199, 1º sem. 2019.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XIV, 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 145.
- SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, 2008.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- TWAIN, Mark. *The Wit and Wisdom of Mark Twain: A Book Of Quotations By Mark Twain*. Mineola, N.Y.: Dover Publications, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck Vianna; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos – A magistratura que queremos*. Brasília: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 66-75.

A tutela jurídica da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo ambiental no ordenamento brasileiro

The legal protection of civil liability for the collective, environmental, extra-financial damage in the Brazilian legal system

Vinícius Alves Puiatti*
Bernardo Pimentel Souza**
Edson Ferreira de Carvalho***

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos normativos do dano extrapatrimonial coletivo ambiental. 3. Evolução doutrinária e jurisprudencial relativa à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental. 3.1. Posicionamentos contrários à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental. 3.2. Posicionamento favorável à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental. 4. Requisitos para a configuração de dano extrapatrimonial coletivo ambiental. 5. Forma de reparação: delimitação do *quantum debeat* e destinação do montante indenizatório. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente estudo examinou a tutela da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, cujo reconhecimento permanece tema controverso no âmbito da doutrina e jurisprudência. Tratou-se da possibilidade jurídica de reparação de dano extrapatrimonial coletivo decorrente de lesão ao meio ambiente, e, após expor brevemente as teses contrárias

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – UFV.

** Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor de Direito Processual Civil no Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (1998-2006). Professor de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Empresarial na Universidade Federal de Viçosa – UFV.

*** Pós-doutor em Direitos Especiais pela *University of Notre Dame* (USA). Doutor em Direito modalidade internacional (*Universitat de València*, Espanha, e *Università degli Studi di Palermo*, Itália) com estágio de pesquisa na Universidade de Limoges (França) e na Universidade de Göttingen (Alemanha). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. Professor Titular de Direito Ambiental e Direitos Humanos da Universidade Federal de Viçosa – UFV.

a seu reconhecimento, demonstrou-se a possibilidade jurídica de reparação dessa espécie de dano no ordenamento jurídico brasileiro, enumerou-se os requisitos para sua configuração e dissertou-se a respeito da forma de sua reparação, tratando da delimitação do *quantum debeatur* e destinação do montante indenizatório. Por fim, concluiu-se que o dano extrapatrimonial coletivo ambiental recebe tutela jurídica expressa no ordenamento brasileiro, contando, assim, com dispositivos normativos e instrumentos processuais que oportunizam a defesa de interesses e direitos transindividuais, em especial os difusos ambientais, bem como sua integral reparação.

Abstract

The present study examined the protection of civil liability for the collective, environmental, extra-financial damage in the Brazilian legal system, whose recognition remains a controversial topic in the scope of doctrine and jurisprudence. It dealt with the legal possibility of repairing for the collective, extra-financial damage resulting from damage to the environment, and, after briefly exposing the theses against its recognition, it demonstrated the legal possibility of repairing this kind of damage in the Brazilian legal system, listed the requirements for its configuration and discussed the form of its reparation, dealing with the delimitation of the quantum debeatur and destination of the indemnity amount. Finally, it concluded that the collective, environmental, extra-financial damage receives express legal protection in the Brazilian legal system, thus counting on normative provisions and procedural instruments that make it possible to defend transindividual interests and rights, especially the collective environmental ones, as well as their full compensation.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Responsabilidade civil. Dano extrapatrimonial. Dano coletivo. Direitos e interesses difusos e coletivos.

Keywords: *Environmental Law. Civil liability. Extra-financial damages. Collective damage. Collective rights and interests.*

1. Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é marco inaugural de novo paradigma jurídico a respeito do dano, em que se passa a dar mais enfoque aos direitos fundamentais do indivíduo, decorrentes do princípio da dignidade humana, bem como à defesa de direitos difusos, relacionados a valores sociais consagrados como primordiais à manutenção de vida digna, saúde e convivência pacífica em comunidade e da ordem social.

O exame da responsabilidade civil à luz do texto constitucional resulta em consequências claras ao instituto, instaurando-se a tendência de busca pela reparação mais integral possível do dano, na qual se supera paulatinamente a noção

de lesão restrita ao aspecto patrimonial ou material, e reconhece-se, de forma cada vez mais consolidada, a possibilidade jurídica de reparação de danos que atinjam interesses extrapatrimoniais.

Do mesmo modo, o sistema processual brasileiro vem passando por progressivas alterações a fim de tutelar também direitos e interesses denominados transindividuais (coletivos e difusos), não abrangidos pelo modelo de processo clássico. Nesse contexto, se desenvolveram instrumentos normativos constitucionais com objetivo de defesa de interesses coletivos, tal como a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

Entre as inovações da Carta Magna de 1988, destaca-se a tutela jurídica do meio ambiente expressa em seu artigo 225, *caput*, o qual lhe confere *status* de bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, na mesma medida que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse diapasão, o meio ambiente como bem jurídico passou a ser protegido de forma mais extensiva, abrangendo não somente os interesses individuais dele advindos, mas também interesses coletivos e difusos, relacionados à preservação do meio ecológico sadio, essencial à manutenção da saúde humana, e à promoção do desenvolvimento sustentável.

A possibilidade jurídica de reparação por danos extrapatrimoniais coletivos é fruto desse avanço, tese em que se admite que a coletividade possa ser lesada por dano de natureza extrapatrimonial. A despeito dessa hipótese ter sido acolhida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela jurídica da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial coletivo ambiental ainda é tema controverso na doutrina e jurisprudência, o que justifica a relevância e pertinência científica do estudo sobre o tema.

2. Fundamentos normativos do dano extrapatrimonial coletivo ambiental

De modo a explicitar a argumentação jurídica que defende o reconhecimento da possibilidade jurídica de reparação de dano extrapatrimonial coletivo decorrente de lesão ao meio ambiente, é primordial, em um primeiro momento, expor os dispositivos normativos que disciplinam a matéria.

A Constituição Federal de 1988 apresentou notório avanço ao consagrar expressamente o dever de indenizar por danos morais por meio de seu artigo 5º, incisos V e X. Desse modo, “embora já houvesse aceitação doutrinária e jurisprudencial, somente com a Constituição Federal de 1988 é que o ordenamento jurídico passou a reconhecer formalmente o dano extrapatrimonial.”¹

¹ NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In *Responsabilidade civil*. Coordenação: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 390.

Nessa esfera, a Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) foi mais adiante, estabelecendo a previsão de reparação de danos de natureza coletiva extrapatrimonial relativos às relações de consumo, ao consagrar, em seu artigo 6º, inciso VI, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos como direitos básicos do consumidor.

Como bem leciona Flávio Tartuce, o Código de Defesa do Consumidor, por meio do dispositivo supracitado, admite expressamente a reparação de danos morais coletivos.²

Em decorrência de alteração proveniente da Lei nº 8.078, de 1990, a Lei nº 7.347, de 1985, passou a prever expressamente em seu artigo 1º, incisos I e IV, a admissibilidade da Ação Civil Pública para responsabilização por danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Dessa feita, é inequívoca a previsão de dano ambiental extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, com fundamento na análise sistemática do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, artigo 1º, incisos I e IV da Lei nº 7.347, de 1985, e artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8078, de 1990.

A respeito do tema, ponderam Leite, Morato e Achkar:

Identificada a admissibilidade do dano ambiental extrapatrimonial, cumpre destacar que a legislação brasileira já o admite ampla e expressamente, inclusive no que se refere ao seu aspecto objetivo. Além do aparato constitucional e do Novo Código Civil Brasileiro, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) trata especificamente das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.³

Da hermenêutica dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supracitados, surgiram correntes antagônicas de pensamento que, ou reconheciam a possibilidade de reparação de dano extrapatrimonial coletivo ambiental, ou rejeitavam sua possibilidade jurídica.

Concluída a exposição quanto a previsão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental no ordenamento jurídico pátrio, é oportuno elucidar as diferentes correntes de pensamento jurídico quanto ao tema.

² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 314.

³ LEITE, José Rubens Morato; MORATO, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. *Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira*. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007, p. 13.

3. Evolução doutrinária e jurisprudencial relativa à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental

3.1. Posicionamentos contrários à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental

Quanto aos argumentos doutrinários e jurisprudenciais desfavoráveis à reparabilidade de dano extrapatrimonial coletivo decorrente de lesão ambiental, cabe destacar a tese do ministro Teori Zavascki, segundo a qual o artigo 1º da Lei nº 7.347, de 1985 possui objetivo eminentemente processual, não devendo ser interpretado de forma literal.⁴

Na visão de Zavascki, o dano moral não teria, em si próprio, natureza transindividual, o que impossibilitaria que lesão a interesse difuso resultasse em dano moral à coletividade. O jurista defende que, por mais que direito ou interesse difuso seja lesionado, o dano moral a ele correspondente envolve, necessariamente, dor, sofrimento ou lesão psíquica que só pode ser suportada individualmente por uma pessoa.⁵

Compartilhou do mesmo pensamento o jurista Rui Stoco, segundo o qual “a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de *vultus* singular e único”,⁶ resultando em dever de reparar quando lesiona atributos personalíssimos, visualizando somente a pessoa, detentora de características próprias e invioláveis. Com fundamento nesta tese jurídica, assevera que:

[...] se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação ao meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstruí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.⁷

Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial,⁸ julgou improcedente pedido de reparação por dano moral ambiental coletivo:

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.

⁵ *Idem*.

⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002*, 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 855-877.

⁷ *Idem*.

⁸ Com fundamento na mesma tese jurídica, decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça de forma semelhante ao julgar o Recurso Especial em caso que tratava de dano moral coletivo decorrente de conduta antijurídica de transportadora. STJ. REsp RS 2008/0104498-1. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01/12/2009, T2. Data de publicação: 26/02/2010.

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido.⁹

Outro argumento civilista recorrentemente evocado em oposição ao reconhecimento do dano extrapatrimonial coletivo é a alegação de que a indenização resultante da condenação não se reverte diretamente aos indivíduos, sendo destinada à sociedade ou determinada comunidade. Desse modo, não haveria repartição do valor entre as vítimas, o que lhe retiraria o caráter de reparação e conferiria natureza de multa, punição ou castigo.¹⁰

Mais recentemente destacou-se no meio doutrinário e jurisprudencial a teoria dos danos sociais, que mitiga tal posicionamento. O cerne de sua fundamentação é a distinção entre o dano moral coletivo e uma nova modalidade de dano denominada dano social.

Segundo essa corrente jurídica, o dano moral coletivo é, de fato, individual e limitado pelo arcabouço dos direitos da personalidade, sendo somente sua fase processual coletiva.¹¹

Conforme propõe o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, os danos sociais, a seu turno, correspondem a “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida.”¹²

A corrente doutrinária dos danos sociais busca legitimidade no conteúdo do artigo 193 da Constituição Federal de 1988, que estabelece como objetivo da ordem social o bem-estar e a justiça social. Nesse sentido, defende que “toda vez que houver lesão ao bem-estar coletivo (interesse difuso tutelado pela ordem jurídico institucional) restará configurado o dano social.”¹³

Nessa perspectiva, “nota-se que os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis,” sendo fundamentada em previsão expressa do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴

⁹ STJ. REsp 598281/MG.Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/05/2006, T1. Data de publicação: 01/06/2006.

¹⁰ MARINO, Bruno Di; FERRAZ, Álvaro. *A saga jurisprudencial do dano moral coletivo*: tinha razão o saudoso ministro Teori Zavascki. Revista Migalhas, 29 mar. 2019.

¹¹ MENINO, Samuel; FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. Dano Social: uma análise jurisprudencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 18, n.º 35, p. 221-239, jan./jun. 2016.

¹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹³ FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n.º 75, p. 207-233, jul./set. 2016.

¹⁴ TARTUCE, 2014, p. 320.

As verbas provenientes de condenação por danos sociais possuem natureza jurídica de caráter punitivo, em oposição às verbas compensatórias, não sendo destinadas às vítimas diretas do dano, mas sim a fundos de proteção ambiental, trabalhista, do consumidor ou outra instituição definida a critério do juiz.¹⁵

A teoria jurídica em tela encontra repercussão na jurisprudência, destacando-se inovadora decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2007, na qual se reconheceu o dever de reparar danos sociais decorrentes de conduta socialmente reprovável.¹⁶

Com amparo nos argumentos jurídicos expostos a respeito da tese dos danos sociais, é pertinente afirmar que se trata de teoria intermediária, visto que se vincula à concepção de que os danos morais são indissociáveis da ideia de dor ou lesão psíquica suportada somente pelo indivíduo e, em decorrência disso, não reconhece a possibilidade jurídica de danos morais coletivos de fato.

Não obstante, propõe a existência de nova espécie de dano denominada dano social e considera o rebaixamento de patrimônio moral e diminuição da qualidade de vida sociedade como pressupostos para o surgimento do dever de indenizar por danos a direitos ou interesses difusos.¹⁷

Embora trate notoriamente de lesões a interesses difusos, os danos sociais não são considerados danos morais, possuindo natureza punitiva e não propriamente indenizatória, cujo valor resultante de condenação deve ser revertido para a sociedade em geral.

Assim sendo, o principal fundamento das teses contrárias à possibilidade jurídica de dano moral coletivo ambiental consiste na oposição ao reconhecimento do dano moral em sua modalidade coletiva. Seus defensores pressupõem como indissociável o vínculo entre a reparação por danos morais e a existência de dor, sofrimento psíquico, atributos estes inerentemente individuais e personalíssimos, incompatíveis com direitos ou interesses difusos, cujos titulares são indeterminados.

3.2. Posicionamento favorável à admissão de dano extrapatrimonial coletivo ambiental

Em um primeiro momento, é fundamental ressaltar que o dano ambiental compreende tanto lesões patrimoniais, quanto extrapatrimoniais, o que se depreende da análise de sua abrangência definida no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora não exista conceito legal expresso de dano ambiental, sua aceção vincula-se às definições de degradação ambiental e de poluição previstas na Lei nº 6.938, de 1981, que demonstram a abrangência de proteção conferida pela legislação brasileira,

¹⁵ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. *Revista da EJUSE*, n.º 18, p. 237-247, 2013.

¹⁶ TJRS. Recurso cível 71001281054. Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 12/07/2007. Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais.

¹⁷ FRIEDE; ARAGÃO, 2016.

“estando nela evidentemente contempladas a lesão material e a imaterial do meio ambiente; além das suas eventuais repercussões em interesses pessoais e particulares.”¹⁸

Segundo definição de Morato Leite:

Da análise empreendida da lei brasileira, pode-se concluir que dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.¹⁹

Com base no exposto, conclui-se que o esforço de reparação do dano ambiental não deve se limitar somente às lesões econômicas. Deve, portanto, abranger também o prejuízo a valores existenciais, não patrimoniais em sentido estrito, relacionados aos limites impostos à exploração do meio ambiente e o dever de preservação, consagrados expressamente no dever constitucional de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse contexto, mostra-se mais adequada a utilização do termo “extrapatrimonial” ao invés de “moral” para a caracterização dessa espécie de dano ambiental, ao passo que, enquanto este é ligado a um subjetivismo, o que o torna mais restritivo e obsoleto, o primeiro “traz consigo um critério de contraposição, visando a dar uma justificativa de seu conteúdo, sem, no entanto, trazer restrição e resultando em uma concepção mais ampla.”²⁰

Não limitados a uma noção exclusivamente subjetiva de dor psíquica, sofrimento ou angústia, os danos extrapatrimoniais também abarcam os valores imateriais do indivíduo e da coletividade em que estão inseridos, sendo o dano ao patrimônio ambiental, por excelência, uma lesão a um direito fundamental da coletividade.²¹

Quanto à distinção entre dano extrapatrimonial e dano moral, Leonardo Roscoe Bessa esclarece que:

O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de

¹⁸ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007, p. 8.

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 1999, p. 95.

²⁰ *Ibid.*, p. 263.

²¹ *Idem.*

crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo. Em outros termos, há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido. [...]

Conclui-se, portanto, que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Em que pese a redação dos dispositivos legais, que aludem a dano moral coletivo, mais preciso seria falar em dano extrapatrimonial.²²

Com efeito, é perfeitamente possível que um dano ao meio ambiente resulte em lesão extrapatrimonial.²³

Persiste, todavia, um importante questionamento: o Direito brasileiro restringe a reparabilidade do prejuízo extrapatrimonial a direitos e interesses individuais ou também reconhece que os danos a direitos e interesses transindividuais de natureza não patrimonial merecem igual reparação?

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, a atual mudança de paradigma quanto à abrangência dos danos extrapatrimoniais é resultado de um processo de coletivização ou socialização do Direito, movimento renovador característico do tempo atual, que reconhece a coletividade como sujeito de direitos e interesses:

Efetivamente, o Direito como um todo - e o Direito Civil não tem sido uma exceção - está sofrendo, ao longo do presente século, profundas e paulatinas mudanças, sob o impacto da evolução da tecnologia em geral e das alterações constantes havidas no tecido social. Todas essas mutações têm direção e sentido certos: conduzem o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual.

Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo, objeto específico do presente estudo. Ora, se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, por que a coletividade não poderia sê-lo?²⁴

Assim como ocorre em hipótese de dano extrapatrimonial individual, a coletividade também é passível de sofrer lesão a valores como imagem, honra, dignidade, memória, tradição e modo de vida dos indivíduos que a compõem. Em

²² BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da EMERJ*, v. 10, n.º 40, 2007, p. 30 e 31.

²³ LEITE, 1999.

²⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n.º 559, 17 jan. 2005, p. 5 e 6.

virtude disso, torna-se imperiosa a imposição de indenização por dano extrapatrimonial em hipóteses em que o ressarcimento patrimonial se mostra impossível, cenário em que “funcionará como alternativa válida da certeza da sanção civil do agente, em face da lesão ao patrimônio ambiental coletivo.”²⁵

Quanto à possibilidade jurídica de uma coletividade ter interesses e direitos difusos lesionados, leciona Morato Leite que:

[...] a coletividade pode ser afetada quanto a seus valores extrapatrimoniais e que devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado através da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação.

Desta forma, não seria justo supor-se que uma lesão à honra de determinado grupo, fique sem reparação, ao passo que, se a honra de cada um dos indivíduos deste grupo for afetada isoladamente, os danos serão passíveis de indenização. Redundaria em contrassenso inadmissível.²⁶

Em síntese, compreende-se o dano extrapatrimonial coletivo como aquele resultante de lesão a bens jurídicos pertencentes ao patrimônio imaterial de uma comunidade, sejam seus titulares determinados, determináveis (interesse coletivo em sentido estrito), ou indeterminados (interesse difuso). Na definição de Bittar Filho:

[...] o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).²⁷

²⁵ LEITE, 1999, p. 265.

²⁶ *Idem*.

²⁷ BITTAR FILHO, 2005, p. 10.

Desse modo, nota-se que a coletividade é passível de suportar danos extrapatrimoniais e, quando a conduta antijurídica lesiona valores coletivos, tem-se origem a figura do dano extrapatrimonial coletivo.²⁸

Nesse contexto, é imprescindível determinar se a violação a direitos e interesses ambientais configura lesão de valores sociais, em outras palavras, se enseja a reparação por dano extrapatrimonial coletivo.

A abrangência da tutela de direitos e interesses ambientais no ordenamento jurídico pátrio é ampla, sendo prevista expressamente na Constituição Federal, em destaque na forma de seu artigo 225, na Lei nº 7.347, artigo 1º, inciso I, bem como em diversas outras leis infraconstitucionais que tratam do tema.

Ao analisar a Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, extrai-se, de seu artigo 3º, inciso I, o conceito de meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Com fundamento no conceito apresentado, é lícito afirmar que o meio ambiente deve ser compreendido a partir de uma perspectiva sistemática, na medida em que “configura-se como uma teia, onde se processam interferências recíprocas que denotam uma relação de interdependência entre seus componentes,” tratando-se, desse modo, de “uma entidade dinâmica, cujo complexo de interações proporciona e mantém a vida, em todas as suas formas.”²⁹

Salienta-se que dano ambiental pode acarretar prejuízo de ordem individual quando o dano se limita a esfera jurídica de um indivíduo, coletivo quando atinge um grupo determinado ou determinável de pessoas, ou difuso quando são titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato.

A respeito, merece ser conferida a Súmula 6 aprovada no Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

Em matéria de dano ambiental provocado por fábricas urbanas, além das eventuais questões atinentes ao direito de vizinhança, a matéria pode dizer respeito à qualidade de vida dos moradores da região (interesses individuais homogêneos), podendo ainda interessar a toda a coletividade (interesse difuso no controle das fontes de poluição da cidade, em benefício do ar que todos respiram).³⁰

Nessa perspectiva, o meio ambiente pode ser caracterizado de forma dúplice: como microbem, quando abarca seus elementos componentes e os interesses individuais deles advindos, e como macrobem, unitário, indivisível e de natureza

²⁸ *Idem.*

²⁹ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007, p. 8.

³⁰ C.S.M.P. Aviso n.º 005/02 - Súmula n.º 6 de 10/01/2002.

imaterial, quando tratamos do meio ambiente como um todo, abrangendo seus interesses difusos intrínsecos.³¹

Sem prejuízo aos interesses individuais ambientais em uma concepção micro, ao tratar do meio ambiente como macrobem, tem-se em foco a tutela dos interesses ou direitos ambientais difusos, relacionados à proteção de valores extrapatrimoniais inerentes ao meio ambiente, de modo que:

[...] o meio ambiente é considerado e protegido não somente em função do valor econômico dos elementos materiais que o compõem, mas, especialmente, em razão dos valores existenciais por ele abrigados, todos relacionados ao bem-estar e à qualidade de vida. Desta primeira constatação já é possível concluir que a degradação da qualidade ambiental promove, além da lesão aos bens ambientais corpóreos, a violação de interesse difuso de natureza não patrimonial.³²

Imperioso ressaltar que a Constituição Federal, por meio de seu artigo 225, *caput*, atribui ao meio ambiente o *status* de bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Outrossim, a Lei Maior, em seu artigo 129, inciso III, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, refere-se ao meio ambiente como um bem difuso e coletivo.

Destarte, ao tratar da tutela jurídica do meio ambiente em sua acepção de macrobem, objetiva-se a proteção de um direito essencialmente transindividual e difuso, previsto expressamente no texto constitucional, manifestado por meio do princípio do acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A respeito desse valoroso princípio constitucional, José Rubens Morato Leite assevera que:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem dúvida, um desses novos direitos do homem, que faz com que surja uma figura social, menos pessoa singular e mais coletiva. De fato, não se pode dissociar o social do individual, considerando que o ser humano sente os efeitos da lesão perpetrada em face do bem ambiental da coletividade. Com efeito, quando se lesa o meio ambiente, em sua concepção difusa, atinge-se concomitantemente a pessoa no seu *status* de indivíduo relativamente à cota parte de cada um e, de uma forma mais ampla, toda a coletividade.³³

³¹ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007.

³² *Ibid.*, p. 8.

³³ LEITE, 1999, p. 293.

O direito ao meio ambiente sadio é, portanto, um direito da personalidade, corolário ao princípio da dignidade da pessoa humana, imprescindível ao desenvolvimento individual da pessoa, quanto para o desenvolvimento sustentável da coletividade.

Vale destacar que, por se tratar de um direito multigeracional e de interesse comum a toda a humanidade, o direito ao meio ambiente sadio é considerado direito humano, superando barreiras geopolíticas, culturais ou étnicas.³⁴

Como o dano ecológico não se limita a comunidade de um Estado, os esforços internacionais para sua preservação “acabam por classificar o Direito Humano Ambiental como de terceira dimensão – abarcando toda a aldeia global e cultivando o espírito de cooperação e solidariedade entre os povos.”³⁵

Com base nesse entendimento, Morato Leite conceitua dano extrapatrimonial coletivo nos seguintes termos:

No contexto brasileiro, como já visto, há fundamento legal para este dano extrapatrimonial difuso ligado à personalidade, que tem seu escopo na proteção de um interesse comum de todos, indivisíveis e ligados por uma premissa de solidariedade. Com efeito, os direitos da personalidade evoluem e já podem ser visualizados e inseridos como valores ambientais de caráter difuso, posto que atingem direitos essenciais ao desenvolvimento de toda coletividade. Sendo o direito ao ambiente um direito fundamental, conforme apreciado, pode ser também qualificado como direito da personalidade de caráter difuso, que comporta dano extrapatrimonial.³⁶

Não há como discutir a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem o reconhecimento da possibilidade de aplicar todas as espécies de sanções àqueles cujas condutas ameaçam ou lesam o meio ambiente, cenário este em que resta prejudicado o princípio da responsabilização. “Com efeito, o princípio da responsabilização é um dos elementos relevantes para a formação de um Estado de Justiça Ambiental, pois objetiva trazer segurança à coletividade.”³⁷

A promoção da efetiva e integral reparação requer, necessariamente, o reconhecimento de valores extrapatrimoniais do meio ambiente. Por conseguinte, “a admissibilidade do dano ambiental extrapatrimonial difuso, e da necessidade de sua compensação, representa um novo paradigma da responsabilidade civil ambiental.”³⁸

³⁴ CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues. As origens dos direitos humanos ambientais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Rio Grande do Sul, ano 7, n.º 2, p. 131-157, abr./jun. 2013.

³⁵ *Ibid.*, p. 152.

³⁶ LEITE, 1999, p. 284.

³⁷ *Ibid.*, p. 309.

³⁸ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007, p. 27.

O Superior Tribunal de Justiça apresentou semelhante entendimento em decisão de relatoria do ministro Herman Benjamin. Ao defender a integral reparação ambiental, incluiu-se a necessidade de indenização do dano moral coletivo. Nesse sentido, defendeu-se que:

[...] a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração).³⁹

Essa mudança de paradigma depende de imprescindível atualização e aperfeiçoamento do instituto da responsabilidade jurídica em suas diversas esferas, "civil, administrativa, penal e até intercomunitária, ligadas a efeitos transfronteiriços da poluição, visando a alcançar um Estado, interna e externamente mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental."⁴⁰

Desse modo, o reconhecimento da possibilidade jurídica de reparação por danos a direitos e interesses ambientais difusos, exteriorizado na figura do dano extrapatrimonial coletivo, é avanço substancial ao desenvolvimento de um sistema jurídico protetivo do meio ambiente, bem como imprescindível à efetiva reparação integral do dano ambiental.

4. Requisitos para a configuração de dano extrapatrimonial coletivo ambiental

Evidenciada a possibilidade jurídica do dano extrapatrimonial coletivo no ordenamento brasileiro e esclarecidos os fundamentos normativos e doutrinários que o sustentam, impende ainda delimitar os requisitos necessários para sua constatação prática.

Ao tratar da questão, Leite, Morato e Achkar propõem que o dano extrapatrimonial ambiental pode se manifestar de duas formas distintas.⁴¹

Em um primeiro momento, tem-se o dano extrapatrimonial subjetivo, hipótese em que o interesse ambiental lesionado relaciona-se a interesse individual, provocando ao titular sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima. Trata-se, nesse caso, de dano extrapatrimonial de caráter individual, incumbindo ao prejudicado demonstrar

³⁹ STJ. Recurso Especial nº 1.180.078 - MG (2010/0020912-6). Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/12/2010, T2. DJe: 28/02/2012.

⁴⁰ LEITE, 1999, p. 309.

⁴¹ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007.

como a lesão ao meio ambiente violou direito da personalidade, resultando em prejuízo de ordem extrapatrimonial.⁴²

A título de exemplo, é oportuno mencionar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, caso em que o autor alegou prejuízo em atividade de piscicultura que desenvolvida em sua propriedade decorrente da poluição causada pela contaminação de via fluvial por lançamento de esgoto. Acolhendo a alegação autoral de abalo emocional decorrente de perdas econômicas, o referido Tribunal condenou o município responsável por danos patrimoniais e morais.⁴³

Em segundo momento, tem-se o dano ambiental extrapatrimonial objetivo, quando o interesse afligido é de natureza difusa, constatando-se lesão a valor imaterial coletivo e “pelo prejuízo proporcionado a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida.”⁴⁴ É nessa hipótese na qual se vislumbra dano extrapatrimonial coletivo, resultante da violação de direitos e interesses difusos, e do subsequente prejuízo para a coletividade. Fundamenta-se na lesão de valores coletivos e, por conseguinte, prescinde da comprovação de dor ou sofrimento individual.

Com efeito, o dano extrapatrimonial coletivo não tem como embasamento a dor suportada pela pessoa física, mas a violação de direitos e interesses difusos, como se observa no caso de lesão imaterial ambiental.⁴⁵ Sobre o conceito de dano extrapatrimonial coletivo, Leonardo Roscoe Bessa assevera:

Assim, é método impróprio buscar a noção de dano moral coletivo a partir do conceito, ainda problemático, de dano moral individual. Mais impróprio ainda é trazer para a discussão o requisito relativo à necessidade de afetação da integridade psíquica, pois até mesmo nas relações privadas individuais está se superando, tanto na doutrina como nos tribunais, a exigência de dor psíquica para caracterizar o dano moral.⁴⁶

Na visão de José Rubens Morato Leite, a dor em sua acepção coletiva é um “valor equiparado ao sentido moral individual, posto que ligado a um bem ambiental, indivisível de interesse comum, solidário e ligado a um direito fundamental de toda coletividade.”⁴⁷

⁴² *Idem.*

⁴³ TJPR. Reexame Necessário - 0120571-2. Rel. Antonio Prado Filho, j. 25/06/2002, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/08/2002.

⁴⁴ LEITE; MORATO; ACHKAR, 2007, p. 11 e 12.

⁴⁵ LEITE, 1999.

⁴⁶ BESSA, 2007, p. 31.

⁴⁷ LEITE, 1999, p. 320.

Nessa perspectiva, “a dor referida ao dano extrapatrimonial ambiental é predominantemente objetiva, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo.”⁴⁸

No âmbito jurisprudencial, vale prestigiar a notável decisão do Superior Tribunal de Justiça que, com voto condutor da ministra Eliana Calmon, consignou que o reconhecimento do dano extrapatrimonial a direitos coletivos ou difusos dispensa a necessidade de comprovação de dor ou sofrimento:

O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.⁴⁹

De modo semelhante, em outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Luiz Fux manifestou voto, embora vencido em plenário, favorável ao reconhecimento do dano extrapatrimonial em decorrência de dano a interesse ambiental difuso, referindo-se a ofensa ao sentimento difuso ou coletivo como seu elemento caracterizador nos seguintes termos:

O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo – v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g.: a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Conseqüentemente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativos. Destarte, não se pode olvidar que

⁴⁸ *Ibid.*, p. 296.

⁴⁹ STJ. REsp 1.269.494 - MG (2011/0124011-9). Rel. Min. Eliana Calmon, j. 24/09/2013. Data de Publicação: 01/10/2013.

o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.⁵⁰

Em decisão posterior do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Humberto Martins deliberou que, em algumas hipóteses, o dano moral coletivo presume-se diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado:

No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação).⁵¹

Nessa perspectiva, “a constatação do dano moral coletivo é aferida a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), sendo o dano *in re ipsa*, mormente se considerada a ampla garantia de proteção e defesa dos direitos coletivos.”⁵²

José Rubens Morato Leite, todavia, esclarece que “não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial,” porém sim “o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto.” Destaca-se que a tutela reparatória do dano ambiental é condicionada pelo elemento de constatação do limite da tolerabilidade do dano, critério pelo qual se define a distinção entre o uso racional do meio ambiente e seu abuso.⁵³

Sobre o tema, vale prestigiar a decisão da Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, na qual a ministra Nancy Andrighi defendeu a tese jurídica de que o dano moral coletivo não possui relação com atributos da pessoa humana e se configura *in re ipsa*, prescindindo de demonstração de prejuízos concretos ou efetivo abalo moral, somente sendo caracterizado na hipótese de “lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável.” Desse modo disserta a ministra:

⁵⁰ STJ. REsp 598281/MG. Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/05/2006, T1. Data de publicação: 01/06/2006, p. 147.

⁵¹ STJ. Recurso Especial n.º 1.410.698 - MG (2013/0346260-3). Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/06/2015, T2. Data de Publicação: 30/06/2015.

⁵² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 309.

⁵³ LEITE, 1999, p. 320.

O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.⁵⁴

No mesmo sentido, vale prestigiar duas decisões consonantes da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ambas de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão:

O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral [...]. Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano moral coletivo deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais.⁵⁵

A violação de direitos metaindividuais dá ensejo à condenação por danos morais coletivos, cujo objetivo é a preservação de valores essenciais da sociedade. O dano moral coletivo é autônomo, revelando-se independentemente de ter havido afetação a patrimônio ou higidez psicofísica individual. Apesar de o dano moral coletivo ocorrer *in re ipsa*, sua configuração ocorre apenas quando a conduta antijurídica afetar interesses fundamentais, ultrapassando os limites do individualismo, mediante conduta grave, altamente reprovável, sob pena de o instituto ser banalizado.⁵⁶

Esse entendimento foi sintetizado em enunciado publicado na edição 125 de Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe que “o dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade.”⁵⁷

⁵⁴ STJ. Recurso Especial nº 1.502.967 - RS (2014/0303402-4). Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/08/2018, T3. DJe: 14/08/2018.

⁵⁵ STJ. Recurso Especial nº 1.610.821 - RJ (2014/0019900-5). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/12/2020, T4. DJe: 26/02/2021.

⁵⁶ STJ. Recurso Especial nº 1.838.184 - RS (2019/0275550-5). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05/10/2021, T4. DJe: 26/11/2021.

⁵⁷ Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Edição n.º 125. Brasília, de maio de 2019.

Não basta, portanto, que a conduta lesiva seja somente antijurídica. É preciso a constatação de injusta e intolerável violação de valores coletivos, com repercussão negativa ao sentimento de coletividade. Neste caso, a antijuridicidade não seria apenas a "conduta *contra legem*", mas também as condutas antissociais que lesam ou limitam o pleno desenvolvimento da personalidade social e individual e da capacidade do ecossistema."⁵⁸

Com amparo na doutrina e jurisprudência supracitadas, é possível identificar dois requisitos para o surgimento da obrigação reparação de dano extrapatrimonial coletivo decorrente de lesão ambiental: i) a constatação de dano extrapatrimonial coletivo, resultante de ofensa a direitos de personalidade de grupo ou coletividade e ao seu sentimento difuso ou coletivo; ii) violação injusta e intolerável de valores ambientais fundamentais, que exceda o limite da tolerabilidade de uso racional do meio ambiente.

5. Forma de reparação: delimitação do *quantum debeatur* e destinação do montante indenizatório

Como bem observa o Professor Yussef Said Cahali, as dificuldades na quantificação do dano moral são comuns, e o dano moral coletivo não é exceção, devendo-se, nesse caso, preponderar o aspecto aflitivo ou admonitório da indenização.⁵⁹

Com efeito, a dificuldade de se apurar o *quantum debeatur* referente à lesão moral se afigura como um dos principais e mais complexos obstáculos para as teses que defendem a possibilidade jurídica de sua reparação. A propósito do dano extrapatrimonial coletivo, está-se diante de lesão aos valores da coletividade, direitos e interesses difusos em uma noção essencialmente subjetiva, sendo um desafio quantificar o prejuízo a eles causado.⁶⁰

A delimitação do prejuízo torna-se ainda mais complexa ao se vislumbrar a reparação de danos extrapatrimoniais coletivos. Sem dúvida, é tarefa árdua avaliar o dano extrapatrimonial suportado pela coletividade em hipótese de lesão ambiental, como no desmatamento de uma floresta ou poluição de um rio. Contudo, Morato Leite assevera que:

[...] a dificuldade em se avaliar os danos extrapatrimoniais, quer individuais, quer coletivos, não pode ser razão para não se indenizar, como durante muito tempo quiseram fazer crer os adeptos da tese negativa da reparação. Ao revés, se assim fosse, poderia ocorrer um enriquecimento ilícito do causador do dano, o que é vedado pelo direito.

⁵⁸ LEITE, 1999, p. 315.

⁵⁹ CAHALI, 2011.

⁶⁰ LEITE, 1999.

Deste modo, configurado o dano extrapatrimonial, este há que ser reparado, não obstante as dificuldades existentes para sua valorização.⁶¹

Como esclarece Morato Leite, a despeito da inexistência de normas que tratem especificamente da forma de reparação do dano extrapatrimonial individual ou coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, ou que forneçam critérios para a apuração do valor indenizatório, não se justifica deixar o dano moral sem reparação, visto que é direito fundamental previsto em texto constitucional.⁶²

Desse modo, “não havendo critérios legais seguros para se aferir o *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso concreto, utilizar-se do arbitramento, para fixar o valor da condenação.”⁶³

Mister destacar que Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, determina que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Em consonância com a norma constitucional, o Código Civil de 2002 prevê, no seu artigo 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Nessa perspectiva, a valoração do *quantum debeatur* por arbitramento deve se atentar à proporcionalidade entre o dano e o resultado. A respeito do tema, Cavaliere argumenta que:

[...] na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.⁶⁴

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 determinou em seu artigo 292, inciso V, que o valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será o valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral. Assim sendo, a estipulação do valor do dano moral deixa de ficar a cargo exclusivo do juiz, devendo ser previamente estimado pelo autor da demanda.⁶⁵

Vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o método bifásico no arbitramento do dano moral, no qual “parte numa primeira fase do patamar de

⁶¹ *Ibid.*, p. 301.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibid.*, p. 302.

⁶⁴ CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

indenização normalmente atribuído àquele grupo de casos, para, já na segunda fase, ajustar a indenização com base nas circunstâncias do caso concreto e no interesse jurídico lesado.⁶⁶ Na lição de José Américo Martins da Costa:

Na primeira fase, arbitra-se um valor básico, “em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria.”

Para tanto, o julgador deve analisar a jurisprudência sobre o evento danoso e identificar quais são os valores usualmente arbitrados para o mesmo grupo de casos.

Já na segunda fase, alcança-se o *quantum* definitivo, ajustando-se o valor básico verificado na primeira fase às peculiaridades do caso concreto. Para aferição das peculiaridades do caso concreto, é indispensável que sejam sopesadas a gravidade do fato em si, a responsabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica do ofensor.⁶⁷

No âmbito doutrinário, Maria Helena Diniz enfatiza os critérios objetivos e subjetivos na delimitação do valor indenizatório nos seguintes termos:

É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseando em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.⁶⁸

De modo semelhante, Carlos Alberto Bittar Filho salienta que, tratando-se de condenação em dinheiro, deve-se aplicar a técnica do valor de desestímulo, com o intuito de evitar novas violações aos valores coletivos. Nesse sentido, enfatiza que:

[...] o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, a determinados

⁶⁶ *Ibid.*, 2018, p. 376.

⁶⁷ COSTA, José Américo Martins da. Aplicação do método bifásico na quantificação da reparação do dano moral. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de janeiro de 2019, p. 2 e 3.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7, p. 101.

critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, *v.g.*, a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.⁶⁹

Dessa forma, conclui-se que o *quantum debeatur* decorrente de dano ambiental extrapatrimonial coletivo deve ser valorado com fundamento em dois principais fatores: na gravidade, repercussão da ofensa e extensão do dano (fator compensatório) e na situação econômica do agente e circunstâncias do fato (fator punitivo). Por conseguinte, adotando esse método objetiva-se, simultaneamente, compensar os efetivos prejuízos a valores da coletividade e desestimular o causador do dano a persistir em conduta lesiva ao meio ambiente.⁷⁰

Vale enfatizar que, havendo condenação em dinheiro, o montante resultante de condenação por dano extrapatrimonial é convertido em benefício da própria comunidade, sendo destinado a fundo gerido por Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, com a finalidade de reconstituir os bens lesados, conforme determinação do artigo 13 da Lei nº 7.347, de 1985.

O denominado Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) é regulado em nível nacional pela Lei nº 9.008, de 1995, atribuindo-lhe a finalidade de reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

A supracitada lei determina expressamente em seu artigo 1º, § 2º, inciso I, que constituem recursos do FDD o produto de arrecadação das condenações judiciais de que tratam os artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347, de 1985, referentes a cominação de multa diária pelo não cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e à condenação em dinheiro, respectivamente.

Para Leonardo Roscoe Bessa, essa previsão normativa reforça o caráter exclusivamente punitivo da condenação por dano extrapatrimonial coletivo, pois o referido dispositivo não “objetiva a reparação de dano material, embora seja possível (e recomendável) cumular pedidos reparatório e condenatório por dano moral coletivo.” Segundo o jurista:

O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida a fundos nacional e estadual, foi basicamente reprimir a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa

⁶⁹ BITTAR FILHO, 2005, p. 14.

⁷⁰ LEITE, 1999.

atividade repressiva jurisdicional surgem os efeitos – a função do instituto – almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social.⁷¹

Com fundamento nas teses doutrinárias e jurisprudenciais analisadas, constata-se que, não obstante a inexistência de normas que estabeleçam um método unificado de valoração do *quantum debeatur* relativo aos danos extrapatrimoniais coletivos, compete ao Poder Judiciário a tarefa de aplicar as disposições constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao tema.

O arbitramento judicial, portanto, deve se atentar aos critérios da proporcionalidade e extensão da ofensa, bem como punir o agente por sua conduta lesiva e desestimular a sua repetição, cumprindo-se assim dupla atribuição: compensatória e punitiva. Nesse sentido, o enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil dispõe que o artigo 944, *caput*, do Código Civil, não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.⁷²

A destinação do montante condenatório para Fundo criado para reparar as lesões difusas é notório avanço legislativo na tutela dos interesses transindividuais e revela a finalidade da utilização do valor indenizatório com intuito de não somente punir o agente, como também atenuar os efeitos negativos resultantes de dano.

6. Considerações finais

Indubitavelmente, o instituto da responsabilidade civil encontra-se em constante desenvolvimento, sendo fundamental sua renovação e aprimoramento de modo a ampliar a abrangência de reparação dos danos.

Com base nas teorias doutrinárias e na jurisprudência analisadas no decorrer deste estudo, verifica-se que, embora o dano extrapatrimonial coletivo ambiental seja de complexa reparação, o ordenamento jurídico brasileiro prevê sua tutela jurídica de forma expressa, assim como fornece instrumentos processuais aptos à sua reparação.

Todavia, mostra-se imprescindível o contínuo aperfeiçoamento do sistema processual, o que depende de esforço conjunto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como do Ministério Público, da sociedade civil e dos estudiosos da matéria, a fim de que se consolide um sistema verdadeiramente eficaz de tutela jurídica, compatível com a defesa dos direitos e interesses ambientais transindividuais.

⁷¹ BESSA, 2007, p. 282.

⁷² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n.º 379 da IV Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da EMERJ*, v. 10, n.º 40, p. 247-283, 2007.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n.º 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183>. Acesso em: 10 abr. 2022. ISSN 1518-4862.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues. As origens dos direitos humanos ambientais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Rio Grande do Sul, ano 7, n.º 2, p. 131-157, abr./jun. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COSTA, José Américo Martins da. Aplicação do método bifásico na quantificação da reparação do dano moral. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/jose-costa-uso-metodo-bifasico-reparacao-dano-moral>. Acesso em: 10 abr. 2022.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 24ª ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n.º 75, p. 207-233, jul./set. 2016.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 1999.
- _____; MORATO, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. *Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira*. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007.
- MARINO, Bruno Di; FERRAZ, Álvaro. A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o saudoso ministro Teori Zavascki. *Revista Migalhas*, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/299108/a-saga-jurisprudencial-do-dano-moral-coletivo--tinha-razao-o-saudoso-ministro-teori-zavascki>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MENINO, Samuel; FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. Dano Social: uma análise jurisprudencial. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 18, n.º 35, p. 221-239, jan./jun. 2016.

NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. Responsabilidade civil pelo abandono afetivo. In *Responsabilidade civil*. Coordenação: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 373-411, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. *Revista da EJUSE*, n.º 18, p. 237-247, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002*, 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Tutela coletiva e legitimidade concorrente: a necessidade de promover a ideologia participativa

Emerson Garcia*

Não é exagero afirmar que o acesso à justiça, mais especificamente à tutela coletiva dos interesses metaindividuais, tem sido um dos principais problemas enfrentados pela moderna processualística. Principiando pela *class action* do direito anglo-saxão, passando pela *Verbandklage* germânica, até alcançar a ação civil pública do direito brasileiro, também cognominada de ação coletiva, são consideráveis as dissonâncias em relação ao rol de legitimados à utilização dessas ações.

Nos sistemas que adotam a *class action*, não é incomum o uso da técnica de certificação, exigindo que o órgão jurisdicional competente declare (modelo norte-americano) ou simplesmente não negue (modelo australiano) que o litígio merece o tratamento de *classe*, o que inclui a averiguação de que o interesse dos membros ausentes será adequadamente defendido pelo *representative plaintiff*,¹ que pode ser, inclusive, uma pessoa natural. A visão de classe tanto pode ser restritiva, exigindo-se uma pluralidade de interessados, como ampliativa, contentando-se, a exemplo do que ocorre no Canadá, com apenas dois.² Distinguem-se, assim, dos litígios individuais, já que o autor está sujeito a um filtro judicial, permitindo sejam descartados os casos inapropriados.

A *Verbandsklage* (demanda de associação) germânica encontra raízes no final do século XIX, sendo prevista na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – UWG (Lei contra a Concorrência Desleal) da época, que permitia o seu uso no caso de violação das regras de concorrência por qualquer industrial ou associação de industriais. O instituto avançou no século XX, passando a alcançar, inclusive, a tutela dos interesses violados por medidas oficiais, que não pertencem propriamente ao autor, mas ao público em geral.³ Entre outros diplomas normativos, encontra-se prevista na atual UWG (§13) e na *Bundesnaturschutzgesetz* (Lei Federal de Proteção à Natureza – §29).

No direito brasileiro, os interesses metaindividuais podem ser tutelados, em situações restritas, com o uso da ação popular, passível de ser proposta por

* 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 Cf. MULHERON, Rachael P. *The class action in common law legal systems: a comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 24; e HENSLER, Deborah R. *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand Corporation, 2000, p. 9.

² Cf. TÉTRAULT, McCarthy. *Defending Class Actions in Canada*. Toronto: CCH Canadian Limited, 2002, p. 75-76.

³ DUDEN. *Recht A-Z*. Mannheim: Dudenverlag, 2007, p. 475.

qualquer cidadão, e com o manejo da ação civil pública, que pode ser ajuizada por legitimados específicos e se destina à aferição da responsabilidade pelos danos causados a inúmeros bens e interesses metaindividuais. A Constituição de 1988, em seu art. 129, §1º, adotou um modelo de legitimidade concorrente e disjuntiva, vale dizer, além do Ministério Público, outros legitimados podem manejar a ação, podendo fazê-lo isoladamente.

O sistema brasileiro, diversamente do anglo-saxão, somente permite que pessoas coletivas, públicas ou privadas, se utilizem da ação civil pública: entre as primeiras, além dos entes federados e dos entes da Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito público (*rectius*: autarquias e fundações), estão incluídos o Ministério Público e a Defensoria Pública; entre as últimas, estão os entes da Administração Pública indireta com personalidade jurídica de direito privado (*rectius*: empresas públicas e sociedades de economia mista) e as associações civis.

A peculiaridade do sistema brasileiro é a evidente timidez da sociedade civil no uso dos instrumentos de tutela coletiva. Apesar da legitimidade dos cidadãos e das associações civis, o histórico de demandas propostas não é propriamente um exemplo de ideologia participativa. Em verdade, a esmagadora maioria das ações existentes foi ajuizada pelo Ministério Público, que tem auferido relativo prestígio no ambiente social. O mesmo caminho, em passado mais recente, tem sido trilhado pela Defensoria Pública.

O STF e o povo¹

Ives Gandra*

Há alguns meses, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou pesquisa feita sobre os Poderes que poderiam colocar em risco a democracia. Preocupada com os poderes políticos (Executivo e Legislativo), não deu maior destaque ao STF, cujos resultados veiculados em coluna inferior, em uma das páginas interiores, não foram realçados na manchete. O resultado, todavia, foi assustador: 63% da população entendeu que a Suprema Corte coloca em risco a democracia no Brasil.

Tenho me utilizado, em palestras e conversas, dessa pesquisa, pela preocupação que me causa ver a Instância Maior da justiça brasileira ser assim avaliada pelo povo brasileiro.

Em conversas que costumo ter com pessoas menos favorecidas da população, a percepção é de que a Suprema Corte está agindo politicamente, que decide de acordo com suas convicções políticas e não com o fazer justiça. Dizem que a Suprema Corte solta famosos narcotraficantes, condena o presidente Lula por corrupção e depois, por “firulas jurídicas” – a expressão não é minha, mas de pessoas não versadas em Direito –, absolve-o, não permitindo que as provas com base nas quais foi condenado em quatro instâncias possam ser utilizadas, a fim de que aqueles crimes reconhecidos por quatro Instâncias sejam esquecidos e ele possa ser, de novo, presidente. E, para isto, o STF, que possui sete ministros indicados pelo partido do ex-presidente Lula, só persegue, nas redes sociais, o presidente e os amigos deste, ou seja, os conservadores do país.

Nem falo da condenação do Deputado Daniel Silveira, que deveria ser punido pela Câmara por falta de decoro, e *não* pelo Pretório Excelso, hoje com polêmica aberta sobre o indulto presidencial concedido.

É difícil explicar para quem não conhece os infinitos recursos que o direito de defesa no Brasil possibilita a quem tiver condições de usá-los que não há “firulas jurídicas”, mas apenas o uso de procedimentos judiciais, podendo os magistrados, se adotarem a corrente doutrinária do consequentialismo jurídico, pelo qual os fins justificam os meios, acrescentar à complexidade do processo judicial a sua pessoal interpretação, muitos reescrevendo textos constitucionais ou legais na convicção de que é o melhor que poderiam fazer naquele momento para a cidadania.

Embora nenhum deles tenha sido eleito pelo povo, muitos deles entendem, pelo neoconstitucionalismo dominante na Corte, que podem representar melhor a vontade popular do que aqueles a quem os eleitores outorgaram esta missão.

¹ Artigo publicado originalmente na *Revista Aeronáutica*, nº 315, abr./jun. 2022.

* Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP. Professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

Trago essas considerações para a Revista da Aeronáutica, cujas páginas frequente, de tempos em tempos, há mais de 10 anos, pois, quando da condenação de Daniel Silveira, pela manhã, à saída da missa, fui novamente interpelado por algumas pessoas, entre as quais um professor de karatê e um morador de rua, questionando a razão pela qual perigosos narcotraficantes e saqueadores do Tesouro estão soltos - sendo que houve a devolução pelos corruptores de bilhões de reais -, e o deputado, por uma manifestação política contra o STF, foi condenado a oito anos de prisão. “Quem lesou a pátria está solto e quem falou apenas contra o STF está preso”, disseram.

Outro dia, em palestra, durante os debates, um dos eminentes interlocutores perguntou-me se teria mais respeito que admiração pelos ministros, em face de sempre elogiar seus conhecimentos e idoneidade. Respondi-lhe que, ao contrário, tinha mais admiração, por conhecer seu valor doutrinário e escritos, do que respeito, por ver suas decisões que levaram àquela dantesca pesquisa da *Folha*, que considerava que 63% do povo crê que o STF está pondo em risco a democracia no Brasil.

Como podem ver os meus poucos leitores, se chegaram até aqui, o meu objetivo é apenas levar as autoridades dos três Poderes a refletirem sobre esta sensação que começa a invadir a população brasileira de que o STF está agindo politicamente e interferindo no processo eleitoral a favor de um dos candidatos, que fora resgatado da improbidade administrativa que praticou - não obstante ter sido reconhecida por três tribunais e um magistrado -, para derrotar o atual presidente.

Como sempre tive a melhor das impressões do nosso Tribunal Maior, nos 63 anos de advocacia em que convivi com brilhantes e cultos magistrados, perante os quais o próprio governo militar se curvava, impressão esta que sempre mantive pelos atuais julgadores, muito embora muito mais jovens do que eu, escrevo estas desconfortáveis linhas em um apelo de velho professor e advogado: que procurem voltar a fazer do STF a instituição que sempre foi, a mais respeitada do Brasil, mesmo no tempo do regime de exceção, pela qualidade dos ministros que a compunham.

Se o STF voltar a ser o poder técnico, e não político, de fazer respeitar a Constituição, deixando aos poderes representativos do povo, que são, portanto, eleitos por vontade popular, a condução dos destinos do país, voltará a ter no coração dos brasileiros a mesma imagem que, no passado, o Pretório Excelso sempre teve. Como alguém que apenas foi advogado e professor universitário de Direito em toda a sua vida, é o que ardentemente desejo.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Breve reflexão filosófica sobre a guerra como eclipse do Direito

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução. A sabedoria “ética” de Spinoza. 2. O Direito Internacional e o trágico panorama de uma guerra. 3. A importância da *soberania popular*: o povo escolhe livremente seus governantes. 4. Conclusão. Voltando a Spinoza. Bibliografia.

Resumo

O propósito deste artigo é refletir sobre a guerra como eclipse do Direito.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on war as Law's eclipse.

Palavras-chave: Guerra. Direito Internacional. Soberania Popular. Spinoza. Maquiavel.

Keywords: *War. International Law. Popular Sovereignty. Spinoza. Maquiavel.*

1. Introdução. A sabedoria “ética” de Spinoza

O grande Spinoza, na Proposição 35 da Segunda Parte do seu livro “Ética”, afirma que “A falsidade consiste na privação de conhecimento que as ideias inadequadas, ou seja, mutiladas e confusas, envolvem”. E, no Escólio, ele explica que “Os homens enganam-se ao se julgarem livres, julgamento a que chegam apenas porque estão conscientes de suas ações, mas ignoram as causas pelas quais são determinados. É, pois, por ignorarem a causa de suas ações que os homens têm essa ideia de liberdade.” (Spinoza, 2007: 127)

Pretendemos, neste sucinto artigo, refletir sobre a guerra que surgiu recentemente em um mundo ainda abalado pelos efeitos da pandemia. Por isso é que essa Proposição Spinoziana me pareceu adequada tanto para os que apoiam o conflito armado como para a maioria que o repele. Se nos ativermos à uma verdade maior que, no campo jurídico, poderíamos denominar “direitos humanos”, qualquer guerra não

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-RIO.

poderia mais existir porque as “causas” de qualquer ação bélica esbarrariam, de pronto, no total desrespeito à vida humana, abarcando, também, os bens necessários à sua sobrevivência. Logo, qualquer movimento em direção à declaração de uma guerra seria de pronto rechaçado pelos governantes ou por qualquer cidadão consciente já que não poderiam, de forma alguma, ignorar as verdadeiras “causas subjacentes” à ação bélica.

A evolução da humanidade para um estágio civilizatório mais avançado foi se alicerçando através da criação de institutos jurídicos que, dentro de uma coerência racional lógica, coíbe, através de leis rígidas, qualquer atentado à vida de um cidadão e até mesmo contra a sua propriedade, estabelecendo os limites de liberdade garantidores de uma paz social duradoura. Se o homicídio, por exemplo, é sempre punido com penas elevadas como admitir-se um extermínio em massa de uma população indefesa? A incoerência se torna gritante.

Fato é que o Direito, nos seus diversos ramos, tenta organizar essa gigantesca miríade de atividades humanas elaborando normas abstratas que passam a figurar como “manuais de instrução” para o comportamento individual adequado visando a que cada ser humano tenha um preparo mínimo para a vida em sociedade. Conclui-se, portanto, que qualquer guerra não se justifica porque as “causas” não condizem com a *condição humana* e não podem, destarte, ser ignoradas pelo cidadão consciente.

2. O Direito Internacional e o trágico panorama de uma guerra

Segundo Celso Lafer:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 217-A (III) de 10 de dezembro de 1948, foi um acontecimento histórico de grande relevância. Ao afirmar, pela primeira vez em escala planetária, o papel dos direitos humanos na convivência coletiva, pode ser considerada um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional.

Se fizermos um paralelismo com a música, a “abertura” da Declaração é imponente, grandiosa e até mesmo comovente. É como se a grande orquestra da humanidade, em um coral gigantesco, proferisse em alto e bom som o seguinte mantra:

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional

e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

Artigo 1º- Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º- Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Atente-se para o fato de que a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” é de 1948, gerada, portanto, três anos após o término da Segunda Guerra Mundial! Mas a humanidade não aprendeu a lição e, nos dias de hoje, em pleno século 21, continuamos a “assistir”, ainda que a distância, mas em tempo real, cenas absurdas de destruição e de violência varrendo do mapa, cidades e dizimando populações indefesas em uma guerra que chamaria de absurda e desumana.

O atraso espiritual do ser humano chega a ser chocante e desesperador. Quando se imagina uma guerra em que homens armados atiram contra pessoas indefesas levando-as a uma morte prematura, desumana e absurda, percebemos que ainda estamos em um estágio que nos faz remontar ao tempo das cavernas. Na verdade, acho que no tempo das cavernas ainda havia alguma justificativa para os atos violentos porque entrava em cena a fome, a necessidade imperiosa de se buscar alimentos para a sobrevivência. Mas agora! Qual o significado dessa matança interminável, dessa sede de vingança, desse derramamento de sangue inútil? A conquista de território, a ganância do poder, o que mais pode justificar tanto absurdo?

É possível imaginar a insensibilidade dos responsáveis pelas ordens de comando lançadas para o recrudescimento dos ataques terrestres, marítimos e aéreos, perpetrados por seus “guerreiros.” Nesse mesmo *flash* do imaginário, vislumbra-se um anfiteatro confortável e altamente sofisticado, situado bem longe do cenário de guerra, guarnecido com tecnologia de última geração, onde esses “gestores de operações bélicas” assistem ao vivo e a cores as barbáries perpetradas por seus comandados; muitos deles, inocentes úteis que sequer atinam com o propósito de estarem no campo de batalha aniquilando semelhantes.

A mídia, em todas as suas expressões, propala as notícias trágicas, mostrando cenas dos massacres e das reuniões formais de executivos estilizados, declamando

frases bonitas e propondo planos irrealizáveis. Ainda se pode encontrar isoladas e inócuas manifestações de protestos nas ruas de algumas cidades, repelidas (ou não) pelas polícias locais, mas sem qualquer possibilidade de atingir corações e mentes dos responsáveis pela carnificina. Eles são os *deuses* e é aqui mesmo, na terra, que eles pretendem conquistar tudo o que podem em uma espécie de compulsão pelo poder, pelo dinheiro e pela fama. São territórios que simbolizam bens que aumentam seu prestígio político e a extensão de seu poder de mando; são armas que dão lucro a grandes fábricas que existem para inventar e produzir artefatos, cada vez mais sofisticados, para o aniquilamento de outros seres humanos.

O Deus, que parece não existir, se manifesta justamente naquelas pessoas que se revoltam com tanta injustiça e que clamam por um basta para toda essa atrocidade. O fato é que o ser humano não evoluiu espiritualmente. Ele continua aliado ao ódio, à raiva, ao conflito para poder sobreviver compulsivamente. Eles continuam se apegando a símbolos falsos como bandeiras, exércitos, brasões e honrarias. O que se constata, de uma forma resumida, é que os grandes “jogadores de xadrez” (com a utilização de peões de carne e osso) estão afastados do mundo real, movimentando suas peças em grandiosos “tabuleiros”, servindo-se das melhores bebidas e dos prazeres mundanos mais apurados, enquanto jogam as suas partidas macabras. Em resumo: a descartabilidade dos mais frágeis, como as vítimas civis e os próprios “soldadinhos de chumbo”, atirando a esmo no inimigo desconhecido, nos *fronts* das batalhas travadas. E o número de mortos e de mutilados vai aumentando, dia a dia, enchendo hospitais superlotados e enfatizando a mediocridade humana nessa passagem efêmera aqui pela terra.

O que causa espanto é saber que ainda existe, no mundo de hoje, normas jurídicas que se aplicam às guerras! As “Convenções de Genebra”, por exemplo, traçam os limites legalmente toleráveis e intoleráveis nos conflitos armados como se disciplinassem, através de regras rígidas, como as forças armadas devem se comportar nas suas atuações de “matança” e de destruição material.

No *site* da CICV – Comité Internacional da Cruz Vermelha, pode-se ler um “panorama” das quatro Convenções de Genebra de 1949. Eis o que se pode destacar, em resumo, dessas Convenções:

- . *A I Convenção de Genebra protege os soldados feridos e enfermos durante a guerra terrestre.*
- . *A II Convenção de Genebra protege os militares feridos, enfermos e náufragos durante a guerra marítima.*
- . *A III Convenção de Genebra aplica-se aos prisioneiros de guerra.*
- . *A IV Convenção de Genebra outorga proteção aos civis, inclusive em território ocupado (verbis).*

Um número infindável de artigos que, na sua essência, reconhece juridicamente a existência de guerras e regulamenta as regras que devem ser obedecidas pelos “jogadores”.

3. A importância da *soberania popular*: o povo escolhe livremente seus governantes

Para uma breve exposição sobre “Soberania Popular”, vamos buscar exemplo na Constituição Federal Brasileira de 1988, que a consagra, expressamente, no parágrafo único do seu artigo 1º: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

A primeira impressão que exsurge é a de que o texto consagra um dogma de fé inexpugnável. Se repetido várias vezes o dispositivo, ele se transforma em uma oração. Infelizmente, uma oração que pode conduzir a lugares sombrios e que pode beneficiar tão somente e, na maior das vezes, um grupo de privilegiados, ou seja, os denominados “políticos profissionais”, termo cunhado pelo saudoso jurista Luiz Flávio Gomes.

Ainda que essa “soberania popular” seja alcançada pelo voto direto de cada eleitor, o conjunto da obra pode se mostrar desequilibrado desde o início do processo eleitoral. O *marketing* político nem sempre é democrático e favorece, na maior parte das vezes, os que já nasceram nas classes privilegiadas ou que já tenham conseguido um potencial econômico-financeiro privilegiado. Os políticos que surgem nas periferias de grandes centros urbanos já trazem consigo um carisma conquistado pela empatia, pela palavra fácil ou pelo sucesso obtido em áreas totalmente diversas da “ciência política” propriamente dita. Podem ser cantores e artistas de renome ou excelentes jogadores de futebol, por exemplo. Ou fazem parte de igrejas excêntricas onde conseguiram ascender a púlpitos e, através de uma retórica erística, acabaram recebendo a unção de bem-aventurança. O grande filósofo Schopenhauer descreve muito bem a *dialética erística* no seu excelente livro “A arte de ter razão.”

E quem são os eleitores? Em países onde reina a desigualdade social e onde os direitos humanos básicos são acintosamente desrespeitados, só se pode esperar a predominância do voto inconsciente. Ainda que a propaganda eleitoral seja gratuita e presumidamente igualitária, o poder dos maus políticos consegue conspirar, através dos meios mais sórdidos, a consciência dos oprimidos.

O grande risco que se corre – e isso vale para todas as nações, mesmo as ditas democráticas – é a escolha, para o cargo presidencial, de algum megalomaniaco que, em um surto continuado de empoderamento, decida, através da propagação das hoje conhecidas *fake news*, projetar no imaginário de ingênuos e de inocentes úteis ideias paranoides e absurdas, construindo um mundo fantasmagórico paralelo destituído de veracidade. E obviamente, esse líder patológico poderá contar com o apoio de forças militares para a consecução, por exemplo, de invasões violentas a países vizinhos ou mesmo geopoliticamente afastados, dando azo a guerras de consequências nefastas, principalmente para a população civil. E essas atrocidades

podem ter lugar no próprio país que governa, dando origem a ditaduras longas e castradoras dos direitos humanos básicos.

Aliás, bastante recomendável a leitura do livro “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel, porque nele podemos encontrar estratégias, comumente chamadas de *maquiavélicas*, utilizadas pelos *experts* em política de manipulação popular. Segundo o Professor José Nivaldo Junior, “A atividade política, na ótica maquiaveliana, é coisa para profissionais, com dedicação exclusiva.” (Nivaldo Junior 2019: 71)

Para que tenhamos uma noção da atualidade dos escritos de Maquiavel, trazemos à colação excertos autoexplicativos destacados pelo supracitado professor: “Os homens mudam de governantes com grande facilidade, esperando sempre uma melhoria. Essa esperança os leva a se levantar contra os que governam, o que é um engano, pois a experiência demonstra mais tarde que a mudança foi para pio.” (ibidem: 58)

“Um príncipe inteligente nunca permanece ocioso nos tempos da paz, mas, com habilidade, procura formar cabedal para poder utilizá-lo na adversidade, a fim de que, quando mudar a fortuna, se encontre preparado para resistir.” (ibidem: 71)

“Os Estados bem organizados e os príncipes hábeis procuram não provocar os grandes e satisfazer a massa, conservando-a contente mesmo porque esse é um dos mais importantes assuntos de que um príncipe tenha que tratar.” (ibidem: 77)

Para garantir a simpatia geral, para tratar bem os nobres e não se fazer odiar pelo povo, os príncipes devem seguir aquela que o próprio Maquiavel denominou “regra notável” e que se transformou em princípio básico do marketing administrativo: os príncipes devem delegar a outras pessoas as tarefas impopulares e conceder os favores pessoalmente. E não devem vacilar em punir exemplarmente um auxiliar, mesmo que este lhe seja fiel e não tenha culpa quando as coisas andam mal e é preciso sacrificar um culpado para aplacar a fúria coletiva. (ibidem:77)

“O príncipe que deseja manter seu domínio é forçado muitas vezes a praticar o mal, pois quando o partido que o apoia é corrupto, precisa acomodar-se a ele e satisfazê-lo, e, nesse caso, as boas obras serão inconvenientes.” (ibidem:77)

Surge, afinal, a questão de se apontar quem seriam os personagens ideais para liderar as instituições e o próprio Estado. Quem seriam aqueles incumbidos de elaborar as leis e de ministrar a justiça, realizando a tão difícil comparação entre os sempre diferentes? Lévinas afirma que “devido ao facto de eu estar diante do próximo e do terceiro, é preciso que eu compare, que pese e sopeso. É preciso que eu pense. É então preciso que eu tome consciência. O saber aparece aqui. É preciso que eu seja justo. Este nascimento da consciência, do saber, da justiça, é igualmente nascimento da filosofia como sabedoria do amor.” (Levinas, 1993: 198) Não seriam os filósofos os mais aptos para o exercício das funções estatais mais relevantes? E aí recorre-se a Platão:

Se os filósofos não governarem a cidade ou se aqueles a quem agora chamamos reis ou governantes não cultivarem verdadeira e seriamente a filosofia, se o poder político e a filosofia não coincidirem nas mesmas pessoas e a multidão dos que agora se ocupam exclusivamente de uma ou da outra não for rigorosamente impedida de o fazer, é impossível que cessem os males da cidade e até os do gênero humano. (Rep., V, 473 d) (Abbagnano, 2006: 113)

4. Conclusão. Voltando a Spinoza

E voltando a Spinoza, por mais que exista, no mundo, normas de conduta consolidadas, o fato é que deve ser imputada ao “homem” a provocação dessas “ideias inadequadas, ou seja, mutiladas” que acabam desvirtuando e até mesmo desconstruindo uma ordem – internacional ou nacional – que teria o condão de propiciar uma “liberdade” autêntica, tendo como conteúdo a fraternidade e o respeito ao próximo, pilares básicos de sociedades verdadeiramente livres.

Observe-se que, de acordo com Spinoza, começa no “homem” – individualmente tomado – a “ignorância das causas” que ensejam ações altamente prejudiciais à existência da espécie humana, influenciando negativamente na liberdade de cada um de nós. E pelo somatório de tantas vozes dissonantes e incoerentes, a energia global acaba se tornando cada vez mais contaminada e as possíveis soluções jurídicas existentes que, em tese, poderiam evitar o desencadeamento de episódios absurdos, como as guerras, se tornam inoperantes e impraticáveis.

A propósito de como esse processo de conta-gotas funciona, nosso grande escritor Machado de Assis, nos mostra como se pode deformar o caráter de um jovem pelos conselhos abjetos do próprio pai. Destaco o excerto do conto “Teoria do Medalhão” para ilustrar:

Melhor do que tudo isso, porém, que afinal não passa de mero adorno, são as frases feitas, as locuções convencionais, as fórmulas consagradas pelos anos, incrustadas na memória individual e pública. Essas fórmulas têm a vantagem de não obrigar os outros a um esforço inútil. Não as relaciono agora, mas fá-lo-ei por escrito. De resto, o mesmo ofício te irá ensinando os elementos dessa arte difícil de pensar o pensado. Quanto à utilidade de um tal sistema, basta figurar uma hipótese. Faz-se uma lei, executa-se, não produz efeito, subsiste o mal. Eis aí uma questão que pode aguçar as curiosidades vadias, dar ensejo a um inquérito pedantesco, a uma coleta fastidiosa de documentos e observações, análise das causas prováveis, causas certas, causas possíveis, um estudo infinito das aptidões do sujeito reformado, da natureza do mal, da manipulação do remédio, das circunstâncias da aplicação; matéria, enfim, para todo um andaime de palavras, conceitos e desvarios.

Tu poupas aos teus semelhantes todo esse imenso aranzel, tu dizes simplesmente: Antes das leis, reformemos os costumes! - E esta frase sintética, transparente, límpida, tirada ao pecúlio comum, resolve mais depressa o problema, entra pelos espíritos como um jorro súbito de sol.

Pobres de nós, todos mortais, todos sujeitos ao desaparecimento. Só nos resta a fé. A fé de que podemos ser muito mais do que espectadores desse teatro do absurdo, de que existe uma realidade paralela que nos salva dessa aflição. O nojo que toda essa realidade mórbida acarreta se dissolve na certeza de que a espiritualidade existe e que essa nossa revolta nada mais é do que fruto dela. Mas falar de espiritualidade no meio intelectual é se tornar piegas e colocar em risco a própria validade científica de um texto. Como bem destacado por Jung:

Por causa da mentalidade científica, nosso mundo se desumanizou. O homem está isolado no cosmos. Já não está envolvido na natureza e perdeu sua participação emocional nos acontecimentos naturais que até então tinham um sentido simbólico para ele... Nossa comunicação direta com a natureza desapareceu no inconsciente, junto com a fantástica energia emocional a ela ligada. (Jung, 2015:98)

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia, vol. 1*. Trad. Antônio Borges Coelho; Franco de Sousa; Manuel Patrício. 7ª ed. Lisboa: Editorial Presença, (2006).

JUNG, C.G. *Espiritualidade e Transcendência* (seleção e edição de Brigitte Dorst); tradução da Introdução de Nélio Schneider. 1ª ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, (2015).

LEVINAS, Emmanuel. *Deus, a Morte e o Tempo*. Trad. Fernando Bernardo. Coimbra: Almedina, (1993).

NIVALDO JUNIOR, José. *Maquiavel, o Poder, História e Marketing*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., (2019).

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, (2007).



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



PARECERES



Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

Processo SEI nº 20.22.0001.0021338.2021-76

Origem: Observatório de Favelas do Rio de Janeiro

Assunto: Solicita autorização para entrevista a subsidiar pesquisa sobre “Violência contra mulheres e letalidade feminina no Rio de Janeiro”

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de expediente instaurado a partir do recebimento do Ofício nº 07/21, da OSCIP – Observatório de Favelas do Rio de Janeiro, no qual solicita autorização para realizar uma entrevista com a Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de modo a colaborar com o estudo em desenvolvimento na referida entidade, cujo objetivo central é compreender dinâmicas de violência contra mulheres (cis e trans) no Rio de Janeiro e os impactos da pandemia de COVID-19 sobre as políticas de prevenção à violência e a rede de proteção a mulheres cisgênero e transgênero.

A pesquisa desenvolvida pelo Observatório de Favelas é de responsabilidade das pesquisadoras Thais Gomes, Natalia Viaba, Isabele dos Anjos e Heloisa Melino, e o projeto de pesquisa foi avaliado e aprovado pelo Comitê de Ética do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IMS/UERJ), com parecer de número: 4.316.133.

O requerimento de autorização para entrevista veio acompanhado de dois anexos: (i) termo de consentimento, a ser assinado pelo agente que será entrevistado, no qual são esclarecidos os objetivos e a justificativa para a realização da pesquisa, bem como as formalidades que serão utilizadas como parâmetros durante a entrevista; e (ii) termo de anuência institucional, dirigido ao responsável pela autorização da entrevista junto à Instituição.

O requerimento inicial foi dirigido ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que encaminhou os autos à Chefia Institucional, requerendo orientação e apoio para o preenchimento dos formulários acima citados.

Os autos foram encaminhados à Assessoria Executiva, que solicitou a análise por esta Consultoria Jurídica.

II

Como se constata pela justificativa do projeto de pesquisa apresentado, o estudo realizará entrevistas com diversos profissionais que atuam na rede pública e privada de proteção e defesa de direitos das mulheres, bem como especialistas na temática de gênero. Acerca desse fato, três aspectos podem ser considerados quanto à liberalidade de a Instituição autorizar a entrevista que tem por fim subsidiar projeto de estudo em desenvolvimento pela OSCIP – Observatório de Favelas, aprovado pelo Comitê de Ética do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O primeiro diz respeito ao interesse institucional envolvido no projeto de estudo, especialmente os resultados dele advindos, no que diz respeito ao aperfeiçoamento das redes de proteção. O segundo é a possibilidade de a Instituição, a partir da colaboração do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, facultar sua experiência Institucional no trato dessa importante temática e colaborar com olhar diferenciado de quem participa *in loco* dessa problemática. O terceiro, por derradeiro, diz respeito à entrevista propriamente dita, a ser realizada com a Coordenadora do CAO de Combate à Violência Doméstica e Familiar.

Em relação ao primeiro aspecto, é nítido o interesse institucional no desenvolvimento da pesquisa em questão, que tem por objetivo *investigar as dinâmicas de violência - letal e não letal - que atingem mulheres (cisgênero e transgênero) no Rio de Janeiro e os impactos da pandemia de COVID-19 nas políticas preventivas e na rede de proteção a mulheres em situação de violência*. Como se denota pelo ofício inicial, o interesse da pesquisa é direcionado objetivamente para o CAO a ser entrevistado, a demonstrar que a pesquisa a ser realizada converge com o trabalho ministerial. Além disso, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro limitar-se-á a oferecer esse *locus* da pesquisa, sem se comprometer com a consecução dos seus objetivos ou em oferecer qualquer outro suporte ao pesquisador, inclusive financeiro. Portanto, sob essa perspectiva, não se identifica qualquer óbice à anuência do Ministério Público para a entrevista a ser concedida.

Quanto ao segundo aspecto, nota-se que o pesquisador está interessado diretamente no trabalho e na experiência do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgão que agrega a especificidade necessária a colaborar com a pesquisa. Também nesse aspecto, não se considera presente qualquer óbice ao deferimento do requerimento formulado, uma vez que o que pretende o requerente é autorização para uma simples entrevista, o que não envolve qualquer cautela acerca do fornecimento de dados sigilosos, pois a entrevista será concedida pela própria Coordenadora do CAO e não envolve o fornecimento de documentos.

Por fim, no que diz respeito ao terceiro aspecto, nesse caso específico, o acesso à pessoa da entrevistada deve ser precedido de contato e agendamento prévio com a Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

III

Em razão do exposto, esta Consultoria Jurídica não vislumbra qualquer impropriedade no requerimento formulado pela OSCIP – Observatório de Favelas do Rio de Janeiro, de concessão de autorização para a realização de entrevista. Quanto ao preenchimento dos termos que acompanham o requerimento de entrevista, devem ser subscritos pela própria pessoa a ser entrevistada, nesse caso, a Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2021.

EMERSON GARCIA
Consultor Jurídico

PARECER DA ASSESSORIA

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ: nº 2016.00423290

Assunto: Exceção de Suspeição e de Impedimento de Membro do Ministério Público

Excipiente: Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Santa Maria Madalena

Excepto: Promotor de Justiça (***)

PARECER DA ASSESSORIA

ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO formulada pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Santa Maria Madalena, em face do Membro do Ministério Público titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cordeiro, Dr. (***). Inexistência nos cenários nacional e estadual de previsão legal que autorize ao Chefe do *Parquet* fluminense atuar em casos de suspeição arguida por terceiro interessado no âmbito de inquérito civil. Discussão envolvendo competência e atribuição de órgãos públicos necessariamente deverá estar balizada pelo princípio da legalidade, sendo inviável o emprego de analogia. O afastamento de um membro do Ministério Público da presidência de um inquérito civil deve operar-se segundo regras claras e previamente estabelecidas. Precedentes do Conselho Nacional do Ministério Público e do Supremo Tribunal Federal. Fato sindicado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Ministério Público Estadual que não constatou a prática de falta funcional. Parecer no sentido de que não seja conhecida a exceção de suspeição formulada, devolvendo-se o feito à 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cordeiro, para nele prosseguir oficiando o Promotor de Justiça Dr. (***), ou outro membro que eventualmente ali estiver lotado.

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

Trata-se de representação formulada pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Santa Maria Madalena, arguindo a suspeição do Membro do Ministério Público titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cordeiro, Dr. (***), pelas razões elencadas às fls. 02/06. Instruindo, vieram os documentos de fls. 07/18.

Parecer à fls. 21, exarado pela Assistência desta Assessoria Institucional sugerindo a extração de cópias à CGMP, como solicitado pelo representante, a fim

de perquirir-se sobre eventual falta funcional, o que foi deferido (fls. 22) e devidamente cumprido (fls. 22v.).

Por determinação do senhor Procurador-Geral de Justiça (fls. 24) os autos foram remetidos ao CAO de Defesa da Cidadania que entendeu não ter atribuição para atuar neste procedimento (fls. 25/26).

Novo parecer à fls. 28/30, exarado pela Assistência desta Assessoria Institucional conhecendo da representação ao argumento de que, embora o *iter* procedimental ainda não esteja regulamentado, a doutrina, capitaneada por Emerson Garcia e Robson Godinho, defende essa possibilidade, tese também acolhida pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MPSP que, inclusive, editou o Ato Normativo nº 484-CPJ de 05/10/2006 nesse sentido, apontando, por final, o Projeto de Lei nº 233/2015 que tramita no Senado Federal.

Com essas considerações sugeri a manifestação do excepto, o que foi deferido pelo senhor Sub-Procurador-Geral de Justiça.

Instruindo, vieram os documentos de fls. 31/55.

Manifestação do excepto, às fls.58, negando a incompatibilidade e informando que a CGMP arquivou liminarmente a mesma representação, conforme demonstrou com a juntada dos documentos de fls. 59/66.

Esse é o breve relatório.

DA ADMISSIBILIDADE

Cuidando-se de *exceção de suspeição* deduzida em sede de inquérito civil e, portanto, no *âmbito extrajudicial*, imperioso é que se clarifique acerca da existência, ou não, de previsão legal conferindo atribuição para que a Chefia da Instituição se pronuncie a respeito.

O art. 43, VII da Lei nº 8625/1993¹ (LOMP) determina constituir dever do membro ministerial declarar-se suspeito nos feitos em que atue. Nessa mesma direção, o art. 124, § Único da LC nº 106/2003² do ERJ (LOMPERJ) ainda declina o procedimento a ser adotado para o caso de declaração de auto suspeição pelo membro.

¹ Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

.....
VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;

² Art. 124 - O membro do Ministério Público dar-se-á por suspeito quando:

.....
II - houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar;

.....
Parágrafo único - O membro do Ministério Público, *na hipótese prevista no inciso II deste artigo, comunicará sua suspeição ao Procurador-Geral de Justiça, em expediente reservado.* Neste caso, poderá o Procurador-Geral de Justiça, como medida compensatória, designar o que se declarou suspeito para atuar em procedimentos de atribuição do órgão tabelar, havendo expressa concordância deste, sem direito à percepção de qualquer vantagem correlata.

Especificamente em relação ao inquérito civil, a respectiva norma de regência anota no art. 5º, *caput*, da Resolução GPGJ nº 1769/2012³ que o Promotor de Justiça não deverá instaurar o IC se estiver sob o signo da suspeição.

Noutra borda, com vistas a assegurar a continuidade dos serviços, é cometido ao Chefe do *Parquet* designar membros do Ministério Público em substituição àqueles declarados suspeitos para atuar nos feitos de sua atribuição (art. 10, IX, “f”, da Lei nº 8625/1993⁴ e 11, XV da LC nº 106/2003⁵ do ERJ).

Com o intuito de balizar as regras de tabelamento com ênfase nos casos de impedimento, suspeição, falta ocasional e afastamento por prazo exíguo do membro titular ou designado, foi editada a Resolução GPGJ nº 1.876/2013.⁶

Com efeito, não se extrai de nenhum destes textos legais normativa dirigida à *suspeição arguida por terceiro interessado*, ao contrário, a única vez em que há regramento expresso à atuação do senhor Procurador-Geral de Justiça quanto à designação do substituto, a referência é marcadamente direcionada à figura da *declaração de auto suspeição*.

Mesmo a resolução que regulamenta o tabelamento, ao longo de seus quinze artigos, inúmeros parágrafos e incisos, não dispensa uma só linha respeitante à *suspeição arguida por terceiro interessado*, mas, tão somente, para as designações decorrentes da não confirmação do arquivamento de inquéritos civis ou policiais (que se dá automaticamente em razão de critério objetivo) e da declaração de auto suspeição, como se infere, respectivamente, dos arts. 1º, § 3º⁷ e 12, §§ 2º e 3º.⁸

³ Art. 5º, *caput*: Caberá ao membro do Ministério Público com atribuição para a propositura da ação civil pública a instauração de inquérito civil, *ressalvadas as hipóteses de impedimento ou suspeição*.

⁴ Art. 10. *Compete ao Procurador-Geral de Justiça:*
IX - *designar membros do Ministério Público para:*

f) *assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste;*

⁵ Art. 11 - *Compete ao Procurador-Geral de Justiça:*

XV - *conferir atribuição a membro do Ministério Público para atuar em caso de suspeição ou impedimento, atendendo, na medida do possível, à correspondência entre os órgãos de execução;*

⁶ CONSIDERANDO a *necessidade de disciplinar o tabelamento entre Promotorias de Justiça, nos casos de impedimento, suspeição, falta ocasional e afastamento por prazo exíguo do membro titular ou designado;* Art. 1º - *Ocorrendo falta ocasional, impedimento ou suspeição de membro do Ministério Público, titular ou em exercício em Promotoria de Justiça, o desempenho da atribuição será definido de acordo com as regras desta Resolução.*

⁷ Art. 1º, § 3º - *As designações decorrentes da não confirmação do arquivamento de inquéritos civis ou policiais observarão, preferencialmente, as regras previstas nesta Resolução.*

⁸ Art. 12 - *Cessada a causa de impedimento ou suspeição por qualquer motivo, restabelece-se automaticamente a atribuição do órgão de execução tabelado.*

§ 2º - *Cabe ao membro do Ministério Público declinar, nos autos do procedimento ou do processo, o fundamento do impedimento ou da suspeição, adotando as providências para que sejam remetidos ao órgão tabelar.*

§ 3º - *O membro do Ministério Público, quando houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar, comunicará sua suspeição ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá, como medida compensatória, designar o que se declarou suspeito para atuar em procedimentos de atribuição do órgão tabelar, havendo expressa concordância deste, sem direito à percepção de qualquer vantagem correlata.*

Pode-se afirmar, então, que *não existe nos cenários nacional e estadual previsão legal que autorize ao Chefe do Parquet fluminense atuar em casos de suspeição arguida por terceiro interessado no âmbito de procedimento extrajudicial, notadamente no inquérito civil.*

Como destacado às fls. 28/29 do parecer constante destes autos, Emerson Garcia⁹ admite a possibilidade de arguição da exceção de suspeição e, na sua dicção:

[c]aso a suspeição não seja voluntariamente reconhecida pelo membro do Ministério Público, entendemos que *incidirá a regra do art. 10, IX, g, da Lei n. 8626/1993*, exigindo-se, sucessivamente, que o Procurador-Geral de Justiça reconheça a sua presença, de ofício *ou por provocação do interessado*, designe outro membro do Ministério Público para o exercício da função e, *antes que sua decisão produza efeitos na realidade, submeta-a à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que poderá ratificá-la ou não. Caso não seja ratificada, somente restará ao interessado submeter a questão ao Poder Judiciário.* (grifou-se)

Apesar de sua posição, é sintomático o fato de o festejado doutrinador não apontar o art. 10, IX, “f”, da Lei nº 8625/1993¹⁰ para solucionar a crise da suspeição arguida – tipo legal naturalmente destinado para o caso –, mas, sim, a alínea “g” do citado art. 10, IX da LOMP.¹¹

Essa postura é claramente indicativa de que *não há moldura legal para que a Chefa Institucional atue nessa hipótese, sendo necessário recorrer a integração da norma visando buscar uma solução para o impasse.*

Não se advoga aqui, é bom que se diga, a impossibilidade de que essa espécie de controle externo não possa incidir em sede de inquérito civil.

Não se olvida, igualmente, que a questão não é pacífica no direito pátrio, contudo, o ponto nodal reside na *inafastável exigência de que haja regras postas sobre o tema, especialmente quanto ao procedimento a ser adotado.*

⁹ GARCIA, Emerson. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 767.

¹⁰ Art. 10. *Compete ao Procurador-Geral de Justiça:*
IX - *designar membros do Ministério Público para:*

.....
f) *assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste;*

¹¹ 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;*

Veja-se que nos Ministérios Públicos onde essa hipótese é admitida, há expressa previsão legal, como no caso citado nos autos em que o MPSP editou o Ato Normativo nº 531/08 CPJ e regulou todo o procedimento a ser adotado, como se vê do disposto nos arts. 25/30 (fls.34)¹².

O que parece inconcebível é que o *afastamento de um membro do Ministério Público da presidência de um inquérito civil possa operar-se mediante o singelo emprego de analogia, senão por regras claras e previamente estabelecidas*. Ora, se as normas de regência preveem que o afastamento no caso de suspeição somente ocorrerá quando o promotor de Justiça assim se auto declarar, será necessária regra positivada para que o mesmo aconteça na hipótese de arguição por terceiro interessado, sobretudo no que tange ao aspecto procedimental.

Em última análise está a falar-se sobre regras de atribuição, em relação as quais deve existir precisa delimitação legal, conforme observa Robson Godinho¹³:

Toda discussão envolvendo competência e atribuição de órgãos públicos *necessariamente está balizada pelo princípio da legalidade e não se deve buscar qualquer outro subsídio que não aquele decorrente do direito positivo*. Estamos em uma seara de política legislativa, não havendo que se falar aqui em conceitos jurídicos fundamentais, como se estivéssemos diante de problemas ontológicos. A controvérsia, na realidade, deve ser resolvida a partir dos conceitos jurídico-positivos: “O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável.” (grifou-se)

¹² Assim também o fez, por exemplo, o MP de Goiás através da Resolução nº 011/2014: CAPÍTULO III DAS INCOMPATIBILIDADES DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 12. O presidente do inquérito civil declarará, em qualquer momento do curso procedimental, a existência de impedimento ou suspeição.

Art. 13. Da mesma forma poderá o impedimento ou suspeição ser arguida pelo interessado ou de quem tenha legítimo interesse na investigação.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, considera-se interessado aquele em face de quem pode ser proposta a ação civil pública ou o requerente da instauração.

Art. 14. A arguição de suspeição ou impedimento, sob pena de não conhecimento, será formalizada em peça própria, acompanhada das razões e instruída com a prova do fato constitutivo alegado.

Art. 15. Recebida, a arguição será atuada em apartado e apensada aos autos principais.

Art. 16. O presidente do inquérito civil lançará, no prazo de 5 (cinco) dias, manifestação fundamentada na qual: I – recusará a suspeição ou impedimento, remetendo os autos, em 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público para deliberação, nos termos regimentais; II – concordará com a alegação, remetendo os autos, imediatamente, ao COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA substituto automático. Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o relator poderá, sendo relevante o fundamento da arguição de suspeição ou impedimento, suspender a tramitação do inquérito civil até o pronunciamento do Conselho Superior do Ministério Público, dando ciência ao presidente do procedimento e ao interessado. Art. 17. Aplicam-se as disposições deste capítulo, no que couber, aos procedimentos preparatórios de inquérito civil, representações ou peças de informação

¹³ GODINHO, Robson Renault. Parecer exarado nos autos do PA nº 2014.00546252 sobre o procedimento MPRJ nº 201300968178 oriundo do CSMP. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 55, jan./mar. 2015, p. 286/289.

O tema já foi objeto de apreciação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, quando, através do Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000183/2008-29, o Município de Eunápolis e outro se insurgiram *contra ato do senhor Procurador-Geral de Justiça do MP da Bahia, Dr. Livaldo Reaiche Raimundo Britto, que indeferiu pedido de exceção de suspeição de Promotor de Justiça exatamente por entender não possuir atribuição para enfrentar a questão ante a ausência de previsão legal.*

O CNMP, pela pena do voto divergente da Conselheira IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS, se manifestou da seguinte forma:

A questão versada nos presentes autos, de suspeição e impedimento de Promotor de Justiça para atuar em determinados feitos, *é intrínseca a atividade funcional do membro do Ministério Público.* Nesse âmbito já não se há falar em possibilidade de atuação deste Colegiado.

Para a hipótese ventilada, o ordenamento processual civil, no art. 312, prevê às partes a alegação de suspeição e impedimento *a ser ajuizada perante o juiz da causa* especificando o motivo da recusa. Assim, *evidencia-se ser a matéria atribuição do Poder Judiciário.*

Ademais, *o procedimento correto para apuração de eventuais descumprimentos dos deveres funcionais do Parquet é a reclamação disciplinar, a qual deverá especificar os atos e motivos que a ensejam.* Entretanto, não é o que ocorre na espécie, devendo os autos serem arquivados de plano. (grifou-se)

Nesses termos, aquele órgão de controle nacional entendeu não conhecer do pedido *por não estar a matéria compreendida no âmbito de sua atuação, arquivando o feito.*

Insatisfeitos com o desfecho do PAC, os interessados impetraram o *Mandado de Segurança nº 27778 junto ao Supremo Tribunal Federal*, tendo a Relatora, Ministra ELLEN GRACIE, após transcrever *in totum* as razões contidas no voto prestigiado pelo CNMP, *indeferido o pedido de liminar* ao argumento de que:

Ressalte-se que o *Conselho Nacional do Ministério Público* é órgão interno do Ministério Público *despojado de função jurisdicional*, incumbido do controle administrativo, financeiro e disciplinar da função ministerial, bem como de zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e de apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros do *Parquet* (art. 130-A, § 2º, II, da Constituição Federal).

É dizer, possui o Conselho Nacional do Ministério Público natureza exclusivamente administrativa, não jurisdicional, devendo pautar o

exercício de seu poder disciplinar por critérios de estrita legalidade, razão pela qual entendo, em princípio, que não lhe competiria apreciar a suspeição do Promotor de Justiça Dinalmari Mendonça Messias, por falta de previsão legal para tal.

Ademais, o voto proferido pela eminente Conselheira Ivana Auxiliadora Mendonça Santos é claro ao apontar qual o procedimento correto para se questionar a atuação dos membros do Ministério Público.

Das informações prestadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, destaco dois pontos que se harmonizam com o meu entendimento em relação ao tema em apreço, *verbis*:

“7. Este Conselho Nacional, agindo no estrito limite de sua competência constitucional, apenas concluiu que a decisão de indeferimento da Exceção de Suspeição proferida pelo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia está em conformidade com os regramentos e sem vícios. Contudo, nunca é demais ressaltar que o CNMP não é esfera recursal dos atos do Procurador-Geral dos diversos ramos do MP e não deve intervir nas suas esferas de discricionariedade, em respeito à autonomia de cada ramo.

8. Bem a propósito, a matéria levada pelos impetrantes para a análise do CNMP em sede de Procedimento de Controle Administrativo não se insere no seu âmbito de atuação, cuja competência é controlar a atividade administrativa e financeira do Ministério Público, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros.” (Fl. 368) (grifou-se).

Ao fim e ao cabo, foi indeferida a inicial do mandado de segurança (com base no art. 10, *caput*, da Lei nº 12.016/09¹⁴) pela nova Relatora, Ministra ROSA WEBER, sob o fundamento de que eventual acolhimento do *mandamus* instauraria, à revelia constitucional, uma instância revisora dos mais variados atos administrativos produzidos pelos diversos órgãos de todos os ramos do Judiciário e do Ministério Público, sendo certo que a previsão constitucional estabelecida no art. 102, I, “r”, da Constituição Federal¹⁵ exclui os casos em que a deliberação proferida pelo CNJ ou CNMP, dentro das competências de tais órgãos, resulta na manutenção dos provimentos administrativos oriundos das instâncias fiscalizadas pelos Conselhos.

¹⁴ Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

A questão também já foi motivo de rechaço por parte dessa Assessoria Institucional¹⁶ que, não obstante ter mencionado que o caso concreto não se subsumia a nenhuma hipótese elencada como suspeição, finalizou dizendo que:

*(...) a Administração Superior não é dotada de atribuição para revisão de pronunciamentos de membros do Ministério Público fluminense, sob pena de violação do princípio do promotor natural, vale dizer, a predeterminação em lei do órgão de execução do Ministério Público para oficiar em determinado processo, administrativo ou jurisdicional, inafastável por ato discricionário do Procurador-Geral, a teor dos arts. 5º, inc. LIII, 127, § 2º, e 128, § 5º, inc. I, b, da Carta Magna, bem assim dos arts. 12, inc. VIII, d, 15, inc. VIII, 23, § 3º, 25, parágrafo único, 26, § 5º, e 73, § 1º, todos da Lei nº 8.625/93 (a.e.: Enunciado nº 1 da Súmula do Entendimento Predominante da Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria Geral de Justiça, DOERJ de 08.12.2003, p. 67), sobretudo na espécie em que os requerentes pretendem, por via inadequada, conforme explicitado, afastar presentante do *Parquet* de determinado processo. (grifou-se)*

Não se perca de vista, ainda, que, conforme referido nas decisões do CNMP e do STF, o problema não transitará *in albis*, porque o fato de um membro ministerial não se auto declarar suspeito (quando incidir a incompatibilidade) constitui falta funcional¹⁷, assim, o interessado poderá valer-se de representação perante a CGMP, como aconteceu no caso vertente, tendo o representado sido sindicado pelo senhor Corregedor-Geral cuja intervenção pode ser vista às fls. 28/66.

De tudo o quanto foi dito, resulta que, *à falta de expressa previsão legal para que o Chefe Institucional atue nos casos de exceção de suspeição em sede de inquérito civil, falece-lhe atribuição para pronunciar-se a respeito*, notadamente porque seria ele quem definiria (criaria) casuisticamente qual seria o procedimento a ser empregado, o que, há de se convir, não se coaduna com o devido processo legal num Estado

¹⁶ Procedimento nº 2012.00070976, cujo parecer foi elaborado pelo Assistente Promotor de Justiça GUILHERME PEÑA DE MORAES.

¹⁷ Lei nº 8625/1993- Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

.....
VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;

LC nº 106/2003 do ERJ - rt. 118 - São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

.....
VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;

Art. 127 - Constituem infrações disciplinares:

.....
II - descumprimento de dever funcional;

Art. 130 - A pena de censura será aplicada por escrito, de forma reservada:

I - em caso de descumprimento de dever funcional previsto no art. 118, I, II, IV, VII e VIII, desta Lei;

Democrático de Direito, sobretudo, quando o que está em jogo é nada menos do que o princípio do promotor natural e sua independência funcional.

Todavia, se, por questão de política institucional, for da conveniência de o senhor Procurador-Geral de Justiça atuar nesses casos, nada obsta a que formule resolução regulamentando o tema já que não há vedação legal a impedir tal opção.

De concluir-se, portanto, que *a presente exceção de suspeição não merece ser conhecida*.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de *não ser conhecida a exceção de suspeição formulada pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Santa Maria Madalena, com vistas à devolução do feito à 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cordeiro, para nele prosseguir oficiando o Promotor de Justiça Dr. (***)*, ou outro membro que eventualmente ali estiver lotado, remetendo-se cópia deste parecer ao excipiente, para ciência.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2017.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref: MPRJ nº 2016.00423290

Órgão de Origem: 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Núcleo Cordeiro

Aprovo o parecer para *não conhecer da exceção de suspeição* formulada pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Santa Maria Madalena. Remetam-se os autos à *2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cordeiro*, com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao excipiente, para ciência. Publique-se.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Cíveis e Institucionais

Peças

• • •

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania – Núcleo Niterói
Inquérito Civil MPRJ 2020.00982978

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE NITERÓI – RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio da Promotoria de Justiça em epígrafe, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 37, *caput*, inciso II e XXI, e parágrafos 2º e 127, *caput* e 129, inciso III da Constituição Federal, bem, como fundamento nas disposições contidas na Lei nº 7.347/85, vem, perante Vossa Excelência, oferecer a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA

em face da

1. **FUNDAÇÃO ESTATAL DE SAÚDE DE NITERÓI**, inscrita no CNPJ sob o nº 34.906.284/0001-00, com sede na Avenida Ernani do Amaral Peixoto, nº 171A, 4º andar, Centro – Niterói/RJ, CEP 24.020-071, representado por **ANAMARIA CARVALHO SCHNEIDER**, Diretora Geral, inscrita no CPF sob o nº 379.621.326-04, com domicílio profissional na sede da Fundação Estatal de Saúde de Niterói;

2. **MUNICÍPIO DE NITERÓI** pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob o nº 28.521.748/0001-59, representado por seu representante legal, situado na Rua Visconde de Sepetiba, nº 987, 6º andar, Centro, Niterói/RJ. CEP 24.020-206, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I. DOS FATOS

Em fevereiro de 2020 foi publicado o Edital nº 01/2020 destinado ao preenchimento de 783 vagas junto ao quadro de recursos humanos na área de saúde do Município de Niterói, bem como à formação de cadastro reserva para preenchimento das vagas que, porventura, fossem autorizadas no futuro.

Da análise do documento observa-se que houve reserva de 10% das vagas para pessoas com deficiência. Contudo, *não houve qualquer menção à reserva de vagas para negros e pardos*.

Nesse ponto específico, impende salientar que em 2019 foi impetrado mandado de injunção em face do Município de Niterói (processo nº 0039038-47.2019.8.19.0002) e, posteriormente, já em 31 de julho de 2020, foi publicada a Lei nº 3.534/2020 que determina a reserva aos negros e pardos de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no Poder Executivo do Município de Niterói, nas entidades de sua Administração Indireta e no Poder Legislativo Municipal. Contudo, o referido diploma trouxe a previsão de que a lei não se aplicaria aos editais de concursos já publicados.

Não pairam dúvidas que a *mens legis* nesse ponto era evitar tumulto no andamento de concursos já iniciados, bem como ilidir atrasos no processo destinado ao recrutamento de recursos humanos, já que, pela natureza da ação afirmativa, sua aplicação deve ser imediata.

Entretanto, em razão das medidas restritivas impostas pelas autoridades para conter o avanço da disseminação do COVID-19 o certame foi adiado, como se observa nas Notas Oficiais nº 07, 08, 10, 11, 12 e 15, *estando atualmente suspensa a aplicação de provas*, que tinha como última previsão serem aplicadas em 21/02/2021 e 07/03/2021.

Recentemente foi publicada a Nota Oficial nº 14 retificando o prazo de pagamento das taxas de inscrição constante do Anexo I da Nota Oficial nº 12, passando a ser de 4 a 18 de janeiro de 2021, permanecendo a *reabertura de inscrições de 4 a 13 de janeiro de 2021*.

Conclui-se, portanto, que o concurso em questão se encontra com a aplicação de provas suspensas, mas teve duas alterações significativas: remanejamento de vagas para o cargo de agentes comunitários de saúde – ACS, conforme Nota Oficial nº 13 e reabertura das inscrições.

Em que pese as alterações promovidas após a publicação do edital do concurso, não se verificou qualquer movimento da Administração Pública para incluir a reserva de vagas para os negros e pardos. E vale mencionar que, instada a se manifestar sobre a questão, a Coordenação de Seleção Acadêmica – COESAC afirmou que o edital já havia sido publicado quando da promulgação da Lei nº 3.534/2020 e que por força do disposto no art. 14, a regra não se aplicaria aos concursos públicos com editais já publicados.

A Administração Pública, apesar de devidamente oficiada, não respondeu tempestivamente os questionamentos formulados pelo *Parquet*.

Diante desse cenário, considerando ainda a natureza e finalidade das ações afirmativas, o Ministério Público busca o socorro do Poder Judiciário para fazer valer a lei de reserva de cotas raciais no âmbito do Município de Niterói.

II. DA LEGITIMIDADE DE AGIR E DO INTERESSE PROCESSUAL

No que concernem à legitimidade ativa *ad causam* e ao interesse de agir, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, como Instituição permanente e

essencial à função jurisdicional do Estado, age na presente demanda em defesa de interesse indisponível da sociedade, nos limites da lei.

De efeito, como é sabido e ressabido, o legislador constituinte de 1988 preocupado com o patrimônio público e a moralidade administrativa na expressão da própria sobrevivência do Estado, outorgou uma legitimação extraordinária (um poder-dever) para que sempre venha a ser perseguida a respectiva proteção em juízo.

Reza a nossa Carta Magna:

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Indiscutível, assim, a pertinência subjetiva da ação, no objetivo maior de aplicação plena das disposições legais e constitucionais que vedam a prática de atos que causam prejuízo ao patrimônio público.

Por sua vez, ressalte-se que nenhuma opção é dada ao órgão agente do Ministério Público a vista do caso concreto, pois, como observa José Marcelo Menezes de Aguiar:

[d]elimitado o objeto do conflito metaindividual de interesses, concluindo-se, ainda, pela individualização da responsabilidade do dano ou ameaça, a ação civil pública deverá ser ajuizada. Esse o real significado da obrigatoriedade da ação civil pública, vale dizer, desde que comprovada a ameaça, ou o efetivo dano, e desde que se conheça o agente causador do dano, ou que ameaça o interesse transindividual, não haverá qualquer juízo de conveniência e oportunidade por parte do Ministério Público: o ajuizamento da ação civil pública torna-se um imperativo. (Ação Civil Pública, p. 92)

No presente caso, está configurada a legitimidade ativa do *Parquet*.

III. DO DIREITO

III. 1. DO CABIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*

Primeiramente, já compete esclarecer que o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* se acolhido por este juízo não gerará efeito erga omnes, mas somente para as partes nesse processo.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao permitir o ajuizamento de ação civil pública que tenha, dentre outros pedidos, a declaração incidental de inconstitucionalidade, desde que os efeitos dessa decisão não gerem efeitos erga omnes, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, portanto, que o controle de constitucionalidade, no caso em comento, será exercido no bojo da solução do conflito de interesses. Deste modo, a discussão de inconstitucionalidade da lei se desenvolverá perifericamente à questão principal da causa e repita-se, mais uma vez, a decisão só gerará efeitos para essas partes.

Sobre essa matéria é cristalina a posição do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI Nº 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital nº 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei nº 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei nº 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal. (RE 424993, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJ 19-10-2007) (grifos deste Promotor)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face

da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina. (RE 411156, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/11/2009, publicado em DJe-227 DIVULG 02/12/2009 PUBLIC 03/12/2009) (grifos postos)

A doutrina também faz coro ao posicionamento:

A questão constitucional pode ser levantada em processo de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetada. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre as partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como visto, a arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública. Quanto a esta última, houve ampla dissensão doutrinária e jurisprudencial acerca da sua idoneidade para o exercício do controle incidental de constitucionalidade, mas prevaleceu o entendimento de ser ele cabível também em ação civil pública, desde que, naturalmente, o objeto da demanda seja a tutela de uma pretensão concreta e não a declaração da tese da inconstitucionalidade da lei. (Barroso, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012. Página 115/116)

Ultrapassada essa questão, cabe agora adentrar ao mérito da inconstitucionalidade apontada.

III.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 14 DA LEI MUNICIPAL Nº 3.534/2020

A questão central da presente ação civil pública baseia-se em princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988, sobretudo na garantia da isonomia material prevista no art. 5º, *caput*, e nos objetivos fundamentais da República, tais como a construção de uma sociedade justa, à redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, vide art. 1º, 3º e preâmbulo da Constituição Federal.

Consoante o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, de forma que lei infraconstitucional não pode diferir o marco inicial dos seus efeitos.

Nessa senda, o artigo 14 prevê acertadamente que a Lei Municipal nº 3.534/2020 entra em vigor na data de sua aplicação, porém a parte final entra em conflito com a Carta Magna ao deixar de lado os editais de concursos já publicados.

Ainda que se entenda que a opção legislativa está relacionada à boa marcha do concurso público, de forma a não criar obstáculos que possam atrasar o seu desenvolvimento regular, *cediço que não poderia limitar a eficácia de um direito fundamental, desrespeitando a legislação municipal vigente que acertadamente determina a reserva das cotas raciais nos concursos públicos, bem como ferindo a Constituição.*

É sabido que, segundo os ensinamentos do ilustre doutrinador José Afonso da Silva, do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade as normas constitucionais podem ser consideradas sob três aspectos: normas de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada.

Quanto à eficácia de uma norma, pode-se dizer que esta se relaciona diretamente ao plano da produção de efeitos normativos, pois de acordo com a doutrina:

A eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (Da Silva, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. rev. e atual – São Paulo: Malheiros Editores. p. 66)

As normas de eficácia plena ou ilimitada caracterizam-se por serem autoexecutáveis, ou seja, possuem aplicabilidade imediata, integral e direta. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação uma vez que criam situações subjetivas desde logo exigíveis. Assim, não dependem e não sofrem qualquer restrição por atos normativos de legislação infraconstitucional, como ocorreu no caso em questão.

Para José Afonso da Silva¹, as normas de eficácia plena conceituam-se ainda como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”

Nesse sentido, considerando que as ações afirmativas possuem caráter de direito fundamental e que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são normas de eficácia ilimitada, não é razoável exigir que tais direitos e garantias condicionem sua concretude às prescrições legislativas, quando ao contrário, a lei ordinária é que deveria se adaptar às prescrições dos direitos fundamentais.

Assim, a parte final do art. 14 da Lei nº 3.534/2020, que determinou a não aplicação da Lei para os editais de concursos já publicados, se mostra *inconstitucional* no momento em que limita indevidamente a eficácia de uma norma de aplicabilidade imediata, diferindo o marco inicial dos seus efeitos.

Repise-se que os direitos fundamentais conclamam *imediata concretização* e, ao deixar de lado os editais de concursos já publicados, o artigo 14 da Lei Municipal acaba por ferir disposição da Carta Magna.

A partir do momento em que a Lei nº 3.534/2020 foi promulgada, e estando o concurso com o andamento das atividades suspensas, cabia a Administração Pública promover a readequação do mesmo para incluir a reserva de 20% das vagas para os negros e pardos, dando a devida efetividade à Lei já promulgada.

Em que pese a publicação do Edital nº 01/2020 tenha ocorrido em fevereiro de 2020, o certame foi adiado em razão do Covid-19 e seu andamento esteve suspenso até outubro do mesmo ano, momento em que as atividades relativas ao concurso foram retomadas, editando-se inclusive novo calendário com novo prazo para as inscrições e realização de provas. Ocorre que no momento de retomada das atividades do certame a *Lei nº 3.534/2020 já se encontrava promulgada*.

Desse modo, *imperioso que se reconheça a inconstitucionalidade* incidenter tantum *da parte final do art. 14 da Lei nº 3.534/2020*, a fim de que se promova a devida adequação do edital para incluir a reserva de vagas para negros e pardos no concurso em questão.

III.3. DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

A questão trazida à apreciação do Juízo se insere no conjunto de prerrogativas inerentes à efetiva e completa fruição dos direitos de cidadania.

A reserva de 20% das vagas para negros e pardos em concursos públicos no Município de Niterói se traduz como um direito fundamental, na medida em que busca promover a igualdade material, efetivando a igualdade de oportunidades no

¹ Da Silva, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. rev. e atual – São Paulo: Malheiros Editores. p. 101.

âmbito profissional e reparando distorções históricas e sociais, sendo de extrema importância, portanto, para a construção de uma sociedade mais equânime e justa.

Assim, o princípio da isonomia consagrado na Constituição como direito individual não se limita ao aspecto formal, traduzido na igualdade de todos perante a lei, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade em seu aspecto material.²

Não obstante, referida reserva já foi assegurada no âmbito federal, a partir do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reserva àqueles que se declarem negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Merece destaque ainda a previsão do art. 39, § 2º do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), que dispõe:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

(...)

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

A Lei Municipal nº 3.110, de 26 de novembro de 2014 instituiu o Estatuto Municipal da Promoção e Igualdade Racial e previu em seu art. 16, § único e art. 18 a possibilidade de criação de legislação que obrigue os editais para concurso público da administração direta ou indireta a cota de 20% das vagas destinados aos que se declarem negros. Cumpre aqui transcrever o teor dos artigos 16 e 18, relacionados ao objeto do presente:

Art. 16. O Município deverá promover programas de incentivo, inclusão e permanência da população negra na educação, adotando medidas para:

(...)

² GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001. P. 140.

Parágrafo único. Poderá ser estabelecida no Município, através de Lei de iniciativa do Executivo, legislação que obriga os editais para concurso público da administração direta ou indireta a cota de 20% das vagas destinados aos que se declarem negros.

Art. 18. O Poder Público deverá promover políticas afirmativas que assegurem igualdade de oportunidades aos negros e negras no acesso aos cargos públicos, proporcionalmente a sua parcela na composição da população do Município, e incentivará a uma maior equidade para os negros nos empregos oferecidos na iniciativa privada.

A omissão legislativa pairou por muito tempo até que foi editada a Lei Municipal nº 3.534/2020 prevendo o artigo 1º a reserva aos negros e pardos 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no Poder Executivo do Município de Niterói, nas entidades de sua Administração Indireta e no Poder Legislativo Municipal.

A regulamentação das cotas raciais após anos de inércia do Poder Executivo constitui importante avanço no sentido da promoção da igualdade material, uma vez que busca reparar a desigualdade de oportunidades no âmbito profissional enfrentada por negros e pardos, ampliando assim a igualdade racial e social como um todo.

Dessa forma, é dever da Administração fazer valer a norma editada, adequando o Edital nº 01/2020 para prever a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos negros e pardos, conforme determina o art. 1º da Lei Municipal nº 3.534/2020.

IV. DA TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA

Compete ao Juiz da causa adotar todas as medidas que julgar pertinentes para regular o processamento do feito, em especial quanto à garantia da instrução processual, como forma de exercício do poder geral de cautela estabelecido na Lei Adjetiva Civil.

Conforme exaustivamente ventilado, o Edital nº 01/2020 destinado ao preenchimento de 783 vagas junto ao quadro de recursos humanos na área de saúde do Município de Niterói, bem como à formação de cadastro de reserva não fez qualquer menção à reserva de vagas para negros e pardos no concurso público, contrariando disposição da Lei Municipal nº 3.534/2020.

Quanto à referida Lei Municipal, também já restou demonstrada a inconstitucionalidade da parte final de seu art. 14, eis que limitou indevidamente a eficácia de uma norma de aplicabilidade imediata, ferindo disposição da Constituição Federal.

A preservação da efetividade do processo é imposição a todos os que participam da condução do feito, pois se deve evitar a ocorrência de novos danos antes do seu desfecho, cuja eliminação pode se tornar impossível de ser obtida.

Sabe-se que a concessão da medida cautelar demanda fundamentalmente a conjugação de dois requisitos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (perigo ou risco na demora).

Quanto a presença da probabilidade do direito, isto é, do *fumus boni iuris*, tem-se que este se encontra relacionado à própria inconstitucionalidade da parte final do art. 14 da Lei nº 3.534/2020, na medida em que ao diferir o marco inicial dos efeitos da Lei, deixando de lado os editais de concursos já publicados, o dispositivo viola o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal que garante a aplicação imediata para as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, estamos diante do chamado processo civil de resultados, em que é necessário que o Poder Judiciário preste a tutela jurisdicional devida, que deve ainda ser efetiva e célere, utilizando-se para tal dos mecanismos que o ordenamento jurídico lhe oferece, como as medidas liminares.

Vale salientar os ensinamentos do Professor DINAMARCO em relação ao fenômeno do processo civil de resultados:

Consiste esta postura na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tenha razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes para obtenção da coisa ou situação postulada. (DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil – vol I, Malheiros, 2003, p. 108)

No tocante ao *periculum in mora*, este é facilmente constatável na medida em que, de acordo com o novo calendário divulgado pela Fundação Estatal de Saúde de Niterói, o certame está previsto para ser concluído em abril de 2021, com a aplicação das provas marcada para ocorrer nos dias 21/02/2021 e 07/03/2021.

Assim, caso tenha que se esperar pelo regular término do processo, a medida pleiteada de adequação do Edital para proceder à devida reserva de vagas em consonância com legislação em vigor do Município se tornará frustrada.

Consoante expressa doutrina, o *periculum in mora*, requisito necessário ao manejo da tutela cautelar, consiste no risco de que, ao final da ação principal, reste perdida a possibilidade de se reparar o dano causado em atos administrativos ilegais e inconstitucionais.

A *tutela de urgência* tem como finalidade proteger o futuro provimento jurisdicional, que se encontra na iminência de ver seus resultados práticos frustrados. Tal situação de perigo de dano iminente caracteriza o *periculum in mora*. Sobre o

tema, ainda sob a égide do antigo CPC (tutela antecipada), esclarecia a doutrina, em lição que permanece válida:

(...) havendo risco de que o direito substancial que o autor quer ver protegido através do provimento jurisdicional definitivo (direito este cuja existência se afigura, ao menos até aqui, provável), sofra dano de difícil ou impossível reparação, deverá o juiz conceder a antecipação da tutela jurisdicional. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., p. 389)

Em face disso, com fulcro no artigo 300, § 2º do Código de Processo Civil, postula o *Parquet* provimento liminar, no sentido de que os réus sejam obrigados a promover imediatamente a adequação do Edital nº 01/2020 para proceder à devida reserva de vagas para negros e pardos em consonância com a legislação em vigor do Município de Niterói (Lei nº 3.534/2020).

Diante de todo o exposto e da relevância da fundamentação expendida, acredita o Ministério Público que a tutela ora requerida atende a todos os requisitos necessários para a sua concessão e que os requerimentos aqui formulados não apresentam qualquer risco de irreversibilidade, uma vez que se pretende compelir a Fundação Estatal de Saúde de Niterói e o Município de Niterói a observarem aquilo ao qual já estão obrigados, respeitando a legislação em vigor do Município.

V. DOS PEDIDOS

Em face de tudo o quanto acima foi exposto, distribuída e atuada esta exordial com os documentos que a instruem na forma dos artigos 320 do Novo Código de Processo Civil, constantes do Inquérito Civil MPRJ 2020.00982978, requer a Vossa Excelência se digne receber a presente inicial, determinando sua autuação e inserção dos autos do inquérito civil em continuidade à presente, e ainda:

1. a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, determinando que a **FUNDAÇÃO ESTATAL DE SAÚDE DE NITERÓI** e o **MUNICÍPIO DE NITERÓI** procedam a imediata adequação do Edital nº 01/2020 para prever a reserva de 20% das vagas para negros e pardos, em consonância com a Lei Municipal nº 3.534/2020;
2. a citação dos réus para, em querendo, apresentar contestação;
3. no mérito, julgar procedentes os pedidos autorais, confirmando a tutela antecipada requerida, para, ao final, condenar **FUNDAÇÃO ESTATAL DE SAÚDE DE NITERÓI** e o **MUNICÍPIO DE NITERÓI** a promover a devida adequação do edital para proceder à reserva de vagas em consonância com legislação em vigor do Município de Niterói;
4. Condenação do requerido ao pagamento das custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais, inclusive eventuais perícias requeridas no curso do processo;

5. sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante remessa e vista dos autos na Promotoria de Justiça, no endereço em epígrafe, dado o disposto no art. 178º do NCPC;

6. deferir a produção de todas as provas em direito admitidas, prova testemunhal, a juntada de novos documentos e tudo o mais que se fizer mister à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente inicial,

7. dispensa do pagamento de custas, emolumentos, honorários e outros encargos, desde logo, ao Ministério Público, à vista do disposto no art. 18, da Lei nº 7.347/85, e art. 87, da Lei nº 8.078/90;

8. Tendo em vista a natureza indisponível do direito pleiteado, em obediência ao disposto no artigo 319, inciso VII, do CPC/2015, informa o Ministério Público que não opta pela realização de audiência de conciliação, nem de mediação.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais)

Termos em que, pede deferimento.

Niterói, 04 de fevereiro de 2021.

RENATA SCARPA FERNANDES BORGES

Promotora de Justiça – mat. 2355



Detalhe da imagem da capa

A painting of a man in historical armor, possibly a knight or soldier, standing in a landscape. He is wearing a brown hat, a brown tunic with blue and red patterns on the sleeves, and a brown skirt. He is looking to the right. In the background, there is a large, thick tree trunk on the left and a white building with a red roof on the right. The overall color palette is dominated by reds, browns, and blues.

Memória Institucional

Personalidades – História em Destaque

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

História em Destaque



A Máquina de Escrever do Dr. Luiz Gatti¹

O Projeto *História em Destaque* nesta quarta edição, maio/2021, apresenta como item documental do acervo do Centro de Memória um *objeto museológico*: a máquina de escrever Remington (modelo Super Riter, 1959) que pertenceu ao Procurador de Justiça Luiz Brandão Gatti, falecido em 2014.

O objeto integra o conjunto do acervo doado em setembro de 2018 pelo Dr. Marcelo Oliveira Câmara, advogado e amigo do Dr. Gatti, composto também por documentos imagéticos e textuais. Entre eles há 34 livros encadernados com cópias dos pareceres elaborados ao longo de sua atuação ministerial entre 1960 e 1985, iniciada como Defensor Público no Estado da Guanabara. Completa o *corpus* documental os originais da sua obra “Jurisprudência Criminal Compilada do Informativo do STF” (*Lumen Juris*, 2001), cujo prefácio é do Dr. Sergio Demoro Hamilton.

¹ A notícia sobre esta edição foi publicada no site do MPRJ em 12/05/2021.

Segundo o doador, foi na *Remington* que Dr. Gatti datilografou grande parte dos documentos textuais em referência. Nesse sentido, a máquina de escrever assume a dimensão de um documento dotado de representatividade e dinâmica própria. Permite perguntas e leituras possíveis sobre as práticas e condições de trabalho, e mesmo sobre a época de sua existência e funcionalidade.

No caso do Dr. Gatti, a condição da máquina, com marcas de muito uso, mas em ótimo estado de conservação, e os documentos textuais nela produzidos ao longo de décadas, testemunham a predileção do Procurador pelo uso da ferramenta mecânica, mesmo quando versões mais modernas, elétricas ou eletrônicas, e computadores emergiram no mercado. Em vários depoimentos, Procuradores(as) e Promotores(as) de Justiça entrevistados para o Programa *Personalidades do MPRJ* que ingressaram na instituição entre as décadas de 1950 e 1990 reservam ao objeto um lugar especial na memória. Em meio à estrutura física e condições de trabalho precárias, quando muitas vezes não tinham sala, mesa e mesmo uma máquina para trabalharem junto aos cartórios e varas, as máquinas de escrever portáteis, adquiridas com recursos próprios, são mencionadas carinhosamente como “fiéis companheiras”.

Nos dias de hoje, em que computadores, *notebooks*, *tablets* e mesmo celulares são utilizados como editores de texto, a tecnologia da máquina de datilografia pode parecer precária aos mais jovens, mas guarda em si um forte símbolo de progresso e modernidade. Como um dos seus legados, os novos equipamentos preservam a disposição das teclas no tradicional formato QWERT, eficaz e confortável à digitação, consolidado após experimentos ao longo de anos.



A máquina de datilografia ocupa um papel importante na história da comunicação e das tecnologias. A primeira patente registrada é atribuída ao inglês Henry Mill (1714), mas foi no fluxo dos avanços e criações tecnológicas durante a “Segunda Revolução Industrial” (1850-1950) que alguns protótipos foram desenvolvidos simultaneamente em diferentes países, inclusive no Brasil. Inventada pelo paraibano Francisco João de Azevedo, foi apresentada e premiada em exposições agrícolas e industriais em Recife e no Rio de Janeiro (1861). Os primeiros exemplares lembravam pequenos pianos e máquinas de costura, eram pesados e lentos até serem aperfeiçoados para formatos compactos e funcionais. Desse modo, em 1868 foi patenteado pelos norte-americanos Carlos Glidden, Christopher Sholes e Samuel W. Soule um modelo mais prático e próximo da *Typewriter* que conhecemos na atualidade. No entanto, exigiu ainda aprimoramentos até que pudesse ser produzida em série pela empresa norte-americana *Remington* em 1877.

O rápido progresso nas áreas de indústria, comércio e serviços demandava formas de registro e comunicação mais rápidas e uniformes em substituição à escrita manual, necessidade também premente nas repartições públicas onde a atividade era realizada à bico de pena ou caneta-tinteiro por “escreventes”. A máquina de escrever possibilitou o desenvolvimento de novas oportunidades de emprego, sobretudo para as mulheres e a sua emancipação no mercado de trabalho como Datilógrafas e Secretárias. Cursos de datilografia eram amplamente difundidos, associando técnica e rapidez, constituindo requisito para admissão em muitos empregos públicos e privados. No Brasil, com o advento dos concursos públicos para suporte administrativo em carreiras do Judiciário e do Ministério Público (Lei nº 284/1936), provas de “toques por minuto” poderiam integrar etapas do certame. No concurso para servidores do quadro do MPRJ em 1990, foi aplicada com o caráter classificatório.

Em 1948, a *Remington* instalou a primeira fábrica de máquinas de escrever no Rio de Janeiro, sendo acompanhada de outras empresas, tornando o produto mais acessível. Contudo, ainda era caro, custando o equivalente aos computadores atuais. Os avanços prosseguiram com a produção de versões portáteis e mais sofisticadas, elétricas (1920) e eletrônicas (1957). Em paralelo, a disseminação dos computadores de uso pessoal (PCs) inventados pela *Apple* (1976) e os comercializados em larga escala pela IBM (1981) agregando funcionalidades e posteriormente novas tecnologias como a Internet em ampla escala (1995) seguiam desenvolvimento próprio de forma acelerada. Acabaram, desse modo, por representar forte concorrência a médio e longo prazo. *Godrej and Boyce*, na Índia, foi a última fábrica de máquina de escrever a encerrar a produção industrial em 2011.



Detalhe da imagem da capa



Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM
HABEAS CORPUS Nº 213.536 / RIO DE JANEIRO**

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): WELLINGTON DARCI DE AMORIM BRAVO

ADV.(A/S): ANDERSON FERREIRA PINTO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REPETIÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INVIABILIDADE DO NOVO PEDIDO. DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento,

por unanimidade, *negar provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 13.5.2022 a 20.5.2022.

Brasília, 23 de maio de 2022.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

23/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 213.536 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): WELLINGTON DARCI DE AMORIM BRAVO

ADV.(A/S): ANDERSON FERREIRA PINTO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 31.3.2022, foi negado seguimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Wellington Darci de Amorim Bravo contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual, em 8.2.2022, negado provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 677.420/RJ, Relator o Ministro Joel Ilan Paciornik. A decisão impugnada tem a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REPETIÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INVIABILIDADE DO NOVO PEDIDO. DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO (e-doc. 52).

2. Publicada essa decisão no DJe de 19.4.2022, o agravante interpõe, em 25.4.2022, tempestivamente, agravo regimental.

3. O agravante alega que “o habeas *originário* foi impetrado sob o argumento de ofensa aos artigos 938 e 939 do CPC, sendo que outros habeas JAMAIS FIZERAM MENÇÃO A OFENSA AOS PRECEITOS LEGAIS CITADOS” (fl. 2, e-doc. 56).

Salienta que “ACOSTOU AOS AUTOS AS INICIAIS DOS HABEAS CORPUS CITADOS NO DESPACHO QUE INDEFERIU O HC SOB ESSES ARGUMENTOS, QUE SEQUER FORAM OBJETO DE ANÁLISE QUER DA INSTÂNCIA INFERIOR, QUER DESTE COLENDO ÓRGÃO REVISOR” (fl. 2, e-doc. 56).

Sustenta que, “com a demonstração de que a fundamentação do HC *originário* jamais foi objeto de impetração arguindo a desobediência aos ditames dos artigos 938 e 939 do CPC, É DEVER DO ESTADO JULGAR O MÉRITO DA DEMANDA OFERECIDA” (fl. 3, e-doc. 56).

Argumenta que “o fato da existência de outros habeas impetrados não servem como parâmetro para negar a prestação jurisdicional pretendida, eis que somente o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva impetrou mais de 400 habeas corpus perante este Colendo Tribunal da Cidadania, culminando em obter êxito perante a Suprema Corte, fato público e notório, sem que lhe fosse retirado o direito de apreciação perante o Poder Judiciário dos mesmos, sob esta argumentação, que cerceia o direito de defesa do agravante” (fl. 5, e-doc. 56).

Pretende seja “processado e julgado o presente habeas, no sentido de se apreciar a ofensa aos artigos 938 e 939 do CPC quando do julgamento da apelação criminal *originária*, em que ferindo o devido processo legal, as preliminares arguidas não foram colhidos os votos um a um dos componentes daquele Colegiado, cometendo error in procedendo e aviltando o devido processo legal, fato este já reconhecido e julgado por essa Augusta Turma” (sic, fls. 5-6, e-doc. 56).

Insiste que “a ofensa aos artigos 938 e 939 do CPC por parte da autoridade coatora é cristalina, no ponto em que, cometendo desvio na rota processual, viola o iter procedimental e não destaca o julgamento das preliminares arguidas, colhendo o voto individual de cada membro do Colegiado, para, só depois de proclamado o seu resultado, ser examinado o mérito da apelação” (fl. 6, e-doc. 56).

Estes os requerimentos e pedido:

Pelo exposto, confia o agravante que o Ilustre Relator exercerá o seu juízo de retratabilidade conhecendo do presente writ e concedendo a ordem requerida por ofensa ao devido processo legal e constatando o error in procedendo, matéria de ordem pública, ou, caso assim não entenda, levará o presente Agravo Regimental para ser submetido ao crivo do Colegiado, que já consagrou o entendimento de que a ofensa aos artigos 938 e 939 do CPC maculam o feito e sua nulidade

é medida que se impõe, examinando o mérito em nome da primazia da decisão de mérito (fl. 8, e-doc. 56).

É o relatório.

23/05/2022
PRIMEIRA TURMA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 213.536 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao agravante.

2. Como assentado na decisão monocrática, consta do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que contra o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 1026822-18.2011.8.19.0002 foi interposto recurso especial, inadmitido pelo Tribunal de origem. Contra essa decisão foi interposto o Agravo em Recurso Especial n. 1.428.505, não conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Consta do sítio do Superior Tribunal de Justiça que essa decisão transitou em julgado em 4.6.2020.

Portanto, a condenação do recorrente na ação penal objeto deste recurso ordinário em *habeas corpus* transitou em julgado antes da impetração do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

3. Este Supremo Tribunal consolidou jurisprudência no sentido da inviabilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal, salvo em caso de manifesta ilegalidade. Assim, por exemplo:

Penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Corrupção eleitoral. Falsidade ideológica. Condenação transitada em julgado. Inadequação da via eleita. Fatos e provas. Jurisprudência do supremo tribunal federal. 1. Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux). 2. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que o habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado. Precedentes. 3. As peças que instruem este processo não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize

a concessão da ordem de ofício, notadamente se se considerar que eventual acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, impossível na via restrita do habeas corpus. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (HC n. 198.888-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 9.6.2021).

AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM MOMENTO ANTERIOR A ESTA IMPETRAÇÃO. HABEAS CORPUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A condenação imposta à parte agravante transitou em julgado em momento anterior a esta impetração. II - É inviável a utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. III - Agravo interno a que se nega provimento (HC n. 190.173-AgR, Relator o Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, DJe. 25.3.2021).

4. Ao proferir a decisão objeto do presente recurso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve decisão do Ministro Joel Ilan Paciornik, ao fundamento de que seria incabível o exame do pleito. Tem-se nesse julgado:

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos. No que interessa, disse a decisão agravada:

“A presente impetração repete os argumentos e traz pedido idênticos aos deduzidos em HC’s anteriores (HC 563.497/RJ, HC 576.956/RJ, HC 577.819/RJ, HC 600.593/RJ, HC 632.418/RJ, HC 642.321/RJ, HC 645.193/RJ, no AResp 1.428.505/RJe na RCL 41.967/RJ), todos desta Corte Superior, além de atacar os mesmos acórdãos, proferidos nos julgamentos da Apelação Criminal nº 1026822-18.2011.8.19.0002.

Assim, diante de inadmissível reiteração de pedidos, obstaculizado o conhecimento deste mandamus.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO NO RHC N. 42.510/RJ. MANIFESTAÇÃO DO COLEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O presente recurso é mera reiteração do pedido já formulado e decidido, nos autos do RHC n. 42.510/RJ, pela col. Quinta Turma. II - Observa-se do termo de recebimento e autuação

que ambos os processos possuem o mesmo número de origem, além de aduzirem os mesmos argumentos e formularem idênticos pedidos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 42.638/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2014)

Ante o exposto, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o presente habeas corpus.”

Consoante outrora aduzido, inadmissível a reiteração de pedidos já formulados e decididos pela egrégia Quinta Turma.

Nessa ordem de ideias, não obstante os esforços da defesa, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos (fl. 2, edoc. 30).

5. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou sobre o mérito das questões suscitadas pelo recorrente, limitando-se a decidir pela inadmissibilidade da reiteração de pedidos já formulados e decididos em processos antes ajuizados.

É inviável este Supremo Tribunal conhecer, originariamente, de matéria não examinada pelas instâncias antecedentes, “sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências” (HC n. 168.981-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 1º.8.2019).

No mesmo sentido são os julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. AGRAVO EM EXECUÇÃO. SUSTENTAÇÃO ORAL. NEGATIVA DA CORTE ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DO ATO APONTADO COMO COATOR. PERDA DE OBJETO. 1. Não se conhece de habeas corpus impetrado contra indeferimento de liminar por Relator em habeas corpus requerido a Tribunal Superior. Súmula nº 691. Óbice superável apenas em hipótese de manifesta ilegalidade ou teratologia. 2. Inviável o exame de teses defensivas não analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 3. A superveniência de decisão da autoridade apontada coatora corresponde a novo ato a desafiar recurso próprio. Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido (HC n. 207.672-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15.3.2022).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR IMPUTADO A CIVIL. CORRUPÇÃO ATIVA MILITAR. TEMAS NÃO EXAMINADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR:

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FALTA DE DEFESA: SÚMULA N. 523 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (HC n. 176.218-ED-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 26.6.2020).

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Prisão preventiva. Alegação de ausência de fundamentos idôneos aptos a ensejar a manutenção da constringção cautelar. Inexistente. Paciente preso em flagrante delito na posse de 671kg de maconha, acondicionada em tabletes. Decreto baseado na gravidade concreta do delito. 4. Supressão de instância. Matéria não enfrentada pelo STJ. Não exaurimento da jurisdição. Precedentes. 5. Afastada a possibilidade de concessão da ordem de ofício. Não configuração de patente de constringimento ilegal ou abuso de poder. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (HC n. 170.391-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 6.8.2019).

6. Ressalte-se que o decidido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal pela qual a repetição do que alegado em *habeas corpus*, com idêntico objetivo e com os mesmos dados objetos de apreciação e decisão, conduz ao não conhecimento da nova impetração. Assim, por exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE DE REPETIÇÃO, NESTA SUPREMA CORTE, DE PRETENSÃO RECURSAL COM A MESMA CAUSA DE PEDIR E O MESMO PEDIDO FORMULADO EM HABEAS CORPUS ANTERIOR. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O pedido veiculado neste recurso ordinário em habeas corpus é mera repetição do pedido formulado em impetração anterior, de minha relatoria, em favor do recorrente, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Aliás, o acórdão questionado é o mesmo.

II – É firme a orientação desta Suprema Corte no sentido de não se admitir a reiteração de habeas corpus, entendimento que também pode ser aplicado quando o recurso ordinário interposto configurar-se mera repetição da ação anterior. Precedentes.

III – Agravo regimental a que se nega provimento (RHC n. 188.366-AgR/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 17.9.2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO ATO APONTADO COMO COATOR, POR SE TRATAR DE REPETIÇÃO DE PEDIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (HC n. 193.655-Agr/SP, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17.12.2020).

7. A reiteração dos argumentos do agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

8. Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental.*

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 213.536

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): WELLINGTON DARCI DE AMORIM BRAVO

ADV.(A/S): ANDERSON FERREIRA PINTO (089317/RJ)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, Sessão Virtual de 13.5.2022 a 20.5.2022.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro André Mendonça, não tendo participado do julgamento desse feito a Ministra Cármen Lúcia.

Luiz Gustavo Silva Almeida

Secretário da Primeira Turma



**RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO**

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS

AM. CURIAE.: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO

AM. CURIAE.: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA

ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO

AM. CURIAE.: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

ADV.(A/S): SIDNEY Á DAS NEVES

ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA

AM. CURIAE.: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

AM. CURIAE.: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS

AM. CURIAE.: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

EMENTA

Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido.

1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça.

2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit a l'oubli* ou *right to be let alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na *internet*.

3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aída Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido.

8. Fixa-se a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema nº 786 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário e indeferir o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator. Vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria, em fixar a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.” Vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Sessão realizada por videoconferência – Resolução nº 672/2020/STF.

Brasília, 11 de fevereiro de 2021.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

03/02/20201

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS

AM. CURIAE.: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO
AM. CURIAE.: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.: INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA
ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO
AM. CURIAE.: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO
ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO
ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES
ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA
AM. CURIAE.: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS
ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA
AM. CURIAE.: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)
ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA
ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS
AM. CURIAE.: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Nelson Curi e outros insurgem-se contra acórdão prolatado pela Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual foi assim ementado:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA.” AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça.”

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2- A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, aos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função de informar, alertar a abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Opostos dois embargos declaratórios pelos autores, ora recorrentes, nenhum deles foi acolhido.

Em face do referido acórdão estadual foram aviados recursos especial e extraordinário, aos quais, em sede de juízo prévio de admissibilidade, negou-se seguimento. Foram, então, interpostos agravos no intuito de destrancar os reclamos, que subiram às Cortes Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo e negou provimento ao recurso especial, com a seguinte fundamentação:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO “AÍDA CURÍ.” VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento,” na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização,

consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.

Diante da negativa do STJ, vieram os autos ao Supremo Tribunal Federal, a fim de se apreciar o apelo extremo, interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo e fundado na pretensa afronta aos arts. 1º, inciso III; 5º, *caput* e incisos III e X; e 220, § 1º, da Constituição da República.

De início, narram os recorrentes que sua irmã, Aída Curi, foi brutalmente estuprada, violentada e morta no ano de 1958, tendo a família sofrido intenso massacre dos órgãos de imprensa à época, em razão da cobertura ferrenha de cada passo das investigações e do processo criminal subsequente. Ocorre que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, com a dor e o sofrimento já muito amenizados, a recorrida teria veiculado em rede nacional programa televisivo não só explorando a história de Aída Curi, como também utilizando a imagem real dela e dos recorrentes, a despeito da notificação enviada previamente por esses últimos, na qual se opunham à veiculação do caso.

Afirmam que lutam pelo reconhecimento de seu direito de esquecer tal tragédia, amparando-se, para tanto, no *direito ao esquecimento*, e que, ante o julgamento da ADPF nº 130, faz-se inadiável a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, de modo a fornecer contornos mais nítidos e precisos a ele, analisando-se uma vertente da proteção da dignidade da pessoa humana ainda não apreciada por esta Corte, sobretudo porque vista, agora, da perspectiva da vítima.

Assinalam, ainda, os recorrentes que o simples fato de algo ser de conhecimento público e notório não extingue os direitos personalíssimos dos envolvidos. Além disso, eventual interesse público – o qual, *in casu*, seria inexistente –, não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo.

Por último, os recorrentes tecem considerações acerca da alegada ilegalidade do programa televisivo e do consequente direito à indenização por danos materiais. Aduzem que o uso indevido de imagem gera o direito à indenização de seu titular e que, sendo incontroversa a utilização ilegal da imagem de Aída Curi, é de rigor se concluir pelo direito de sua família a ser indenizada pelos lucros obtidos.

Em contrarrazões, a recorrida, Globo Comunicação e Participações S/A, suscita preliminarmente (i) a ausência de repercussão geral; (ii) a impossibilidade de revisão de fatos e provas e consequente incidência da Súmula nº 279 do STF; (iii) a ausência de prequestionamento dos arts. 1º, inciso III; e 5º, *caput* e inciso III, da Carta Maior; (iv) a não ocorrência de violação frontal de dispositivo da Constituição da República no que concerne ao *direito ao esquecimento*; (v) a deficiência de fundamentação no tocante à suposta violação do art. 5º, *caput* e inciso III, do texto constitucional; (vi) e a aplicabilidade, *in casu*, da Súmula nº 284/STF.

A respeito do programa Linha Direta: Justiça, esclarece a recorrida que:

[s]ó exibia matérias sobre casos já conhecidos do público, fartamente noticiados e discutidos pela sociedade. O programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade e quem quer que seja. Muito pelo contrário, seu conteúdo se limitava à abordagem de fatos já públicos e históricos, todos relacionados a crimes notórios e aos respectivos julgamentos dos acusados. (fl. 1106)

Ademais:

[n]a hipótese dos autos, grande parte do programa foi composta de informações e imagens de arquivos, *constantes de matérias jornalísticas da época e de obras posteriormente publicadas sobre o caso, inclusive livros, como os que foram escritos pelo quarto recorrente, "Aída Curi, A Jovem Heroína de Copacabana" e "Aída Curi: O Preço Foi a Própria Vida"*. (fl. 1108)

Argumenta que, em razão do caráter brutal e rumoroso do crime, o caso até hoje é amplamente discutido no país, uma vez que envolve questões as quais integram a realidade e o universo de interesses de toda a coletividade, tais como a violência contra as mulheres, a impunidade e a responsabilidade penal de menores. Alega, nesse sentido, que os fatos relacionados ao assassinato de Aída Curi são de interesse geral da coletividade, sendo um direito de todos o acesso à história da vítima, a fim de que essa seja conhecida e lembrada, possibilitando-se, assim, sua melhor compreensão, bem como sua não repetição.

Sustenta a recorrida que os direitos à intimidade e à imagem não se sobrepõem ao interesse coletivo de sociedade de ter acesso às informações sobre o fato histórico e que, além disso, a Lei Maior consagra a plena liberdade de expressão – o que exsurgiria, de forma clara, de seus arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, §§ 1º e 2º.

Quanto ao *direito ao esquecimento*, aduz a recorrida que o mesmo não encontra respaldo constitucional, nem mesmo como reflexo do genérico princípio da dignidade

humana, sendo, ademais, completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal.

No que toca ao dano material, a recorrida aponta ser inexistente. Isso porque os recorrentes, em sua visão, não perderam ou deixaram de ganhar algo com a exibição do programa – e mesmo que tivessem sofrido o alegado dano, esse não ostentaria qualquer relação com o eventual lucro auferido pela TV Globo, razão pela qual tal critério afigura-se descabido para o arbitramento de hipotética indenização.

Após atenta análise dos autos, convencido de que a questão posta em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, reconheci a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

O assunto foi inscrito como Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: *aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.*

Ante a confirmação da transcendência do assunto por parte do Tribunal Pleno, dei provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário e determinei a abertura de vista ao Ministério Público.

A Procuradoria-Geral da República (PRG) manifestou-se pelo não provimento do recurso extraordinário, conforma mostra a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO. VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.

1. Tese de Repercussão Geral – Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.
2. Há vastagama variáveis envolvidas como a aplicabilidade do direito a esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso, e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.
3. Consectário do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir.
4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento.
5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido conclui, com base no conjunto fático-probatório, por inoocorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950.
6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

Convoquei audiência pública, para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Manifestaram-se na audiência pública: o advogado dos recorrentes, Dr. *Roberto Algranti Filho*; em nome da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e

Televisão (ABERT), o Professor Doutor *Gustavo Binenbojm*; a Professora Mestra *Taís Borja Gasparian*, pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo; em nome da Associação Nacional de Jornais (ANJ) e da Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), o Professor Doutor *Daniel Sarmento*; em nome da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a Professora Doutora *Cíntia Rosa Pereira de Lima*; o Desembargador *José Carlos Costa Netto*, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; o Professor Mestre *Renato Opice Blum*, pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER); o Professor Doutor *Anderson Schreiber*, em nome do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL); o Professor Doutor *Marcel Leonardi*, pela Google Brasil Internet Ltda.; o Dr. *Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina*, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); o Professor Doutor *Carlos Affonso Pereira de Souza*, em nome do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO); o Professor Mestre *André Zonaro Giacchetta*, em nome da Yahoo! do Brasil Internet LTDA.; o conselheiro *Coriolano Aurélio de Camargo Santos*, pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil; o Dr. *Pablo de Camargo Cerdeira*, em nome do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro; o Dr. *Alexandre Pacheco da Silva*, pelo Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas; a Professora Mestra *Mariana Cunha e Melo de Almeida Rego*; e, por fim, o Subprocurador-Geral da República, *Dr. Odim Brandão*.

Após a realização da audiência pública, foram novamente os autos para a PGR, tendo retornado com razões adicionais àquelas inicialmente ofertadas. Em síntese, o Procurador-Geral da República apontou a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, aduzindo que:

[a]nte a manifesta impossibilidade de estabelecer-se a prevalência, em abstrato, de quaisquer dos interesses em conflito, quais sejam, a inviolabilidade da imagem e o direito à privacidade – dos quais decorre a elaboração teórica do direito ao esquecimento –, de um lado, e a liberdade de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, de outro, a solução de eventuais controvérsias depende, fundamentalmente, do exame das peculiaridades de cada caso concreto, a fim de que se possa apurar se, na específica situação discutida, a divulgação de determinada informação extrapolou os limites da liberdade de expressão e violou o direito ao esquecimento.

Eis a nova ementa do parecer do *Parquet*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO.

ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. Proposta de tese de repercussão geral - Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão.” – Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

03/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhora Presidente, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques – no início da sessão, estava o Procurador-Geral –, Senhor Advogado-Geral, senhoras advogadas e senhores advogados, todos que nos acompanham, em especial a imprensa.

Este tema, sem dúvida nenhuma, é do maior interesse para toda a sociedade.

Antes de iniciar a leitura de meu voto, Senhora Presidente, permitam-me, os Colegas, fazer uma manifestação, na verdade, um registro fora dos autos. Primeiro, a questão da epidemia de feminicídio, um mal que assola a nossa sociedade; e o caso dos autos mostra o quão de raiz histórica tem esse tema. Faço o registro de que o feminicídio e a violência contra as mulheres são objetos de atenção do Poder Judiciário, inclusive, seu combate está entre as metas do Conselho Nacional de Justiça, dando-se prioridade aos julgamentos e às instruções para julgamento dos casos que envolvam violência contra a mulher. O Poder Judiciário está atento a essa epidemia e, dentro de seus limites legais, constitucionais e formais, tem dado a devida atenção a ela para que possamos superar esse triste registro de nossa cultura, de nossa sociedade.

O segundo registro, que tem tudo a ver com o primeiro, Senhora Presidente, é a falência do tribunal do júri. Evidentemente, falo por mim mesmo – não posso falar pelo Colegiado, falo por mim. Que fique claro que essa é uma opinião individual, que já externei em outros votos. Já externei, no Conselho Nacional de Justiça e no Congresso Nacional – inclusive em audiências públicas –, que teríamos que acabar com o instituto do tribunal do júri, porque ele é um instituto falido.

Vejam, o Atlas da Violência de 2020, do Ipea – instituto da maior seriedade e de muito reconhecimento em nosso País –, apontou que, durante 2018, ocorreram 57.956 casos de homicídio no Brasil. Nenhuma guerra em nenhum local do mundo gera, em um ano, tantas mortes violentas.

Repito! Ano de 2018: 57.956 homicídios, o que corresponde a uma taxa de 27,8 mortes por 100 mil habitantes. Entre esses, vejamos, 4.519 vítimas eram mulheres, o que representa uma taxa de 4,3 homicídio para cada 100 mil habitantes do sexo feminino – uma taxa extremamente alta.

Considerando essa escalada de violência, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em fevereiro de 2019, o Grupo de Trabalho para Otimização de Julgamentos do Tribunal do Júri, levando em consideração a necessidade premente de se aprimorar a gestão dos processos de competência desse tribunal. Foi coordenador desse grupo o Ministro *Rogério Schiatti*, do Superior Tribunal de Justiça, que produziu um excelente trabalho.

Na medida em que não compete ao Judiciário alterar a Constituição, competenos, por meio do Conselho Nacional de Justiça, fazer proposições de aprimoramento da gestão da Justiça, e foi o que fez esse grupo de trabalho. O importante relatório por ele produzido explicitou, com seus números alarmantes, a baixa efetividade do tribunal do júri no Brasil. Isso não é um problema apenas, senhoras e senhores advogados, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, do juiz ou do Judiciário, é de todo o sistema de Justiça, a começar pela investigação dos casos de homicídio.

Contudo, no que diz respeito àqueles casos, que, em sua minoria, chegam à Justiça, a pesquisa revelou que, até novembro de 2018, tramitavam no País 186 mil processos de competência de tribunais do júri, dos quais apenas 43 mil tinham sentença de pronúncia já proferida.

Ao longo do período compreendido entre 2015 e 2018, foram realizadas 28.984 sessões de tribunais do júri, para uma média de mais de 50 mil assassinatos ou atentados contra a vida por ano em nosso País. Em uma somatória de quatro anos – 2015, 2016, 2017, 2018 –, houve menos de 30 mil sessões do júri. Nesse período, houve cerca de 200 mil homicídios.

Aqui, alerta mais uma vez, pedindo escusas aos Colegas, para a falência do instituto do júri, que não se presta para penalizar, para sancionar, o que gera esse sentimento de impunidade na sociedade.

Está feito esse registro fora dos autos, fora do julgamento deste caso de repercussão geral. Mas penso que sempre é um momento importante, em que toda a sociedade nos assiste, para reiterar a falência do tribunal do júri, na minha óptica e com dados concretos – não falo por achismo, falo com dados concretos. A sociedade e o Congresso Nacional devem refletir sim e o sistema de justiça deve refletir sim a respeito da falência do tribunal do júri para sancionar os crimes contra a vida.

Quanto ao caso dos autos, em primeiro lugar, peço escusas aos Colegas pela necessidade de tempo. Pleiteio aos eminentes Colegas, a partir de nossa Presidente,

a paciência de Vossas Excelências por um tempo, diante da necessidade, nesse caso que se colocou para nós.

Um segundo ponto que gostaria de destacar é que meu voto, evidentemente, levará em conta o caso concreto, mas todas as premissas de meu voto e a conclusão última estarão de acordo com a objetividade que o tema ganha, uma vez aceita a repercussão geral e transformada a ação em uma ação com repercussão geral, cujo tema passa a ter densidade de natureza objetiva.

Esclareço. A solução de tese que proporei – evidentemente, respeitando a doutra maioria, a qual poderá entender de maneira diferente – será apenas a de meu primeiro voto, uma primeira proposição, proferida em função do ônus de Relator. Desde logo, esclareço às Colegas e aos Colegas e a todos que nos acompanham que, ao final de minha exposição, farei uma proposta de tese que independe da plataforma midiática.

Por quê? Porque, aqui, o que vejo em discussão é se existe ou não, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o direito ao esquecimento. É a esta pergunta que deve responder: se existe ou não direito ao esquecimento, independentemente da plataforma midiática a que se refira. Muito embora, no caso concreto, se trate de um programa televisivo, minha proposição final será para toda e qualquer plataforma midiática.

Antes de adentrar no voto, em homenagem aos eminentes advogados que falaram da tribuna e ao Vice-Procurador-Geral da República – para além do elogio que comumente a eles se faz em razão das belas manifestações, e elas foram extremamente importantes para a elucidação do tema –, permitam-me todas e todos que falaram da tribuna fazer um breve resumo do destaque de cada fala, tamanha a importância que este Relator atribuiu às manifestações realizadas.

Início pelo advogado dos recorrentes, Dr. Roberto Algranti Filho. De imediato, cumprimento Vossa Excelência pela, digamos, competência, mas também pela ousadia, de trazer o tema do direito ao esquecimento a esta Corte.

Esse passo é extremamente importante para que possamos, como Corte Constitucional, pacificar esse tema. Independentemente do caso concreto, é evidente que a atuação do advogado – porque juiz não age de ofício, corte não age de ofício – é extremamente relevante, mais uma vez demonstrando que o constituinte foi muito sábio ao atribuir à advocacia *múnus público*. Trazer um tema como esse ao debate da Suprema Corte é exercer o *múnus público* para a pacificação da sociedade, independentemente da solução que venha a ser dada à causa.

Sua Excelência, o advogado dos recorrentes, evidentemente, ficou mais atento ao caso dos autos, dizendo sobre o drama dos familiares, sobre a eventual ou não exploração comercial do drama que viveu a família, e destacou esses temas com propriedade. Também abordou teoricamente a questão do direito ao esquecimento.

Pela recorrida, falou o Professor Binenbojm. Desculpe-me, Professor, mas fiquei muito feliz em ouvir Vossa Excelência falar em contenção judicial, porque também sempre me manifesto sobre contenção judicial. Vindo da lavra de Vossa Excelência,

isso me anima muito mais. Vossa Excelência sabe muito bem o que quero dizer. Não tem a ver com o caso concreto, mas com as brigas boas de ideias e conceitos jurídicos das escolas jurídicas.

Destaco da manifestação de Binenbojm que “não existe [palavras dele] nem explicitamente, nem nas dobras da Constituição, [ou seja, nem implicitamente] o direito ao esquecimento.” E, outra frase interessante: “não existe prescrição ao direito da informação.”

Todos os *amici curiae* que falaram também trouxeram elementos extremamente importantes.

A Dra. Taís Gasparian, que falou pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI), disse que, para se reconhecer o direito ao esquecimento, teríamos que ter por pressuposto o princípio do segredo ou da sonegação de informação.

O Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza, que falou pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS), falou a respeito do direito ao esquecimento, da preocupação com uma elasticidade conceitual desse direito, ou seja, qual seria a delimitação desse direito. Em minha leitura, sintetizou o problema com a seguinte questão: seria o direito ao esquecimento mais uma categoria emocional, e não uma categoria jurídica?

O Dr. Anderson Schreiber, que falou pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil, destacou que o direito ao esquecimento é um direito a favor da verdade. O Dr. Anderson defendeu o reconhecimento desse direito tal qual já o fez o STJ neste próprio caso. Destacou a importância de se reconhecer, em nosso ordenamento jurídico, a existência do direito ao esquecimento como um direito à própria verdade.

O Dr. Eduardo Mendonça, que falou pelo Google, destacou que o limite deve ser o conteúdo ilícito, ou seja, a questão não é de esquecimento ou de não esquecimento, mas, sim, de lícito ou ilícito. Um direito ao esquecimento sem parâmetros seria um direito à conveniência ou à não conveniência da informação.

O Professor Doutor Oscar Vilhena, que falou pelo Instituto Palavra Aberta, destacou que reconhecer o direito ao esquecimento seria permitir graves ameaças à democracia, que a Constituição Federal não autoriza o direito ao esquecimento e que o direito ao esquecimento é um falso direito, um pretense direito.

O Dr. José Eduardo Martins Cardozo, que falou em favor do reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Instituto de Direito Partidário e Político, ao revés de outros que se manifestaram, disse exatamente o contrário do que disse Oscar Vilhena: que o direito ao esquecimento é inerente e fundamental aos Estados democráticos. O STJ já o reconheceu no caso Candelária, de conhecimento público e notório.

O Dr. André Giacchetta, que falou pela Verizon Media do Brasil Internet Ltda., atual denominação da Yahoo!, destacou que o fundamento no caso González, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na verdade, não foi o direito ao esquecimento. O fundamento foi a proteção aos dados pessoais. A legislação brasileira, no que diz respeito à LGPD, nesse ponto, teria optado por não reconhecer

esse direito ou instituto. Reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento de maneira autônoma seria reconhecer a possibilidade da criação de uma indústria de ações a respeito desse direito.

A Dr. Adrielle Ayres Britto, que falou pelo Instituto Vladimir Herzog, fez praticamente uma reconvenção. Ela disse: não há o direito ao esquecimento e nós temos que reconhecer, sim, o direito à memória, à história factual, dada a realidade.

Por fim, o Vice-Procurador-Geral da República, que domina com habilidade as palavras, perguntou – destaque, em síntese, da fala de Sua Excelência: qual a capacidade do Direito de mudar a história e a realidade? Aquilo que foi dito licitamente pode ser redito licitamente no futuro; aquilo que não podia ser dito no passado, no futuro, continua não podendo ser dito.

Com esse breve resumo daquilo que apreendi de cada uma das falas, homenageio a todas as senhoras e os senhores advogados que usaram da tribuna e homenageio o Vice-Procurador-Geral da República.

Passo agora, Senhora Presidente, a meu voto, destacando para todos que nos acompanham que – conforme adrede combinado entre nós, na antessala no início da sessão –, em razão do tempo e do cansaço – que a todos nos atinge com discussão tão aprofundada desse tema por parte das manifestações –, ficarei, neste momento, apenas na parte histórica do voto.

Evidente que, nessa perspectiva histórica, destaco casos que já foram objeto de manifestações de cortes internacionais e abordo questões relativas à doutrina. Isso não quer dizer que apenas esses casos a que faço menção sejam importantes e relevantes. São aqueles aos quais mais se faz referência, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a respeito do tema. Com certeza, ao longo dos debates, ao longo dos votos dos eminentes Colegas, serão mencionados outros casos também importantes.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS (166255/SP)
AM. CURIAE.: ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)
AM. CURIAE.: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL
ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.: INSTITUTO PALAVRA ABERTA
ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)
ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)
AM. CURIAE.: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO
ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)
ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)
ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)
AM. CURIAE.: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)
ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)
AM. CURIAE.: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)
ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)
ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)
AM. CURIAE.: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG
ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA., o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS – Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA.), o Dr. André Zonaro Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República.

Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

04/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se, como relatado, de recurso extraordinário interposto em face de acórdão mediante o qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, por maioria, a decisão de indeferimento da ação indenizatória voltada à compensação pecuniária e à reparação material pelo uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores no programa Linha Direta: Justiça.

A pretensão se ampara, dentre outras alegações, no que se convencionou chamar *direito ao esquecimento*.

Antes de adentrar na proposta de solução para o caso, compreendo pertinente, dado o ineditismo do tema na Suprema Corte e mesmo do grau de amplitude que se tem atribuído à expressão, delimitar conceitualmente a pretensão.

I. PERSPECTIVA HISTÓRICA

I. 1 DO *DROIT À L'OUBLI* AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A primeira menção a um direito que expressamente remeta ao esquecimento é comumente atribuída ao professor Gerard Lyon-Caen, por meio da expressão "*le droit à l'oubli*", utilizada em seus comentários à decisão do conhecido *l'affaire Landru* (1967), que fora julgado pela Corte de Apelação de Paris (*Cour d'appel*). No caso, a ex-amante (Mme. S.) do Serial Killer Henri Landru, que estava a seu lado quando ele

foi preso, propôs ação de indenização em face de diretor de cinema, de produtora e de distribuidora parisienses em função da produção de um documentário ficcional que apresentava trechos de sua vida ao lado do serial killer, com a utilização de seu nome sem sua autorização.

Após o julgamento do caso, o professor Gerard Lyon-Caen, analisando a natureza da pretensão da autora, que por ela havia sido nominada *la prescription du silence* (a prescrição do silêncio), preferiu a adoção da expressão *le droit à l'oubli*.

Conforme aponta a professora Maryline Boizard, à época do surgimento da expressão, sob a pena de Gerard Lyon-Caen, o direito ao esquecimento era analisado como “a prescrição de fatos que já não são relevantes,” motivo pelo qual se fez referência naquele julgado à “prescrição do silêncio,” a indicar “um vínculo entre o direito ao esquecimento e o direito à prescrição,” relação que seria, aponta a autora, “particularmente evidente no contexto da prescrição da ação pública que se baseia na ideia de que ‘depois de um certo tempo, é supérfluo levar à justiça os crimes que foram esquecidos e cujos efeitos desapareceram.’” (*Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement*. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm>. Acesso em: 11/1/21)

Segue, todavia, a professora apontando que, não obstante outras decisões tenham abordado o direito ao esquecimento de fatos ou eventos que afetam uma pessoa (em face de jornalistas, autores de filmes ou romances relacionados com esses eventos), essa espécie de litígio teria permanecido “relativamente marginal e a jurisprudência preferiu recorrer a dispositivos comprovados em vez de um hipotético direito de ser esquecido.” (BOISARD, Maryline. *Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement*. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm>. Acesso em: 11/1/21)

A referência feita pela professora é de extrema importância, uma vez que, de fato, na extensa maioria dos precedentes mais remotos, recorrentemente invocados na defesa da existência do direito ao esquecimento, mesmo quando se atendia ao pedido de restrição à divulgação de fato ou evento, *se solucionava a controvérsia posta com base em institutos já consolidados nos respectivos ordenamentos jurídicos*.

O próprio *affaire Landru* é um exemplo disso.

Embora junto ao *Tribunal de Grande Instance de la Seine* a autora tenha logrado obter a responsabilização da produtora, assim o foi porque o órgão jurisdicional considerou haver “atentado violento ao pudor,” dado que, na película, a autora apareceria despida ao lado de Landru. A decisão, ademais, foi revista em recurso, tendo a Corte de Apelação de Paris considerado que os fatos aludidos no documentário, ante a própria publicação de um livro de memórias por Mme. S., já eram públicos e notórios (inclusive por iniciativa da autora), não merecendo, por essa razão, a proteção almejada. Estas foram as considerações, no ponto, da Corte de Apelação de Paris:

Se cada um tem, a princípio, o direito de se opor à divulgação de fatos de sua vida privada, esse não é o caso de quando esses já foram legalmente publicizados e não se identifica qualquer culpa nas circunstâncias de uma nova divulgação. Uma sociedade produtora não viola o segredo que deve proteger a vida privada de alguém que foi a amante de um criminoso célebre, quando essa pessoa havia anteriormente, por diversas vezes, tentado publicar suas memórias, o que prova que ela não aspirava que se fizesse silêncio sobre esse período da sua existência. (...) A designação dessa pessoa pelo seu nome não constitui um atentado ao direito que ela possui ao seu nome.

Tendo em vista a conclusão do julgado, vê-se que ele é mais importante historicamente pela introdução da expressão “*le droit à l’oubli*,” cunhada pelo professor Gerard Lyon-Caen, do que propriamente por seu desfecho, uma vez que o Tribunal não reconheceu a pretensão da autora de prescrição do silêncio (*la prescription du silence*).

Há, porém, pontuais registros de fundamentação em julgados franceses mais longevos, com referência expressa, por exemplo, ao *droit à l’oubli*.

No caso *Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse* teria havido a primeira menção na jurisprudência francesa (mais especificamente pelo Tribunal de Grande Instance de Paris) à expressão “*droit à l’oubli*” (1983).

Tratou-se de divulgação pela revista semanal *Paris Match* da fotografia de uma mulher apontada como assassina da esposa e do filho de seu amante. Na fundamentação do julgado, o Tribunal, a par de não admitir a exceção da verdade, considerou atentado à honra a publicação da fotografia e o uso indevido da imagem (visto que sem autorização da retratada), além de não ter vislumbrado correlação entre a divulgação e qualquer informação a ela contemporânea ou fato histórico.

A expressa referência ao *droit à l’oubli* tornou-se célebre na seguinte passagem:

Toda a pessoa que se envolveu em um evento público pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes eventos e do papel que ela desempenhou é ilegítimo se não estiver fundado em necessidades históricas ou se tiver natureza de ferir sua sensibilidade. Este direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo os jornalistas, deve igualmente ser aproveitado por todos os condenados que “pagaram a sua dívida com a sociedade” e buscam reinserir-se. No caso em espécie, a lembrança do passado criminal da interessada violou este direito ao esquecimento. (Apud PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese de Doutorado em Direito. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade

Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9/10/20, p. 142-143. Para mais informações sobre o tema no direito francês, consultar PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018)

Nesse julgado, adotou-se o pressuposto de que, mesmo que o fato seja verdadeiro e tenha, em algum momento, se tornado público, o esquecimento seria pretensão legítima de seu partícipe, sendo oponível até mesmo aos meios de comunicação, sempre que a recordação fira a sensibilidade do indivíduo e inexistia interesse histórico nos fatos.

Segundo Isabella Frajhof, o estudo desse caso fortaleceu os primeiros sinais da acolhida do direito ao esquecimento por parte importante da doutrina francesa. No entanto, ela prossegue pontuando que, em 1990, no caso *Madame Monanges contra Kern et Marque-Maillard*, se teria observado, pela primeira vez na Corte de Cassação da França, o afastamento expresso do direito ao esquecimento, em posição que a Corte vinha mantendo desde então.

Trata-se do caso em que, pela publicação, em 1986, do livro *Un toboggan dans la tourmente, 1940-1945*, o autor da obra (Kern), um resistente à ocupação nazista na França, foi processado pela amante do colaboracionista Chatelat (Madame Monanges) sob o argumento de que a obra violaria sua vida privada.

O julgado, que tem simbologia histórica, contou com a seguinte ementa:

1º) Proteção dos direitos da pessoa/direitos individuais – Respeito à vida privada/à privacidade – Direito ao esquecimento – Possibilidade de invocá-lo – Fatos revelados à época por atas judiciais.

2º) Responsabilidade civil por ato ilícito ou responsabilidade extracontratual – Falta – Autor – Obrigação de prudência e objetividade – Descumprimento – Livro relatando uma condenação – Condenada beneficiada por medida de graça e, posteriormente, reabilitada – Constatação – Efeito.

3º) Não retira as consequências legais de suas conclusões o tribunal de recurso que considera que uma pessoa se beneficiou de uma medida de graça e que sua condenação foi apagada pela reabilitação, e considera, no entanto, que o autor, que relatou essa condenação, não faltou com o dever de prudência e de objetividade que lhe incumbia respeitar. (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007025328/>. Acesso em: 20/10/20. Tradução livre)

Do que se observa no julgado, concluiu a Corte de Cassação da França que, embora exista um dever de prudência do autor quanto ao relato dos fatos, não há atentado à vida privada em publicações lícitamente obtidas em debates judiciais ou relatos da imprensa, inexistindo em tais casos direito ao esquecimento.

No direito alemão, são célebres os casos *Lebach* e *Lebach II*, ambos já amplamente divulgados na doutrina nacional. Apontado por Otavio Luiz Rodrigues Jr. como “um clássico da jurisprudência constitucional alemã,” o caso *Lebach* se tornou de fato célebre, pois nele:

[u]m dos assassinos de quatro soldados do Exército da República Federal da Alemanha, proximamente a sua libertação, ingressou com uma ação para impedir a difusão de um documentário sobre o crime. Após derrotas sucessivas nas instâncias ordinárias, obteve a proteção requerida no Tribunal Constitucional Federal. (RODRIGUES JR. Otavio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparadonao-tendencias-protecao-direito-esquecimento>. Acesso em: 27/9/20)

A despeito do grande apelo do caso (crime de latrocínio) e da intensa cobertura pela imprensa, a Corte Constitucional Alemã, de modo diverso das instâncias que lhe antecederam, compreendeu que:

[d]o embate entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese, deveria prevalecer a proteção da personalidade e a conseqüente proibição de exibição documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar à ressocialização do autor. (Apud MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. *Liberdade de Informar e Direito à Memória – Uma crítica à ideia do direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/6670/3805>. Acesso em: 09/10/20. No mesmo sentido: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito ao esquecimento e as suas fronteiras atuais no Brasil e na experiência estrangeira*. In: FORGIONI, Paula A.; DEL NERO, Patrícia Aurélio; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. (Org.). *Direito Empresarial, Direito do Espaço Virtual e outros desafios do Direito*: Homenagem ao Professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v. 1, p. 947-960)

Desse julgado, cumpre ressaltar os seguintes fundamentos:

(i) o interesse pela informação geralmente tem prioridade no caso de reportagem atual sobre crimes, mas não se trata de precedência ilimitada, pois a intrusão na esfera pessoal não deve ir além de uma satisfação adequada do interesse pela informação, de modo que nome, foto ou outra identificação dos perpetradores do crime nem sempre é permitida;

(ii) não há um prazo previamente definível (pelo menos não com um período fixo de meses e anos para todos os casos) a partir do qual a apresentação dos fatos se torne inadmissível;

(iii) a principal referência para a determinação mais precisa do prazo é o interesse na reinserção do infrator na sociedade, em sua reabilitação ou socialização (objetivo primordial do Direito Penal, notadamente nas penas de prisão);

(iv) a reabilitação exige a criação de pré-requisitos internos para uma vida posterior livre de punição, mas também requer que se criem condições externas que evitem o descaso e a rejeição no meio ambiente; e

(v) no caso concreto, o objetivo da emissora de TV (informar a população sobre a eficácia do processo penal, sobre as medidas de segurança tomadas pelas Forças Armadas e outras consequências da infração) também poderia ser perseguido sem identificação do denunciante. (<https://www.servat.unibe.ch/tools/DfInfo?Command=ShowPrintText&Name=bv035202>. Acesso em: 18/1/21)

Como se nota, no *Caso Lebach*, embora a decisão tenha assegurado a proibição da exibição do documentário sobre fato criminoso relativamente ao qual a pena já fora cumprida, ela o fez não propriamente com amparo em alegado “direito ao esquecimento”, mas sim com base na proteção à personalidade do condenado ante a ausência de contemporaneidade dos fatos; a inexistência de interesse, àquele tempo, no reavivamento do caso, com a identificação do condenado, e o estímulo à ressocialização.

Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet e Arthur Ferreira Neto:

[o] caso Lebach, evidentemente, não menciona expressamente o chamado direito ao esquecimento, mas, com certeza, fixou as bases da discussão jurídica acerca dos mesmos direitos fundamentais que estão em causa e entram em rota de colisão quando se trata do reconhecimento e aplicação de um direito ao esquecimento. (*O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 95)

Otávio Luiz Rodrigues Jr. aponta, ainda, julgado que considera uma espécie de revisitação do tema, com resultados bem diferentes, a que nomina *Caso Lebach II*, de 1999.

Explica que, em 1996, uma televisão alemã produziu uma série sobre crimes que entraram para a história e, dentre eles, estava o crime ocorrido no arsenal militar de Lebach. Todavia, os produtores da SAT 1 (canal responsável pela série) “mudaram os nomes de algumas das pessoas envolvidas e suas imagens não foram exibidas” e, além disso, foram inseridos “comentários explicativos do ex-chefe de Polícia de Munique.”

Tal como se deu na década de 70 com o programa da ZDF, questionou-se, via ação, a “liberdade comunicativa” da emissora de televisão “com argumentos muito similares aos utilizados no Caso Lebach-1,” ao que, todavia, respondeu de modo diverso o Tribunal Constitucional Federal.

A distinção entre os casos – explica Otavio Luiz Rodrigues Jr., com base nos fundamentos utilizados pelo Tribunal – estaria em que, no programa da SAT 1 (Lebach II), não haveria o mesmo “nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional,” pois já haviam se passado mais de 30 anos da ocorrência do crime, de modo que os riscos para a ressocialização teriam sido bastante minorados. (RODRIGUES JR. Otavio Luiz. *Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-naotendencias-protECAO-direito-esquecimento>. Acesso em: 27/9/20. No mesmo sentido: RODRIGUES JR., 2018, p. 947-960)

Conforme aponta Luiz Fernando Moncau, outros casos, ainda, foram discutidos na Alemanha, reforçando o desfecho do caso Lebach II. Destaca o autor:

Em 2007, dois assassinos condenados à prisão perpétua em 1993 pelo homicídio de Walter Sedlmayer ajuizaram ação para impedir uma estação de rádio de manter em seu arquivo on-line uma reportagem sobre evento ocorrido cerca de 10 anos antes. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha considerou que o direito à ressocialização não implicava em um direito de não ser confrontado com seu crime, bem como que, com o passar do tempo, tal reportagem teria apenas limitado interesse público. Este caso foi decidido em julho de 2018 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que apontou que a notícia poderia ser mantida integralmente no sítio eletrônico da rádio sem a necessidade de exclusão do nome dos autores do crime. (MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2020. p. 46)

Casos semelhantes ocorreram em outros países.

O caso *Melvin vs. Reid*, mais conhecido como “Red Kimono” (1931), embora citado recorrentemente no tema “direito ao esquecimento,” tornou-se um clássico pelo fato de ter reconhecido à autora, na Califórnia, consequências típicas do direito à privacidade, “num momento em que [a privacidade] ainda passava por um processo

de afirmação naquele Estado e, de maneira geral, nos Estados Unidos.” (MONCAU, 2020, p. 40)

Àquele tempo, estava em voga o artigo de Louis Brandeis e Samuel Warren, *The Right to Privacy* (*Harvard Law Review* – 1890), em que se apresentava o direito à privacidade na perspectiva do direito de ser deixado em paz (*the right to be let alone*) – expressão que, adiante, passou a ser utilizada como representação do direito ao esquecimento.

A Suprema Corte da Califórnia chegou a citar o conceito de privacidade constante do artigo como “o direito de viver em reclusão, sem estar sujeito a publicidade injustificada e indesejada” e “o direito de ser deixado em paz,” mas o afastou no caso concreto, sob a compreensão de que os fatos em si seriam públicos. A fundamentação adotada para assegurar a Gabrielle Darley Melvin, antiga prostituta, o direito de reparação por ela pleiteado ante a exposição de sua vida pregressa no filme *The Red Kimono* (particularmente o fato de ter ela sido processada e absolvida por um crime de homicídio) decorreu essencialmente de interpretação do art. 1º da Constituição do estado, que assegura um direito fundamental à persecução da felicidade, de modo que seria garantida à autora, já reabilitada, a não intrusão em sua vida e o não ferimento de sua reputação, com proteção a seu nome e a sua imagem (divulgados na película sem sua autorização).

Transcrevo, por oportuno, trecho do julgado:

Oito anos antes da produção de “*The Red Kimono*”, a recorrente abandonou a sua vida de vergonha, reabilitou-se e assumiu o seu lugar como membro respeitado e honrado da sociedade.

Tendo ocorrido essa mudança em sua vida, ela deveria ter tido permissão para continuar seu curso sem ter sua reputação e posição social destruídas pela publicação da história de sua antiga depravação, sem outra desculpa senão a expectativa de ganho privado pelos editores.

Um dos principais objetivos da sociedade, tal como está agora constituída (...) é a reabilitação dos caídos e a reforma do criminoso. (...) Onde uma pessoa por seus próprios esforços se reabilitou, nós, como membros da sociedade que pensamos corretamente, devemos permitir que ela continue no caminho da retidão ao invés de jogá-la de volta em uma vida de vergonha ou crime. (Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Acesso em: 01/02/21. Tradução livre)

No julgado, como se nota, afastou-se a aplicação da então incipiente vertente do direito da personalidade, privilegiando-se a ideia de que se faz necessária, em dadas circunstâncias, a preservação da reabilitação de condenados, a qual decorreria

do direito constitucional à felicidade. Em outros casos emblemáticos com pretensões semelhantes nos Estados Unidos, atribuiu-se consideração maior ao “interesse público” ou “noticioso” dos fatos, arrefecendo-se a concepção de um “direito a ser deixado só.”

A título de exemplo, *vide* os casos *Sidis vs. F-RPublishing Corporation* (1940) e *Briscoe vs. Reader’s Digest Association* (1971).

No primeiro, o pleito fora apresentado pelo jovem Sidis, que teve a infância constantemente noticiada a partir da iniciativa de seu pai, que enviava à imprensa boletins dos impressionantes feitos da criança, um prodígio em matemática. Sidis, que, passados alguns anos dos célebres fatos, optara por uma vida reclusa, teve sua nova condição de vida publicada em um artigo intitulado *Onde Eles Estão Agora – Primeiro de Abril*, na revista *The New Yorker*. O periódico apontava para o abandono do talento pelo rapaz e para as míseras condições de sua moradia. Isabela Frajhof comenta o desfecho do julgado, destacando que “o juiz Clark, em seu voto, embora tenha demonstrado compaixão por Sidis, à luz do conceito de privacidade construído por Brandeis e Warren,” afirmou:

[q]ue a Corte ainda não estaria disposta a garantir uma imunidade absoluta a todos os detalhes da vida privada de qualquer indivíduo que alcançou, ou ao qual foi imposto, o questionável e indefinível *status* de figura pública. (Apud *O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito, aplicação e controvérsias*. São Paulo: Almedina, 2019)

No segundo caso, Marvin Briscoe entrou com uma ação contra a *Reader’s Digest Association*, alegando que a revista, intencional e maliciosamente, havia invadido sua privacidade ao publicar um artigo que revelava fato verdadeiro, mas embaraçoso, sobre a vida passada do postulante, qual seja, sua participação em “sequestro” a um caminhão em Danville, Kentucky. Apontou que, após esse incidente de percurso em sua vida, o querelante abandonou sua “vida de vergonha,” tendo se reabilitado, e passado a viver, desde então, uma vida exemplar, virtuosa e honrada, assumindo respeitável lugar na sociedade, com a presença de muitos amigos (e mesmo sua filha de 11 anos), os quais desconheciam o incidente de sua vida pregressa até a publicação da notícia. Defendeu, assim, a violação de sua privacidade, tendo em vista a desnecessidade de uso de seu nome na descrição dos fatos, a ausência de menção a que se tratava de fato pretérito e sua exposição ao desprezo e ao ridículo.

A Suprema Corte da Califórnia, embora tenha apontado os embaraços a sua vida e feito largas considerações sobre o direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*) como sendo o “direito do indivíduo de determinar, normalmente, em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções devem ser comunicados a outras pessoas,” não reconheceu, no caso, o direito postulado, por compreender ausente a prova da malícia por parte do periódico.

Como se observa, muitos dos precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento, na verdade, passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados em suas razões de decidir, como a ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo.

Desse modo, não obstante os esforços para se identificarem precedentes remotos do que viria a ser o direito ao esquecimento, o que se pode observar, em âmbito judicial, é a utilização discreta de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, aplicada de forma muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade.

Essa compreensão é relevante porque, não raro, buscam os doutrinadores estabelecer um conceito para o direito ao esquecimento embasando-se em tais precedentes, que, como visto, são significativamente distintos na lida com pretensões voltadas ao ocultamento de dados ou fatos dentro de contextos específicos. Não por outra razão, há significativa multiplicidade de definições propostas para a expressão direito ao esquecimento.

Não me parece, todavia, necessária, para debater o tema, a busca de precedentes remotos que amparem a pretensão ora em apreciação. Muito pelo contrário, é na contemporaneidade que se tem mais fértil campo ao trato do tema.

Afinal, com o advento da sociedade digital, a ampliação do nível de exposição a que são submetidos os indivíduos se tornou diretamente proporcional ao anseio por critérios aptos a lhes preservar o recato e por lhes assegurar a contenção na circulação de seus dados pessoais e dos fatos a si atinentes.

Como bem apontado por Leonardo Parentoni, é do século XIX – caracterizado por diversas inovações mecânicas (como a máquina fotográfica instantânea) e pelo surgimento de jornais sensacionalistas – que vem a célebre frase de Warren e Brandeis segundo a qual “o que é sussurrado no *closet* pode vir a ser proclamado, em voz alta, a partir do telhado.” Com o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, especialmente com a invenção dos computadores pessoais e da internet, surgiu “uma miríade de problemas e questionamentos referentes à privacidade antes inimagináveis,” contexto que leva o autor a propor, como reflexão, uma adaptação da frase de Warren e Brandeis:

O que é sussurrado no *closet* pode vir a ser reproduzido não apenas no telhado e para poucas pessoas, mas em qualquer canto do mundo, para um número indeterminado de pessoas, a um custo geralmente muito baixo. E mais: pode continuar sendo reproduzido indefinidamente, enquanto houver alguém interessado em acessar esse conteúdo, mesmo contra a vontade dos sujeitos envolvidos. (PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao Esquecimento (*Right*

to *Oblivion*). In LUCCA, Nilton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia (Coord.). *Direito e Internet III – Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2014*. Quartier Latin).

Na conjuntura contemporânea, o *droit à l'oubli*, vinculado que estava conceitualmente ao âmbito penal pretérito, já não servia ao propósito de abarcar as diversas pretensões de ocultação de fatos atinentes a um indivíduo. É nesse ponto que surge o pretense direito ao esquecimento, o qual, com o advento da *internet*, deu início a uma nova fase ao associar o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na rede.

O caso mais representativo da passagem do *droit à l'oubli* ao direito ao esquecimento, com a amplitude hoje atribuída a essa expressão, foi o chamado Caso González (Processo C-131/12 – Tribunal de Justiça da União Europeia), do qual trataremos a seguir.

I. 2. UM RECORTE NECESSÁRIO: A DIRETIVA EUROPEIA. O JULGADO GOOGLE ESPANHA E A AMPLITUDE DE SEU DESFECHO FRENTE AO TEMA EM APRECIACÃO NESTES AUTOS

Em breve síntese: Mario González, cidadão espanhol, moveu, perante a *Agencia Española de Protección de Datos*, demanda contra o jornal *La Vanguardia Ediciones SL (La Vanguardia)* e contra a *Google Spain* e a *Google Inc.*, arguindo violação de sua privacidade e da proteção de seus dados, pois em pesquisa por seu nome em tais provedores de busca, se identificavam *links* com referência a leilão de imóvel de sua propriedade para pagamento de dívidas junto à Seguridade Social Espanhola. Arguindo que se tratava de recuperação de crédito de longínqua data, pleiteava do *La Vanguardia*, em cujo sítio a informação estava hospedada, a proteção de seus dados (pela supressão das informações, por sua alteração ou pelo uso de ferramentas tecnológicas) e, do *Google Spain* e do *Google Inc.*, a supressão de seus dados pessoais de suas páginas, de maneira a que a busca por seu nome não mais o associasse àquele fato passado.

O caso, inicialmente julgado pela *Agencia Española de Protección de Datos*, chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Em interpretação à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção de dados pessoais e à livre circulação de dados, o TJUE – no que interessa ao estudo destes autos – considerou que o tratamento de dados realizado pelos provedores (*Google Spain* e *Google Inc.*) ampliaria a facilidade de acesso a informações pessoais dos indivíduos, amplificando a exposição de sua privacidade. Não possuindo, ademais, a atividade dos provedores caráter jornalístico, estariam eles obrigados a proceder à desindexação das informações do demandante.

O julgado Google Espanha (Caso González) teve forte impacto na percepção do direito ao esquecimento, influenciando a doutrina, a jurisprudência e mesmo as pretensões legislativas de diversos países (inclusive o Brasil).

Importante, desse modo, conhecer o alcance do julgado, a fim de que não se promova grave distorção do entendimento do TJUE nem se adote, apressadamente, o mesmo desfecho em ordenamento jurídico distinto.

Nesse sentido, alertou Frajhof que, “de maneira contraditória, muitas decisões judiciais e propostas legislativas têm sido fundamentadas na decisão do caso González (...) para estabelecer coisas diversas do que foi definido pelo TJUE.” A autora cita como exemplo a lei federal russa nº 264-FZ2, “que foi anunciada como uma resposta à decisão do TJUE,” mas teria criado, a título de “direito ao esquecimento,” “um direito *sui generis* de desindexação que abarca situações muito abrangentes, sem a previsão de qualquer exceção a pedidos que envolvam o interesse público da informação.” Prossegue a autora afirmando que “a mesma crítica pode ser dirigida aos projetos de lei brasileiros relativos ao tema que tramitam no Congresso Nacional.” (FRAJHOF. Isabela Z., *O Direito ao Esquecimento na Internet: conceito, aplicação e controvérsias*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 73)

O Caso González se insere em um contexto maior de debates que vinha sendo travado na União Europeia. É que *the right to be forgotten* (o direito de ser esquecido) foi significativamente suscitado por Viviane Reding durante sua gestão como *Vice-President of the European Commission* (2010-2014), entre suas propostas de atualização das normas europeias sobre proteção de dados pessoais. Em Conferência de Inovação Digital na cidade de München (janeiro de 2012), após citar outros meios destinados à proteção de dados pessoais (como a transparência na coleta e a facilidade de acesso dos cidadãos aos seus dados pessoais e portabilidade de suas informações), apontou a autoridade:

[o]utra forma importante de dar às pessoas controle sobre seus dados: o direito de ser esquecido. Quero esclarecer explicitamente que as pessoas têm o direito – e não apenas a “possibilidade” – de retirar o seu consentimento para o tratamento dos dados pessoais que elas próprias forneceram. (Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_26. Acesso em: 28/1/21. Tradução livre)

Na ocasião, a Vice-Presidente da Comissão Europeia externou, ainda, sua preocupação com a capacidade da memória digital e seu impacto sobre a privacidade dos indivíduos, propondo, em contraponto, uma maior autodeterminação dos usuários da rede quanto a seus dados pessoais:

A Internet tem capacidade de busca e memória quase ilimitada. Portanto, mesmo pequenos fragmentos de informações pessoais

podem ter um grande impacto, mesmo anos depois de serem compartilhados ou tornados públicos. O direito de ser esquecido terá como base as regras já existentes para lidar melhor com os riscos de privacidade *online*. É o indivíduo que deve estar em melhor posição para proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não. Por conseguinte, é importante capacitar os cidadãos da UE, especialmente os adolescentes, para estarem no controle da sua própria identidade online. A propósito, 81% dos cidadãos alemães estão preocupados por não terem mais controle sobre seus dados pessoais!

Se um indivíduo não quiser mais que seus dados pessoais sejam processados ou armazenados por um controlador de dados e não houver motivo legítimo para mantê-los, os dados devem ser removidos de seu sistema.

Propunha, então, a Vice-Presidente da Comissão Europeia que ao cidadão se desse a liberdade de “proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não” e de se manter no controle do uso desses dados, optando por removê-los dos sistemas a que fornecidos.

Tratava-se, portanto, de *proposta que se voltava essencialmente aos dados voluntariamente fornecidos (para os quais incidiria a liberdade não só no momento do fornecimento, mas também, no mesmo passo, para retirar a autorização dada na coleta.)*

Ademais, *destacou a conferencista não ser o direito absoluto, sendo passível de ponderação frente às liberdades de expressão e de comunicação. Transcrevo:*

O direito de ser esquecido obviamente não é um direito absoluto. Existem casos em que existe um interesse legítimo e legalmente justificado em manter os dados numa base de dados. *Os arquivos de um jornal são um bom exemplo. É claro que o direito de ser esquecido não pode equivaler a um direito ao apagamento total da história. O direito de ser esquecido também não deve ter precedência sobre a liberdade de expressão ou a liberdade dos meios de comunicação.*

As novas regras da UE incluirão disposições explícitas que garantam o respeito pela liberdade de expressão e informação. Afinal, há muitos anos sou a Comissária da Comunicação Social da UE e nunca transigirei na luta pelos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Isto também se aplica ao domínio da proteção de dados, que é outro direito fundamental importante, mas não absoluto. (Tradução livre, grifos nossos)

Nesse sentido, Graux apontou que a referência da União Europeia se destinaria a “providenciar uma base legal para que [os cidadãos] pudessem exercer um maior controle sobre a disponibilidade e uso de seus dados pessoais.” (GRAUX, Hans; AUSLOOS, Jef; VALCKE, Peggy. *The Right to be Forgotten in The Internet Era*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2174896>. Acesso em: 2/1/21)

Antes, porém, da efetiva mudança legislativa, cuja necessidade vinha sendo anunciada, o Caso González foi posto à apreciação do Tribunal de Justiça Europeu.

Como dito, tratava-se de pretensão de cidadão espanhol que objetivava não ver seu nome associado a fato de seu passado remoto, qual seja, *leilão de imóvel de sua propriedade a que fora submetido em função de uma dívida junto à previdência espanhola.*

A solução adotada pelo TJUE foi o reconhecimento de que *os mecanismos de busca podem ser instados a remover da indexação do buscador informações que contenham dados pessoais dos indivíduos quando esses assim o desejarem e sempre que aquelas informações sejam inadequadas, impertinentes ou excessivas, sem prejuízo, todavia, da manutenção da informação nos links da web onde a notícia houver sido originalmente publicada.*

É certo que o TJUE não utilizou a expressão “direito ao esquecimento” para designar o direito que consagrava ao cidadão González, mas definiu que o tratamento de dados, mesmo lícito em sua origem, poderia se “*tornar, com o tempo, incompatível com es[s]a diretiva [nº 95/46] quando esses dados já não [fossem mais] necessários [para atender] às finalidades para que foram recolhidos ou tratados*” e esclareceu que “*tal é o caso, designadamente, quando são objetivamente inadequados, quando não são pertinentes (...) ou quando são excessivos [para atender] a essas finalidades (...).*” Decidiu, também, o Tribunal que essa proteção aos dados tinha por finalidade a defesa da privacidade do indivíduo, sem necessidade de dano concreto, bastando o caráter sensível da informação para a vida privada dessa pessoa.

Observe-se que, em essência, o TJUE partiu de premissas semelhantes às contidas nas tradicionais invocações do direito ao esquecimento, distinguindo-se sua conclusão pela peculiaridade de que o caso respeitava ao âmbito digital, razão pela qual a ordem de contenção à alegada violação de privacidade do indivíduo se direcionava a sujeitos da sociedade da informação, concretizando-se, no caso – na opção adotada pelo TJUE – pela determinação aos provedores de busca de desindexação dos *links da web* que referenciavam dados pessoais do pleiteante.

Como se vê, em síntese, há diferentes direitos (ou figuras jurídicas) que se reconduzem a nomenclaturas mais ou menos genéricas como (a) direito ao esquecimento; (b) direito a ser esquecido; (c) direito à desindexação, (d) direito a apagar dados e (e) direito a ser deixado em paz.

Compreendidos os pressupostos adotados pelo TJUE, destaco que *nestes autos não se trará uma apreciação do exato alcance da responsabilidade dos provedores de internet em matéria de indexação/desindexação de conteúdos obtidos por motores de busca.*

A uma, porque a desindexação foi apenas o meio de que se valeu o TJUE para garantir ao interessado o direito pretendido (que a informação que englobava seus dados pessoais deixasse de estar à disposição do grande público), *não se confundindo, portanto – e ao contrário do que muito se propala –, desindexação com direito ao esquecimento.*

A duas – e sob a mesma ordem de ideias –, porque o tema desindexação é significativamente mais amplo do que o direito ao esquecimento. Há inúmeros fundamentos e interesses que podem fomentar um pedido de desindexação de conteúdos da rede, muitos dos quais absolutamente dissociados de um suposto de direito ao esquecimento.

A controvérsia constitucional em debate nesta repercussão geral não pode ser generalizada *tout court* para outras áreas do ordenamento jurídico que já possuam regras específicas e parcelares ou que tenham configurado um sistema próprio de tratamento informacional, como leis mais recentes, a exemplo das que tratam do acesso à informação, à proteção de dados ou o marco civil da *Internet*.

A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, em processo da *minha relatoria*, de matéria relativa à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da *Internet* no que tange à exigência de ordem judicial para a retirada ou a indisponibilização de conteúdo ilícito e à responsabilização do provedor (Tema 987, RE 1037396-RG, DJe de 4/4/18). Naqueles autos, com maior propriedade, se poderá adentrar no exame da eventual responsabilidade – e em que nível – dos provedores de busca pelos conteúdos disponibilizados em páginas da *web*.

O que sobreleva extrair do julgado González é a percepção de que o alegado direito ao esquecimento – que já havia outrora evoluído em relação a sua roupagem exclusivamente vinculada ao âmbito criminal – passou a ser também invocado no âmbito digital (com soluções especificamente dirigidas a sujeitos da rede mundial de computadores).

De outro lado, constata-se ainda *uma paulatina invocação ao direito ao esquecimento por indivíduos em geral (não apenas por condenados) e em âmbitos alargados da vida (não apenas para fins de reabilitação penal)*. E é precisamente por se tratar de um conceito em formação inserido em um contexto de alto nível de exposição dos indivíduos que é preciso delimitar mais precisamente seu alcance.

Por essa razão, compreendo relevante definir qual é o sentido que se atribui neste julgado à expressão, a fim de se evitarem ruídos quanto ao que venha a ser firmado por esta Corte sobre o tema.

II - DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOMENCLATURA E ELEMENTOS ESSENCIAIS

II.1 – NOMENCLATURA

Do ponto de vista conceitual, não se ignoram as inúmeras críticas à expressão direito ao esquecimento. Mesmo os defensores de sua existência apontam que “não é a mais adequada para designar o direito em questão, já que, a rigor, traduz apenas um

efeito desejado e não necessariamente alcançado pelo sujeito envolvido na informação cuja disseminação pretende restringir.” (VIDIGAL. Leonardo Bruno Marinho. *O Direito ao Esquecimento e a incipiente experiência brasileira: incompreensões sobre o tema, limites para sua aplicação e a desafiadora efetivação no ambiente virtual*. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31062/31062.PDF>. Acesso em: 26/9/20)

Por outro lado, aponta-se que a expressão estaria sendo usada para designar situações jurídicas em tudo diversas e, por fim, que não corresponderia à tradução mais fiel das expressões usadas em âmbito internacional. (RODRIGUES JR, 2013. Em sentido idêntico: RODRIGUES JR., 2018, p. 947-960)

As críticas não são infundadas.

Quanto à expressão direito ao esquecimento, consigno que, embora não corresponda fielmente a suas versões em língua estrangeira, trata-se de nome já difundido em nossa doutrina e em decisões da Justiça nacional, pelo que, neste voto, em busca da racionalidade hermenêutica, se manterá o uso do termo.

No que respeita à multiplicidade de situações que se pretende ver abarcada pelo termo direito ao esquecimento, importa reconhecer que, de fato, para a construção de um conceito, se deve partir do pressuposto de que, juridicamente, não se podem conceber, sob o mesmo título, manifestações absolutamente distintas, sob pena de não se ter um verdadeiro instituto.

Kant já ensinava que o conceito é resultado da existência de várias espécies semelhantes das quais se recolhem características comuns com o que se chega a uma ideia geral.

Para que um conceito jurídico se forme, portanto, é necessário que, dentre todas as abstrações de seus elementos, se possa localizar ao menos um que se faça presente em todas as situações nas quais o direito seja invocado, e que esse (ou esses elementos), ademais, confira identidade a esse direito distintiva em face de outros institutos jurídicos já consagrados (afinal, se seu conceito o tornar identificado a direitos já expressos no ordenamento pátrio, não há razão para que exista, uma vez que as pretensões sob ele estabelecidas já encontrariam adequados meios de satisfação).

Duas são, portanto, as questões a serem respondidas na delimitação conceitual do alegado direito: (i) que elementos essenciais formariam a identidade do pretenso direito ao esquecimento? e (ii) que traço o distinguiria dos direitos já previstos e consolidados no ordenamento brasileiro?

II. 2. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

(a) Licitude da Informação

Começo destacando que, para fins de abordar o direito ao esquecimento, é necessário apartar de sua abrangência as informações ilícitas, ou seja: é preciso desconsiderar as informações inverídicas e as informações adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei.

Para a proteção contra informações inverídicas ou ilicitamente obtidas/utilizadas, o ordenamento jurídico é farto, seja em âmbito penal, seja em âmbito cível.

Penalmente, tutela-se, por exemplo, a honra por meio de tipificação das condutas de injúria, calúnia e difamação (arts. 138 a 140 do CP); pune-se a divulgação de fatos inverídicos em âmbito eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral); protegem-se as comunicações eletrônicas privadas por meio da tipificação das invasões a dispositivo informático (Lei nº 12.737/12); tutela-se, ainda, a vítima de estupro relativamente à divulgação da cena do crime (Lei nº 13.718/18, assinada por mim no exercício interino da Presidência da República).

No âmbito cível, a par da previsão de indenização nos crimes contra a honra (art. 953 do CC/02), inúmeras normas asseguram medidas para impedir ou fazer cessar o comportamento ilícito dirigido ao nome ou à imagem, sendo exemplo mais genérico a proteção do art. 12 do CC/02: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

No contexto digital, observa-se, em escala global, intensa movimentação jurídica.

A título de exemplo, a par do sistema de autorregulação – no qual as plataformas digitais e as empresas de publicidade estabelecem para si normas de conduta –, observam-se países adotando severas medidas regulatórias. Nesse sentido, a Alemanha aprovou, em 2017, lei que confere grande responsabilidade às plataformas digitais pela disseminação de notícias falsas ou de discursos de ódio. Entre as principais obrigações previstas na lei, consta a determinação de que as redes sociais e as plataformas de compartilhamento de vídeo criem sistemas de denúncia pelos próprios usuários. Os conteúdos manifestamente ilegais devem ser removidos no prazo de 24 horas, a contar da reclamação ou de determinação judicial.

A França aprovou, no final de 2018, lei de combate à desinformação mirando o período eleitoral, a qual também obriga as plataformas digitais a criar um sistema de denúncias. Ademais, exige-se transparência por parte dessas plataformas quanto aos algoritmos por elas utilizados.

No Reino Unido, o Parlamento Britânico divulgou um relatório em julho de 2018 propondo medidas para combater a desinformação, dentre elas a instituição de um código de ética para as plataformas *online* que determine a remoção de conteúdos danosos a partir de denúncias dos usuários e a adoção de medidas para o aumento da transparência das plataformas relativamente aos usuários e ao Poder Público.

No Brasil, foi editado o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, em processo de *minha relatoria*, da matéria relativa à constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet no que tange à exigência de ordem judicial para a retirada ou indisponibilização de conteúdo ilícito e a responsabilização do provedor (Tema nº 987, RE nº 1.037.396-RG, DJe de 4/4/18). O debate instaurado no aludido processo

insere-se na reflexão relativa à necessidade ou não de decisão judicial para a remoção, sobretudo, de conteúdo *falso* da internet, a qual está no cerne dos debates acerca dos mecanismos adequados para o combate à *desinformação*.

Diferentemente, o que se invoca com o direito ao esquecimento é a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados *verdadeiros licitamente obtidos*, amparando-se na alegação, em essência, de que, pelo decurso do tempo, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, ao passo que sua ocultação (ou ocultação dos elementos pessoais dos envolvidos) melhor serviria aos propósitos constitucionais, sobretudo à proteção dos direitos da personalidade.

Não desconheço, ressalte-se, que parcela da doutrina trata do direito ao esquecimento abarcando fatos lícitos e ilícitos. Porém, como salientei, *o ordenamento brasileiro é farto em dispositivos voltados à proteção da pessoa, da personalidade e da privacidade humana diante de divulgação ilícita (fato inverídico ou dado coletado/utilizado em desconformidade com a lei)*.

Não por acaso, foi justamente porque invocado um direito a não publicação de fatos ou dados verdadeiros licitamente obtidos que a pretensão nominada direito ao esquecimento ganhou notoriedade e centralidade em diversos debates em âmbito nacional e internacional.

Reafirmo, portanto, ser necessário esse recorte para melhor precisar o conceito do direito ao esquecimento: as informações cuja comunicação se pretende obstar devem ser lícitas.

Como definiu Sérgio Branco, abordando uma das facetas da licitude da informação:

[a] veracidade da informação deve estar presente para invocar o direito ao esquecimento. Tratando-se de informação falsa, outros devem ser os mecanismos a serem preferencialmente utilizados, tais como o direito de resposta ou o dever de o meio de comunicação atualizar a informação com os dados mais novos ou mais precisos (...).

Ainda que nestes casos vá-se ao extremo de se suprimir a informação de acesso ao público por ordem judicial, não se deve qualificar tal hipótese como direito ao esquecimento, já que não é algo que se queira esquecer, apagar, mas tão somente informação que, por ser falsa, deve ser combatida por violar outros direitos. (BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. p. 174)

Não basta, todavia, a licitude da informação para caracterizar o pretenso direito ao esquecimento. No cerne da alegação em favor de um direito ao esquecimento de fatos passados está a compreensão de que, não obstante se trate de fatos verdadeiros,

sua utilização temporalmente distante de sua ocorrência os tornaria descontextualizados. É nesse aspecto que surge o segundo elemento definidor do direito ao esquecimento: o decurso do tempo.

(b) Decurso do tempo: o aspecto temporo-espacial

Pode-se afirmar que a passagem do tempo constitui a viga central do apontado direito ao esquecimento. As falas em defesa de sua existência na audiência pública evidenciam essa relação. Transcrevo, a título de exemplo, as diversas menções ao que viria a ser o direito em tela, sempre apresentado em sua relação com o tempo:

Também não se pode pretender, com o direito ao esquecimento, reescrever-se a história. Não é isso que se busca: reescrever-se a história ou alterar-se a verdade dos fatos. O que se busca é não ter a identidade de um determinado indivíduo estigmatizada *por fatos ocorridos no passado que deixaram de ter uma relevância pública.* (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Manifestação oral pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto)

A questão que eu vejo que é de máxima relevância é: *até quando a inexorabilidade de fatos justifica o prevalecimento da liberdade de expressão aos direitos de personalidade? Existe um tempo?* Porque, vamos dizer, a difusão dos veículos de comunicação, como disseram, é regra constitucional, mas eles estão *marcados no tempo* ou eles podem, *ad perpetuam*, estabelecer que essa liberdade de expressão da comunicação vai prevalecer ao direito de personalidade, de imagem, de honra do titular desse direito de personalidade? *Ele tem um tempo ou ele é perpétuo? Essa é a questão que está sendo debatida.* (Desembargador José Carlos Costa Netto. Manifestação oral pelo Tribunal de Justiça de São Paulo)

[O direito ao esquecimento] não atribui a ninguém o direito de apagar fatos – não se discute isso –, ou reescrever a própria história – também não se discute isso –, mas apenas assegura a *possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos pretéritos*, mais especificamente ao modo e à finalidade [com] que são *lembrados*. (Professor Renato Opice Blum - manifestação oral pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER)

Como se observa, a pretensão encerrada no título direito ao esquecimento tem o tempo como elemento central porque seria ele propulsor de degradação da informação do passado, a qual – mesmo verdadeira – se faria desatualizada e descontextualizada, porque divulgada em momento significativamente díspar da

ocorrência dos fatos, induzindo a uma percepção fragmentada sobre a pessoa do envolvido. Isso também foi expresso em outra manifestação oral da audiência pública:

Nesses países europeus, a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde a um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado *que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa*. Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, *impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é*.

Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade. (Professor Doutor Anderson Schreiber - Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Audiência Pública STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOEBREODIREITOAESQUECIMENTO_Transcries.pdf. Acesso em: 10/10/20)

A pretensão ao direito ao esquecimento vincula-se, então, a um elemento temporo-espacial: a passagem do tempo seria capaz de tornar opacas as informações no *contexto espacial*, a tal ponto que sua publicação não retrataria a completude dos fatos nem a atual identidade dos envolvidos.

Os efeitos dessa descontextualização, é certo, são apreciados de forma distinta pelos autores.

Para Mayer-Schönberger, a apreciação de apenas fragmentos da realidade (trechos do passado com trechos atuais) induz que a memória digital negue o tempo (*“digital remembering negates time”*). (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age; with a New Afterword by the Author*. Princeton University Press, 2011, p. 113)

A referência feita ao meio virtual indica a memória digital como implacável, em contraste com a memória humana, que teria a recordação como exceção e não como regra, sob mecanismo refinadamente formado no caminho evolutivo humano para permitir o desenvolvimento da personalidade.

Em linha semelhante de raciocínio, é suscitado, com frequência, o “mecanismo de repressão de memórias,” proposto por Sigmund Freud como sendo:

[m]ais um engenho, voluntário ou não, de que se vale o cérebro humano (mais especificamente, determinadas regiões do córtex pré-frontal e dorsolateral) para reduzir ou suprimir da consciência memórias que se preferem olvidar, acontecimentos desagradáveis que remetem a uma dor, uma humilhação ou uma vergonha.

Desse modo, fatos que não se desejam manter na consciência são suprimidos e ficam de certa forma impedidos de regressar [...] à evocação voluntária. Com isso, memórias indesejáveis são mantidas [a] distância, ainda que não sejam apagadas completamente. (MAURMO, Julia Gomes Pereira. *O Direito ao esquecimento sob a perspectiva da saúde individual*. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitosdifusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/o-direito-aoesquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual/>. Acesso em: 28/1/21)

Essa mesma abordagem foi trazida na audiência pública pelo Dr. Roberto Algranti Filho, advogado dos recorrentes, que destacou, com enfoque nas vítimas de divulgação de fatos passados traumáticos, a associação entre direito ao esquecimento e promoção do direito à saúde, como forma de superação do estresse pós-trauma.

Nesse contexto, para parcela dos defensores do direito ao esquecimento, a perpetuação na memória coletiva de acontecimentos que, naturalmente, teriam seu espaço reduzido na consciência de certos indivíduos impõe a esses, além de sua estigmatização, prejuízo a sua psique.

Relevante, ainda, observar a construção doutrinária segundo a qual a passagem do tempo imporia a perda do interesse público na divulgação da informação. Apreciando essa concepção, Viviane Maldonado destaca:

De acordo com esse princípio, a revelação de fatos individuais somente é possível quando estes são relevantes e presentes.

Nessa linha lógica, pode-se compreender que, embora em um determinado momento haja pertinência na existência da informação pública, esta relevância pode desaparecer como efeito do próprio transcurso do tempo. (MALDONADO, Viviane Nóbrega. *O direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 28/1/21)

Por fim, também digna de nota é a percepção segundo a qual, com a passagem do tempo, ao indivíduo “é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal,” de modo que:

[i]mpor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções. (BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 28/1/21)

O que se observa é que, conquanto os efeitos da passagem do tempo sejam apresentados de distintas formas pelos doutrinadores (descontextualização, fragmentação, prejuízo à psique do envolvido, apelo ao perdão ou perda do interesse público), é ponto comum que o elemento temporal definidor do pretensão direito ao esquecimento não seria computado pelo transcurso de um exato número de dias, meses ou anos, mas sim por *decorso temporal suficiente para descontextualizar a informação relativamente ao momento de sua coleta*.

É sob essa concepção de que a passagem do tempo pode descontextualizar as informações ou os dados pessoais comparativamente ao momento em que foram produzidos ou coletados que se aproximam a concepção original do direito ao esquecimento (advinda do *droit à l'oubli* e mais associada à defesa dos direitos da personalidade) e sua perspectiva mais recente (elaborada a partir do julgado do TJUE no caso Google Espanha e ligada à proteção dos dados pessoais, com maior influência da doutrina do direito de ser deixado em paz – *the right to be alone*).

Relevante afirmação de Bert-Jaap Koops sobre o direito ao esquecimento reforça essa aproximação entre suas vertentes:

[a] pesar dos inúmeros conceitos, parece haver um denominador comum na literatura [quando] uma pessoa possui um interesse (...) em não ser confrontado por outros com elementos do seu passado, ou particularmente com dados do seu passado que não são mais relevantes para decisões sobre ela no presente. (KOOOPS, Bert-Jaap. *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the 'Right To Be Forgotten' in a Big Data Practice*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986719. Acesso em: 2/2/21)

A menção é importante porque, desde a decisão do TJUE, diversos autores passaram a nominar o direito ao esquecimento apenas na vertente do controle de dados, o que amplificou a dificuldade de uniformização do conceito de direito ao esquecimento.

Todavia, *neste voto, nos ateremos ao que aproxima as diferentes vertentes do direito ao esquecimento, tendo em vista o interesse de quem o invoca de não vir a ser*

confrontado por outros elementos de seu passado (informações ou dados) que se alega não serem mais relevantes no presente.

É notório que as pretensões relativas ao direito ao esquecimento são desmembráveis em subtipos, consoante o objeto do “esquecimento” (*atos ou dados*) e o meio de comunicação adotado para veiculação da notícia (*plataformas tradicionais ou virtual*). De tais subdivisões, porém, não concebo a índole de pretensões distintas, razão pela qual *considero pertinente a apreciação em conjunto (sem prejuízo do reconhecimento das especificidades de cada linha do tema).*

Nesse sentido, adoto a ponderação de Daniel Bucar, para quem:

*[a]partar a mídia televisiva de outros meios de comunicação é emprestar à informação tratamento fragmentado não condizente com a sua perspectiva unitária, haja vista que uma informação terá o mesmo conteúdo qualquer que seja o seu meio de transmissão. Portanto, afora tecnicidades específicas de cada mídia, a disciplina jurídica em torno da informação independe do meio de comunicação em que é veiculada, não se justificando, desta forma, a exclusão do ambiente virtual quanto à aplicação de eventual direito ao esquecimento, sobretudo porque é este o locus próprio para o seu estudo na contemporaneidade, tornando-se anacrônico o fracionamento e a demarcação da disciplina apenas para a mídia televisiva. (BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucarcivilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 28/9/20, grifos nossos)*

Do mesmo modo, Denise Pinheiro aponta que, não obstante a maior complexidade do ambiente virtual:

*[o] cenário diferente não é argumento suficiente para cindir o estudo, que deve se concentrar na fluência temporal como um possível obstáculo à livre expressão independentemente do veículo que se pretende promover a comunicação. Por este motivo, defende-se a importância de um estudo conjunto dos elementos essenciais sobre o tema, embora não se negue a existência de especificidades quando a questão [se concentra] no ambiente da internet. (PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28/9/20)*

Em conclusão, a partir desses elementos essenciais, podemos entender o nominado direito ao esquecimento como a *pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.*

É, então, sob tais elementos da pretensão, que, nestes autos, se deve apreciar a aceitação ou não pelo ordenamento jurídico pátrio de um direito correspondente.

III. EXISTIRIA UM DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO?

É possível identificar três posições sobre a suposta existência de um direito fundamental ao esquecimento.

A primeira posição é a que reconhece existir um *direito fundamental explícito.*

A segunda posição é a que afirma haver um *direito fundamental implícito*, decorrente, ora da dignidade humana, ora da privacidade, nada impedindo que o Congresso Nacional venha a restringir ou ampliar seu suporte fático em cada circunstância. (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação.* p. 209; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *et alii.* A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 33-70, jan./mar. 2018)

A terceira posição é a que *não reconhece sua existência como direito fundamental autônomo*, mas que admite identificá-lo como integrante do *suporte fático* de algum dos direitos fundamentais do art. 5º, inciso X (a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), com reflexos no direito ordinário.

Verifica-se, portanto, ser comum a todas as concepções a íntima associação do direito ao esquecimento com os direitos da personalidade.

De fato, sobressai, em todos os precedentes em que se asseguraram os efeitos pretendidos pelos que invocam o direito ao esquecimento (como nos casos *Melvin vs. Reid*, *Madame M.*, *Lebach I* e mesmo *Google Espanha*), a menção, nas razões de decidir, a expressões que remetem ao livre desenvolvimento da personalidade, tais como: “proteção ao nome, à imagem ou a outra identificação dos perpetradores do crime;” “reabilitação ou socialização do apenado;” “criação de condições externas que evitem o descaso e a rejeição no meio ambiente;” “permissão do retorno ao caminho da retidão;” “ferimento à sensibilidade;” “amplificação à exposição da privacidade” etc.

Essa íntima relação entre o direito ao esquecimento e os direitos da personalidade/privacidade faz suscitar questionamentos. De um lado, quanto à própria existência do direito ao esquecimento, indaga-se: *é possível conceber um direito que está sempre direcionado a garantir outra espécie de direito (nome, imagem, honra, ressocialização, proteção de dados)?* De outro lado, para os que defendem sua existência, a íntima relação com os direitos fundamentais suscita questionamentos

quanto à autonomia do direito ao esquecimento frente àqueles. Isso porque a relação seria tão limítrofe que:

[c]om frequência, a ideia de um direito ao esquecimento é confundida com as próprias noções de intimidade, privacidade, vida privada ou proteção de dados pessoais. Em alguns casos, o uso da expressão “direito ao esquecimento” parece servir apenas ao propósito de emprestar renovada força a direitos já existentes ou a seus fundamentos jurídicos. (MONCAU, Luiz Fernando. *Direito ao esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais*. Op. cit., loc. cit)

A meu ver, a resposta para tais questionamentos vai claramente no sentido da inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um direito genérico com essa conformação, seja expressa ou implicitamente.

O que existe no ordenamento são expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações.

Vide a previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 43, §1º, da Lei nº 8.078/90) de que os cadastros de consumidores não podem “conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos,” ou, ainda, a previsão do Código Penal (arts. 93 a 95) quanto à reabilitação do condenado, que “poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução,” assegurando-se ao condenado “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.” Ou, ademais, a previsão, quanto ao universo digital, trazida pela Lei nº 12.965/14 (o Marco Civil da Internet), que assegura como direito do usuário da rede a “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet a seu requerimento, ao término da relação entre as partes,” ressalvadas apenas “as hipóteses de guarda obrigatória de registros” (art. 7º, X).

Tais previsões, todavia, não configuram a pretensão do direito ao esquecimento. Relacionam-se com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado. Desse modo, eventuais notícias que tenham sido formuladas – ao tempo em que os dados e/ou as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, licitamente obtidos e tratados.

Não nego o impacto do tempo na percepção humana dos acontecimentos que envolvem informações ou dados dos indivíduos, pois é certo que a mesma informação ao tempo dos acontecimentos e anos após servirá, a cada divulgação, a propósitos diversos. *Porém, a meu ver, a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar a condição de uma publicação ou um dado nela contido de lícita para ilícita.*

Ademais, como já advertia Heráclito de Éfeso em cerca de 500 a.C., *ninguém pisa duas vezes nas águas do mesmo rio, visto que as águas e o próprio ser estão em constante devir. E, se, com o tempo, mudam as águas e mudam os seres, também muda o contexto em que uma informação ou uma notícia é veiculada e apreendida no decorrer do tempo.*

A mudança promovida pelo tempo, porém, é de contexto social, não de fatos. Esses se mantêm preservados e são, inclusive, objeto de estudo das ciências sociais, tanto quanto os fenômenos da natureza são objeto das ciências naturais. E as ciências sociais não se debruçam apenas sobre o tempo presente. Ao contrário, há ciências que se dirigem, de modo especial, ao tempo passado. Há outras, por seu turno, cujo objeto é exatamente o comportamento ou a psique humanos. De modo especial, a essas últimas importa conhecer o sujeito: seus hábitos, sua vida, sua história, seus atos.

Se não cogitamos apresentar o Sistema Solar sem indicar o Sol, como podemos supor falar de fatos sem consideração ao comportamento humano?

Negar acesso a fatos ou dados simplesmente porque já passados é interferir, ainda que indiretamente, na ciência, em sua independência e em seu progresso.

Nesse ponto, compreendo relevante rememorar que, entre os fundamentos desta Corte para declarar a constitucionalidade da chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), esteve, nas palavras do Relator, Ministro *Cezar Peluso*, a compreensão de que a norma não “impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão,” como bem elucidado no parecer da Procuradoria-Geral da República:

Reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.

106. Com a precisão habitual, o Ministro Sepúlveda Pertence, em entrevista antes referida, afirmou que:

[v]iabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha.

Quando esta Corte, portanto, julgou constitucional a Lei de Anistia, assim o fez porque o estudo, a análise, a apuração dos fatos foram preservados. A decisão política pela anistia dos graves delitos praticados foi uma opção realizada pela mudança de contexto sociopolítico – foi fruto de um acordo, destacou o Ministro *Cezar Peluso*, de quem tinha legitimidade naquele momento histórico para celebrá-lo. Entretanto,

a verdade dos fatos e, no mesmo sentido, a busca por ela, nunca esteve sob o jugo do tempo. São coisas distintas.

Não há, assim, que se confundir o cumprimento da ordem penal – do qual pode decorrer eventual punibilidade, prescrição, anistia ou qualquer outro meio de atendimento a suas normas – com o intuito de divulgação dos fatos.

A reabilitação, por exemplo, é instituto penal, com requisitos específicos. Uma vez atendidos, assegura-se ao condenado “o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”. Isso não implica, todavia, prejuízo ao conhecimento – mesmo *a posteriori* – dos fatos criminosos eventualmente noticiados.

A lógica não se restringe ao âmbito penal, mas a toda ordem jurídica. O cumprimento de uma obrigação administrativa, como, por exemplo, o pagamento de uma multa imposta pelo Estado a um licitante, *não cria direito à exclusão da notícia com que se deu publicidade ao tempo dos fatos*. A publicidade persiste para além do cumprimento da obrigação: seja a administrativa – que decorre de obrigação legal – seja a de cunho jornalístico ou de opinião que, eventualmente, possa ter ocorrido.

O cumprimento de uma obrigação cível, comercial ou tributária funciona do mesmo modo. Se sua apuração e, no mesmo passo, sua divulgação era lícita ao tempo dos fatos, lícita se mantém com o passar do tempo.

Ressalte-se que, quando se fala em verdade histórica, não se está apenas falando em fatos atinentes a pessoas mais proeminentes da ordem social, mas a todos os fatos que possam, de algum modo, compor o objeto de interesse das ciências sociais ou mesmo das relações humanas.

Os homens, em suas relações, também possuem interesse em conhecer os fatos, em apurar suas instituições e em rever seus acertos e erros como sociedade. A isso se chama, comumente, de interesse público no conhecimento dos fatos.

Mas observe-se: *é de potencial interesse público o que possa ser lícitamente obtido e divulgado. Desse modo, um dado que não possa ser objeto de divulgação não é, em qualquer circunstância, dotado de interesse público.*

Interesse público pressupõe licitude. E licitude implica respeito aos direitos da personalidade. Nossa Constituição é rica em previsões protetivas dos direitos da privacidade e de inviolabilidades do indivíduo. *Vide:*

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

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Constituição possui, ainda, outras previsões que, embora sob escopo de proteção mais amplo, funcionam como limites naturais à liberdade de expressão e de informação, tais como as normas do art. 5º em seus incisos XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”) e XII (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”).

Trata-se de direitos fundamentais estabelecidos – como bem destacaram Clève e Freire – em normas “dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social”, o que significa dizer que “os direitos fundamentais”, enquanto direitos humanos positivados em um determinada Constituição:

[s]ão polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232)

Disso resulta, como destaca Alexandre Freire:

[q]ue o exercício de direitos fundamentais com âmbito de proteção à margem da atividade conformadora do legislador poderá ensejar controvérsias entre os titulares, bem como conduzir à colisão com interesses da comunidade.

E arremata:

[e]sta afirmação tem arrimo na prevalência da tese de que não existem direitos fundamentais absolutos.

Os direitos fundamentais são possíveis, e o exercício pode ser restringido ou limitado. Conforme se demonstrará, essas intervenções não devem ser entendidas como formas de redução

dos direitos fundamentais, mas sim como mecanismo destinado a garantir e fomentar o seu exercício, bem como proteger os bens constitucionais da sociedade.

Entremettes, não é qualquer disposição legislativa que tem o controle de restringir direitos fundamentais. Essas espécies normativas devem ser normas constitucionais ou normas infraconstitucionais com autorização constitucional. (FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Restrições de direitos fundamentais: conceitos, espécies e método de resolução. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 316)

Seguindo a autorização constitucional, o legislador brasileiro, em inúmeras ocasiões, procedeu à ponderação entre direitos fundamentais na direção da máxima proteção aos direitos da personalidade, restringindo, em alguma medida, a liberdade de expressão.

O Código Penal tipificou as condutas dirigidas contra a honra nos tipos de calúnia, injúria e difamação (arts. 138 a 145 do CP); no mesmo passo, o Código Civil previu indenização em tais situações (art. 953 do CC/02). O mesmo Código Civil, em seu art. 20, protege a imagem, dispondo que sua utilização pode ser proibida e mesmo indenizada se atingir “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade” do sujeito. O direito ao nome, em sua função de individuar a pessoa, encontra resguardo nos arts. 16 a 19 do CC/02, assegurando-se, inclusive, que o nome “não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória” (art. 17). Adicionalmente, o art. 21 do CC/02 dispôs sobre a proteção à vida privada da pessoa natural e, salvo disposição legal em contrário, todos esses direitos da personalidade são “intransmissíveis e irrenunciáveis.”

Em que pese a necessária contenção interpretativa em relação aos arts. 20 e 21 do CC/02, realizada por esta Corte em interpretação dos dispositivos conforme à Constituição (ADI nº 4.815), o que se observa é que, na disciplina dos direitos de personalidade, o legislador buscou consagrar a mais ampla efetividade das normas constitucionais insertas no art. 5º, incisos V e X.

A jurisprudência pátria, por sua vez, tem atendido a esse escopo normativo. Esta Corte tem ponderado, nos feitos trazidos a sua apreciação, acerca do atendimento das leis às normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais.

Nos autos do HC nº 82.424 (DJ de 19/3/04), conhecido como caso Ellwanger, esta Corte manteve a condenação de um escritor e editor pelo crime de racismo, por publicar, vender e distribuir material antissemita. A garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Destaque-se, ainda, o relevo atribuído pelo Ministro *Gilmar Mendes* aos direitos fundamentais da personalidade nos autos do RE nº 511.961/SP, em que se julgou não recepcionada norma no sentido da exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista. *Vide*:

As liberdades de expressão e de informação e, especialmente a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidos pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.

Do mesmo modo, a Justiça brasileira tem consagrado, em inúmeras decisões, a proteção à privacidade, ao nome, à honra e à imagem, sem fazer qualquer menção ao aspecto temporal. Nesse sentido, destaco algumas notícias jornalísticas reportando precedentes judiciais relacionados à proteção dos direitos da personalidade:

SENSACIONALISMO CENSURADO

Jornal é condenado por publicar foto de cadáver na capa

Por publicar a foto de um cadáver na capa, um jornal terá que pagar indenização por danos morais à família da vítima de um soterramento. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-abr-25/jornal_punido_publicar_foto_cadaver_capa. Acesso em: 2/2/21)

CONFUNDIDA COM INVASORA

Jornal é condenado por publicar foto com legenda errada. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-17/jornal_condenado_publicar_foto_legenda_errada. Acesso em: 2/2/21)

IMPrensa PUNIDA

Jornal é condenado a indenizar por uso indevido de imagem. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-out-26/jornal_condenado_indenizar_uso_indevido_imagem. Acesso em: 2/2/21)

LIMITE DA LIBERDADE

Jornal mineiro é condenado por publicar notícia difamatória. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-fev-02/jornal_condenado_publicar_noticia_difamatoria. Acesso em: 2/2/21)

HOUVE ENGANO

Jornal é condenado por publicar telefone errado em anúncio sexual. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-set-24/jornal_publica_telefone_errado_anuncio_sexual_punido. Acesso em: 2/2/21)

BOLAS TROCADAS

Jornal que trocou nome de vítima por acusado é condenado por danos. (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-mar-31/jornal_condenado_colocar_vitima_lugar_acusado. Acesso em: 2/2/21)

Como se observa, portanto, *há uma vasta proteção constitucional, legal e jurisprudencial a todos os direitos da personalidade que independe do efeito do tempo sobre o contexto fático em que inseridos. O contexto fático tem sido preservado.*

Tampouco, por fim, a passagem do tempo induz ao surgimento de um dever social de perdão. Nenhuma lei pode estipular obrigações afetivas ou cognitivas. Ninguém, assim, é obrigado a se desfazer de seu direito à informação para permitir a terceiros uma vida livre do conhecimento de seus erros passados.

No caso *Briscoe*, a Suprema Corte da Califórnia apontou que o ideal de conduta humana seria “reconhecer seu valor presente e esquecer sua vida passada de vergonha. Mas os homens não são tão divinos a ponto de perdoar as ofensas passadas dos outros.”

Eventualmente, destaco, o perdão, a compaixão e mesmo o exame de consciência podem conduzir a uma conduta de esquecimento de fatos passados ou ao reconhecimento do valor atual do indivíduo. Mas essa percepção, conquanto possa ser estimulada pela lei, não pode ser imposta à custa da *proibição de veiculação de notícias (lícitas) em que conste a descrição do passado.*

Tudo isso sem prejuízo da exigência legal a que todos os cidadãos estão submetidos de respeito à integridade física e moral de qualquer ser humano, independentemente de seu passado. Ao indivíduo se aplica, de igual modo, todos os direitos da personalidade acima expostos, estando, portanto, protegido contra eventual agressão a seus direitos fundamentais.

Demonstrado, desse modo, que os direitos fundamentais de personalidade encontram guarida constitucional e legal que não depende, em qualquer medida, do direito ao esquecimento nem a esse se associa, importa considerar o espaço de proteção normativa conferida aos dados.

Isso porque a *internet* deu início a uma nova fase ao associar o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na rede.

Não se pretende esgotar aqui a análise da proteção de dados estabelecida pela Lei Geral de Proteção de Dados, recentemente editada no Brasil, uma vez que, neste voto, *o exame se faz sob a perspectiva do direito ao esquecimento.*

A proteção de dados pessoais ganha capítulo próprio neste exame apenas para que se identifique se, pelas peculiaridades dessa novel proteção, se pode afirmar a existência, em alguma medida, de direito ao esquecimento em âmbito digital.

IV. DIREITO AO ESQUECIMENTO EM ÂMBITO DIGITAL?

Com o crescente uso de computador e a tendência à constituição de bancos centralizados de dados, teve início profundo questionamento sobre o poder abrangente de vigilância de quem os coleta e processa.

O temor de que os bancos de dados fossem utilizados contra os interesses do indivíduo impulsionou, já desde a década de 60, os estudos sobre o novo e fatal risco à privacidade. Assim, foi tomando corpo a proposta de que as informações pessoais deveriam ser propriedade de seus titulares.

Em importante decisão de 1983, o Tribunal Constitucional Alemão fez uso, pela primeira vez, do termo “autodeterminação informativa,” a partir do que se materializou “a transição de uma ideia de privacidade com exclusão de certas informações de uma esfera pública para uma ideia de controle das informações pessoais.” O Tribunal optou por diretriz “que afasta a necessidade da presença de um dano para caracterização da irregularidade no tratamento de dados pessoais.” Nela, “todo tratamento de informações pessoais afeta o direito à autodeterminação informativa, apontando para a superação da dicotomia sigilo-publicidade, que não seria mais suficiente para resolver questões associadas à circulação de informações pessoais.” Vale salientar que o Tribunal alemão alertou que:

[o] direito à autodeterminação informacional que ali se afirmava não era absoluto (...) não [era] um direito isolado, mas ligado à comunidade, afastando uma noção individualista e afirmando que o indivíduo deveria aceitar certos limites à sua autodeterminação informacional por razões de interesse público.” (MONCAU, op. cit.)

Paralelamente, se desenhava uma agenda regulatória sobre os dados que culminou com a Diretiva nº 95/46, a qual, por seu turno, influenciou legislações em todo o mundo.

Adiante, a União Europeia aprovou seu Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (nº 2016/679), relativo à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

No Brasil, deu-se a edição da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que dispõe “sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º, Lei nº 13.709/18),

e nela *não se localiza dispositivo voltado* a assegurar, em âmbito digital, que os sujeitos protegidos pela norma não possam ser confrontados com os dados que, no passado, tenham sido licitamente objeto de divulgação.

Com efeito, o legislador foi explícito no sentido do término do tratamento dos dados (art. 16) quando: (i) a finalidade de sua coleta for alcançada; (ii) os dados deixarem de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (iii) der-se o término do período de tratamento; (iv) o titular o requerer, nas hipóteses admitidas na lei (entre as quais o exercício de seu direito de revogação do consentimento relativamente às informações voluntariamente concedidas), resguardado sempre o interesse público e (v) houver determinação da autoridade nacional.

O legislador, parece-me, foi propositadamente silente quanto ao direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso não implica, todavia, sob qualquer aspecto, proteção deficiente.

É digno de nota que a legislação em tela é erigida sobre os seguintes fundamentos:

- I - o respeito à *privacidade*;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Ainda no art. 17, o legislador garantiu expressamente aos indivíduos a “titularidade de seus dados pessoais” e a observância dos “direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade.” Não descuro, portanto, a LGPD da associação entre a proteção de dados pessoais e a privacidade, direito consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (em seu art. XII), assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, disciplina, de modo direto, a proteção da privacidade. Disciplina também, de modo reflexo, a privacidade nos incisos XI, XII, LVI, LX e LXXII do art. 5º, prevendo, nesse último inciso, o remédio constitucional do *habeas data*.

A meu ver, sob essa ordem normativa, a proteção de dados pessoais guarda caráter de direito fundamental. O *habeas data*, instrumento originário do texto constitucional, já apresentava, em primeiros sinais, a concepção de autonomia informacional do indivíduo, uma vez que assegurava, mesmo que mencionando apenas os registros e os bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, que as informações atinentes ao indivíduo devem ser de seu conhecimento (art. 5º, inciso LXXII, a) e precisas, podendo ser retificadas quando se fizer necessário.

Em sintonia com a proteção constitucional, a LGPD buscou ampliar o alcance protetivo, dispondo aplicar-se “a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio” (art. 3º). Estabeleceu, ainda, que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, da responsabilização e da prestação de contas. Assegurou, ademais, ao titular o direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva (art. 9º). A LGPD ainda dispôs, em sessão própria, sobre o tratamento de dados sensíveis e dados pessoais de crianças e de adolescentes. A autodeterminação, por sua vez, foi prevista no art. 18, possibilitando ao titular dos dados a confirmação de seu tratamento; o acesso a eles; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, o bloqueio ou eliminação dos dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei; a portabilidade, a eliminação dos dados pessoais voluntariamente fornecidos; a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador compartilhou dados; a informação sobre a possibilidade de não consentimento e sobre as consequências da negativa e a revogação do consentimento, tudo nos termos da Lei.

Sem adentrar em exame minucioso de tais previsões – que não são objeto destes autos –, o que convém observar é que a legislação pretendeu cercar os dados de ampla proteção, viabilizando meios para eventuais correções/retificações que se façam necessárias, mas em nenhuma delas trouxe um direito ao indivíduo de se opor a publicações nas quais dados licitamente obtidos e tratados tenham constado. Ao contrário, a lei é expressa (art. 4º) no sentido de que não se aplica o tratamento de dados pessoais àquilo:

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos;

Compreende-se que, em quadros de profundas transformações da sociedade, em que despontam novos estratos de poder, a ordem jurídica é significativamente impactada: seja pela sobrelevação de determinados direitos, seja pelos desafios adicionais que se apresentam à concretização de outros já igualmente consagrados.

Em contextos tais de instabilidade, é comum a resposta vir em forma de insurgência à nova ordem, buscando frear o quadro de mudanças, direcionando-se a irresignação a causa que não se pode alterar, em vez de se concentrar na reacomodação dos direitos atingidos pela avalanche das transformações.

O movimento ludista bem ilustra essa situação: os ludistas, em tempos de Revolução Industrial, irredimidos com as profundas mudanças sentidas à época, dirigiram sua insurgência contra o próprio desenvolvimento tecnológico, expressando, não raro, o desconforto com a perda dos trabalhos com a destruição de máquinas e teares mecanizados. A Revolução, todavia, não cessou, e as relações de trabalho precisaram ser redefinidas de acordo com essa nova e inevitável realidade.

Com a sociedade da informação, não é diferente. Como destacado por Jorge Werthein, “dificilmente alguém discordaria de que a sociedade da informação é o principal traço característico do debate público sobre desenvolvimento, seja em nível local ou global, neste alvorecer do século XXI.” E essa sociedade possui, dentre suas características fundamentais, a informação como sua matéria-prima, de modo que “as tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atuar sobre a informação propriamente dita.” (WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 31/1/21)

Nesse espaço em que a informação ganha profunda relevância, de um lado, observa-se a ampliação da democracia informacional, pela oferta significativa do conhecimento e de informações; de outro, agiganta-se a preocupação político-institucional com a tutela de dados e com informações pessoais. Como aponta Rodotà:

[a] sociedade da informação se especifica, portanto, como “sociedade dos serviços,” com elevada padronização e crescentes vínculos internacionais. Disso decorrem duas consequências: *quanto mais os serviços são tecnologicamente sofisticados, mais o indivíduo deixa nas mãos do fornecedor do serviço uma cota relevante de informações pessoais; quanto mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e disseminação internacional das informações coletadas.* (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 66)

E, ainda, como salienta Werthein:

[o]s desafios da sociedade da informação são inúmeros e incluem desde os de caráter técnico e econômico, cultural, social e legal, até os de natureza psicológica e filosófica. Alguns autores, como Leal (1996) chegam a formular os desafios éticos da sociedade da informação em termos de uma múltipla perda: perda de qualificação,

associada à automação, e desemprego; de comunicação interpessoal e grupal, transformada pelas novas tecnologias ou mesmo destruída por elas; *de privacidade, pela invasão de nosso espaço individual e efeitos da violência visual e poluição acústica; de controle sobre a vida pessoal e o mundo circundante; e do sentido da identidade, associado à profunda intimidação pela crescente complexidade tecnológica.* (WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 31/1/21)

Assim, na sociedade da informação, a pretensão do direito ao esquecimento se agigantou, em face da moldura original, como uma reação à invasão da privacidade, do espaço individual, do controle sobre a vida pessoal e, muitas vezes, da própria identidade.

A reação, todavia, quanto à proteção da privacidade e dos direitos da personalidade, sob os moldes de um suposto direito ao esquecimento, se assemelha, a meu ver, à reação ludista quanto aos direitos trabalhistas: no intuito de proteger os caros valores desafiados pela propagação massiva de informações, se combate o próprio desenvolvimento da tecnologia no que tange à informação, requerendo-se o completo domínio do indivíduo sobre seus dados, com primazia, inclusive, sobre o direito dos demais indivíduos de se informarem.

Dito de outro modo: em vez de se combaterem os efeitos da “hiperinformação” sobre os direitos da personalidade, tem-se optado por conclamar a “hipoinformação”, em uma associação, ao fim e ao cabo, danosa aos próprios direitos fundamentais.

V. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Já tive oportunidade de afirmar que o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham *direito a voz*. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo.

Nesse sentido, é esclarecedora a noção de mercado livre de ideias, oriunda do pensamento do célebre juiz da Suprema Corte Americana. Oliver Wendell Holmes, segundo o qual ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade. (BISBAL TORRES, Marta. El mercado libre de las ideas de O. W. Holmes. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Sept/dic 2007)

Além desse caráter instrumental para a democracia, a liberdade de expressão é um direito humano universal, previsto no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, sendo condição para o exercício pleno da cidadania e da autonomia individual. É o teor da norma:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

A liberdade de expressão é um dos grandes legados da Carta Cidadã, resoluta que foi em romper definitivamente com um capítulo triste de nossa história em que esse direito – entre tantos outros – foi duramente sonogado ao cidadão. Graças a esse ambiente pleno de liberdade, temos assistido ao contínuo avanço das instituições democráticas do país. Por tudo isso, a liberdade e os direitos dela decorrentes devem ser defendidos e reafirmados firmemente.

Nesse cenário, também assume relevância o direito à informação, pois é a partir dela que o cidadão reúne elementos para a formação de opinião e ideias. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, de conteúdo fortemente democrático, em diversos momentos refere-se à liberdade de expressão, bem como à liberdade de informação.

Com efeito, o inciso IV do art. 5º da CF/88 dispõe ser livre a manifestação de pensamento, vedando, no entanto, o anonimato. O inciso IX, por seu turno, dispõe ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O inciso XIV, por sua vez, assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

A Carta atribuiu tratamento especial à liberdade de expressão no contexto dos meios de comunicação social, dispondo, no art. 220, que “[a] manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, *sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição.*” (grifos nossos)

O § 1º do art. 220, reforçando essa impossibilidade de restrição, coloca a liberdade de informação jornalística a salvo de qualquer embaraço por meio de lei, explicitando que as balizas ao exercício dessa liberdade restringem-se àquelas prescritas no próprio texto constitucional, no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV (vedação ao anonimato, direito de resposta, possibilidade de indenização por dano à imagem, respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, direito de acesso à informação e garantia de sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão – aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada sociedade – é, que, como regra geral, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade.

O Supremo Tribunal Federal tem construído uma jurisprudência consistente em defesa da liberdade de expressão: declarou a inconstitucionalidade da antiga lei de imprensa, por ela possuir preceitos tendentes a restringir a liberdade de expressão

de diversas formas (ADPF nº 130, DJe de 6/11/2009); afirmou a constitucionalidade das manifestações em prol da legalização da maconha, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento (ADPF nº 187, DJe de 29/5/14); dispensou diploma para o exercício da profissão de jornalista, por força da estreita vinculação entre essa atividade e o pleno exercício das liberdades de expressão e de informação (RE nº 511.961, DJe de 13/11/09); determinou, em ação de *minha relatoria*, que a classificação indicativa das diversões públicas e dos programas de rádio e TV, de competência da União, tenha natureza meramente indicativa, não podendo ser confundida com licença prévia (ADI nº 2.404, DJe de 1º/8/17); declarou inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes – ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes – (ADI nº 4.815, DJe de 1º/2/16), para citar apenas alguns casos.

É certo, no entanto, que a liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais.

Parafraseando o célebre juiz Oliver Wendell Holmes, grande defensor da liberdade de expressão, o direito à manifestação do pensamento pode ceder nos casos que impliquem perigo evidente e atual capaz de produzir males gravíssimos.

E em que situações se identificaria esse perigo? A meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que seja, não deve respaldar *a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação*. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito, por atentarem sobretudo contra o princípio democrático, que compreende o equilíbrio dinâmico entre as opiniões contrárias, o pluralismo, o respeito às diferenças e a tolerância.

Questiona-se, então, se a manifestação do pensamento (inclusive em âmbito digital) pode ser restringida se dela decorrer a divulgação de fatos da vida de um indivíduo que lhe causem profundo desgosto ou de dados que ele não deseje ver acessados.

Ao questionamento respondo me valendo de definição de autoria do Ministro Edson Fachin, em tudo pertinente ao caso e que sintetiza a *primazia da liberdade de expressão*, ao conceituá-la no sentido de que “representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento *quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio.*” (ADI nº 2.566, Rel. p/ o ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 23/10/18)

A liberdade de expressão protege não apenas aquele que comunica, mas também a todos os que podem dele receber informações ou com ele partilhar os pensamentos.

A ponderação, assim, na pretensão ao direito ao esquecimento não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e o do indivíduo que pretende ver tornados privados dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda a coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em toda a sua amplitude.

A liberdade de informação, correlata da liberdade de expressão, é amplamente protegida em nossa ordem constitucional. Com efeito, a Carta assegura a todos o acesso à informação, de natureza pública ou de interesse particular (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, e art. 93, inciso IX). No contexto da comunicação social, a Constituição confere “acentuada marca de liberdade na organização, produção e difusão de conteúdo informativo” (ADI nº 4.451, DJe de 6/3/19), proibindo qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação (art. 220 da Constituição).

Embora a pretensão insira no direito ao esquecimento não corresponda ao intuito de propalar uma notícia falsa, ao pretender o ocultamento de elementos pessoais constantes de informações verdadeiras em publicações lícitas, ela finda por conduzir notícias fidedignas à incompletude, privando seus destinatários de conhecer, na integralidade, os elementos do contexto informado.

VI. O NECESSÁRIO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Nos termos do princípio da unidade, a Constituição é um “sistema unitário de normas e procedimentos,” devendo o intérprete “harmonizar os espaços de tensão entre as normas de natureza constitucional.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235-236)

Agrada-me particularmente na abordagem deste tema – sobretudo quando se tem em conta a plataforma digital (lamentavelmente tão utilizada para disseminação da desinformação e do ódio) – a ideia de harmonização dos princípios constitucionais.

Os valores em exame (liberdade de expressão e privacidade/proteção de dados) são especialmente caros à ordem jurídica, especialmente na sociedade de informação, e requerem sempre a concordância prática de seus comandos.

Mas é preciso conhecer os critérios de precedência nessa ponderação.

Nos autos da ADI nº 4.815, esta Corte realizou semelhante ponderação de valores. Debateu-se, como destacou a Relatora, Ministra Cármen Lúcia:

[o] conteúdo e [a] extensão do exercício do direito constitucional à expressão livre do pensamento, da atividade intelectual, artística e de comunicação dos biógrafos, editores e entidades públicas e privadas veiculadoras de obras biográficas, garantindo-se a liberdade de informar e de ser informado, de um lado, e, do outro, o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade dos biografados, de seus familiares e de pessoas que com eles conviveram.

Não obstante a peculiaridade atinente aos sujeitos envolvidos e as distintas argumentações utilizadas em defesa da privacidade, *o julgado é altamente relevante para*

a análise dos valores postos sob apreciação nos presentes autos, uma vez que biografias necessariamente contêm informações e dados pessoais dos indivíduos. Desse modo, a apreciação realizada naqueles autos em tudo interessa ao debate do presente tema.

Conforme consignei em meu voto no referido julgado:

[s]e, de um lado, a biografia constitui um relato sobre a trajetória de uma pessoa, acabando por, inevitavelmente, adentrar aspectos da vida privada desta; de outro, constitui gênero literário de importante valor histórico e cultural, sendo, a um só tempo, fonte de informação e forma de expressão artística, literária e histórica.

Ocorre que a interpretação a partir da qual se conclui pela necessidade, de forma geral e abstrata, de autorização do biografado para a publicação de biografias atribui absoluta precedência aos direitos à vida privada, à imagem e à honra, em detrimento da liberdade de expressão, de manifestação de pensamento e do direito à informação, razão pela qual concluo pela sua incompatibilidade com a Constituição de 1988.

Outrossim, devemos considerar os efeitos deletérios que restrição de tal abrangência poderia causar à produção biográfica no Brasil e, conseqüentemente, à formação da nossa memória social.

Segundo Lindjane dos Santos Pereira (*A biografia no âmbito do jornalismo literário. Análise comparativa das biografias Olga, de Fernando Morais e Anayde Beiriz, paixão e morte na Revolução de 30, de José Joffily. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2007*), a biografia integra o grupo das chamadas “narrativas de memória” – ao lado das autobiografias, confissões e das memórias propriamente ditas – ou seja, “narrativas que são construídas através da memória e que se tornam ‘locais’ de memória.” Sendo assim, tais obras sempre envolvem um resgate do passado, o qual deve ocorrer da forma mais fidedigna possível.

Com efeito, a reconstituição do passado realizada na biografia traz consigo não só o resgate de histórias individuais, mas também, e necessariamente, de elementos do contexto histórico, social e cultural em que inserido o biografado. Em muitos casos, fatos da vida do biografado estão tão imbricados a fatos determinantes para a história do país que o trabalho biográfico realizado pelo autor/pesquisador revela-se uma grande contribuição para a escrita da história. Outrossim, relatos sobre vidas privadas têm o condão de revelar hábitos e comportamentos próprios de determinado tempo e lugar, de modo que as biografias funcionam como registros das práticas sociais através do tempo e do espaço.

Por tais razões, é inegável o valor histórico e cultural dessas obras, que exercem papel fundamental na construção da memória de dada sociedade. Assim, *a narrativa biográfica, que busca escrever a história de uma vida, acaba por se confundir com a própria escrita da História.*

Em seu voto, a eminente Relatora muito bem destacou a posição de proeminência da liberdade de expressão na atualidade, por seu caráter propulsor dos demais direitos fundamentais. Foram suas palavras:

A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade.

Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão.

Quem, por direito, não é senhor do seu dizer não se pode dizer senhor de qualquer direito.

No mesmo sentido, o Ministro *Roberto Barroso* fez questão de destacar que “a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial,” o que, esclareceu, “não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais.” E acrescentou:

[D]izer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.

Não obstante seja “o fio condutor de lutas de direitos fundamentais,” para usar as palavras da Ministra *Cármen Lúcia*, e “um direito ou liberdade preferencial,” conforme a percuciente intervenção do Ministro *Roberto Barroso*, a liberdade de expressão é constantemente submetida a provas.

Em comentário à dualidade que cerca, no Brasil, o direito à liberdade de pensamento, representada entre o desafio constante para efetivá-lo e as conquistas incessantes em direção a sua promoção, apontou precisamente a Ministra *Cármen*

Lúcia que “liberdade não é direito acabado. É peleja sem fim.” Ao que completou se cuidar “de processo sociopolítico, respeitante à história da coletividade.”

Novamente, na mesma linha de pensamento, o Ministro *Roberto Barroso* rememorou que “a história da liberdade de expressão no Brasil é uma história extremamente acidentada” e que “diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada.”

Sem embargo da precedência da liberdade de expressão e da necessidade de se manter vigilância constante para a fazer valer, o cotejo dessa liberdade com outros valores constitucionais deve sempre tender à harmonização, de modo a que se consagre o resguardo da intimidade do indivíduo sem se sacrificar a livre comunicação.

Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento; o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada.

Em artigo elaborado após o julgamento do caso González, o Diretor da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais na Argentina, Eduardo Bertoni, externou sua compreensão de que, dada a história recente da América Latina, o direito ao esquecimento seria uma afronta aos países do continente, que passaram “as últimas décadas em busca da verdade sobre o que ocorreu durante os anos sombrios das ditaduras militares.” (BERTONI, Eduardo. *The right to be forgotten: an insult to Latin America History*. The Huffington Post, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/the-right-to-beforgotten_b_5870664. Acesso em: 31/1/21)

Conquanto mais intensa em ordenamentos historicamente mais suscetíveis a riscos à liberdade de expressão, a preocupação com a sensibilidade que envolve, na atualidade, a concretização dessa ordem de liberdade tem tomado proporções globais.

Na Declaração conjunta do vigésimo aniversário: desafios para a liberdade de expressão na próxima década (2019), a *Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos* vocalizou diversas preocupações com a criação de ambiente que possibilite o exercício da liberdade de expressão, “especialmente no caso do ambiente digital, mas não unicamente nesse.” Nos termos da declaração, os Estados devem, entre outras ações:

- a. [t]omar medidas imediatas e significativas para proteger a segurança dos jornalistas e outras pessoas que sejam atacadas por exercer seu direito à liberdade de expressão e para eliminar a impunidade de ditos ataques[;]

b. [a]ssegurar a proteção da liberdade de expressão dos marcos legais internos, regulatórios e regulamentários respeitando as normas internacionais, *incluindo a limitação das restrições penais à liberdade de expressão para não dissuadir o debate público sobre assuntos de interesse público*[;]

c. [p]romover a diversidade dos meios, mediante o apoio e à expressão de grupos marginalizados que estejam em risco de discriminação; o desenvolvimento de regras quanto à transparência da propriedade dos meios e a infraestrutura das telecomunicações; a adoção e a implementação de regras eficazes sobre o acesso à informação, e a definição cuidadosa de restrições de conteúdo segundo o direito internacional dos direitos humanos. (Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=1146&IID=4>. Acesso em: 25/9/20)

Do que consta do documento, destaco, por serem relevantes para estes autos:

(i) a constatação dos graves ataques à liberdade de expressão, seja aos que buscam exercer seu direito à liberdade de expressão, seja aos jornalistas (com alto índice de impunidade a ditos ataques);

(ii) o apelo a que os marcos legais internos primem pela limitação das restrições penais à liberdade de expressão, de modo a “não dissuadir o debate público sobre assuntos de interesse público;” e

(iii) a associação entre “definição cuidadosa de restrições de conteúdo” ao “direito internacional dos direitos humanos.”

Destaco, ainda, da declaração conjunta, a recomendação para *que se criem e mantenham serviços de internet livres, abertos e inclusivos*, de modo que a rede mundial de computadores seja “espaço livre, acessível e aberto para todas as partes interessadas,” devendo os Estados e demais atores:

a. reconhecer o direito ao acesso e uso da internet como um direito humano e uma condição essencial para o exercício do direito à liberdade de expressão;

b. proteger, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, a liberdade de expressão na legislação que possa impactar os conteúdos online.

A preocupação já havia sido externada em 2018 pela *Declaración Conjunta sobre la Independencia Y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital*, na qual se apontou especificamente a preocupação com a desindexação de conteúdo por razões de privacidade:

[e]nfatizando[-se] que[,] embora as tecnologias digitais sejam essenciais para facilitar a liberdade de expressão e o acesso à informação, elas também deram origem a novas ameaças, como

formas intrusivas de vigilância do Estado, desindexação de conteúdo por motivos de privacidade, desafios como a localização e visibilidade das informações e notícias veiculadas pelos meios de comunicação, bem como a lacuna de informação nos e entre os países. (Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&IID=2>. Acesso em: 25/9/20. Tradução livre)

Apontou, além disso, o documento, quanto ao que nominou ameaças tecnológicas, que:

[a] remoção ou desindexação de conteúdo *online* de acordo com o denominado “direito ao esquecimento” levanta preocupações significativas em relação à liberdade de expressão. Se tais medidas estiverem previstas no ordenamento jurídico, os Estados devem assegurar que sejam previstas por lei em termos claros e específicos, que sejam aplicadas apenas nos casos em que o peticionário demonstre a existência de danos substanciais à sua privacidade que superem quaisquer interesse com a liberdade de expressão, que estejam sujeitos às devidas garantias do devido processo e sejam aplicados de uma forma que, tanto do ponto de vista processual como substantivo, respeite plenamente o direito à liberdade de expressão. (Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&IID=2>. Acesso em: 25/9/20. Tradução livre)

A preocupação constante da declaração sintetiza o que ao longo deste voto fiz consignar: *a previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão*. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar prevista em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

Parece-me que admitir um direito ao esquecimento seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição.

Nesse sentido, também prevê o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. *Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:*
 - a) *assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*
 - b) *proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.*

Entendo, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões constitucionais e legais voltadas à proteção da personalidade, aí inserida a proteção aos dados pessoais, com repertório jurídico suficiente a que essa norma fundamental se efetive em consagração à dignidade humana.

Em todas essas situações legalmente definidas, é cabível a restrição, em alguma medida, à liberdade de expressão, sempre que afetados outros direitos fundamentais, mas não como decorrência de um pretense e prévio direito de ver dissociados fatos ou dados por alegada descontextualização das informações em que inseridos, por força da passagem do tempo.

Não há dúvidas de que é preciso buscar a proteção dos direitos da personalidade pela via da responsabilização diante do abuso no exercício da liberdade de expressão e pela ampliação da segurança na coleta e no tratamento dos dados, a fim de se evitarem os acessos ilegais, as condutas abusivas e a concentração do poder informacional. Mas não se protegem informações e dados pessoais com obscurantismo.

VII. PROPOSTA DE TESE

“É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

VIII. DO CASO DOS AUTOS

Os recorrentes insurgem-se contra acórdão mediante o qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, por maioria, a decisão de indeferimento da ação indenizatória por eles movida com o objetivo de obter reparação pecuniária por supostos danos morais, materiais e à imagem decorrentes da exibição, por parte da recorrida, no programa televisivo Linha Direta: Justiça, de episódio sobre o assassinato de Aída Curi, irmã dos ora recorrentes, ocorrido em 1958, com os desdobramentos do caso, as respectivas investigações policiais e sua apreciação levada a cabo pelo Poder Judiciário.

Alegam, nas razões do recurso extraordinário, afronta aos arts. 1º, inciso III; 5º, *caput* e incisos III e X; e 220, § 1º, da Constituição Federal. Pretendem obter o reconhecimento do direito ao esquecimento da tragédia familiar pela qual passaram.

Sustentam, ademais, sua pretensão na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e no resguardo da inviolabilidade da personalidade, dos direitos à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade, os quais teriam sido atingidos, segundo aduzem os recorrentes, pelo exercício ilícito e abusivo da liberdade de expressão e de imprensa por parte da recorrida.

Conforme destaquei ao longo deste voto, não reputo existente no ordenamento jurídico brasileiro proteção constitucional ao direito ao esquecimento.

Desse modo, tenho que se afigura ilegítima a invocação pelos recorrentes de suposto direito ao esquecimento para obstar a divulgação dos fatos que, embora constituam uma tragédia familiar, infelizmente, são verídicos, compõem o rol dos casos notórios de violência na sociedade brasileira e foram licitamente obtidos à época de sua ocorrência, não tendo o decurso do tempo, por si só, tornado ilícita ou abusiva sua (re)divulgação – ainda que sob nova roupagem jornalística –, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício pela ora recorrida do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

De outra perspectiva, dissociada da pretensão de esquecimento, também não vislumbro abuso na forma adotada para a comunicação. Como salientei ao longo deste voto, tenho que a veracidade da informação e a licitude da obtenção e do tratamento dos dados pessoais importam significativamente na análise da legalidade de sua utilização. E, no caso concreto, os fatos narrados no programa, lamentavelmente, são verídicos, sendo as imagens reais usadas na exibição fruto de obtenção legítima pela recorrida ao tempo dos acontecimentos.

O programa, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou episódios de outras vítimas de violência contra a mulher (como Ângela Diniz), cumprindo um papel jornalístico não apenas de informar, mas também de promover questionamentos jurídico-sociais importantes, máxime quando considerado que debates sobre a violência contra a mulher têm fomentado a edição de normas mais rigorosas para os casos como o versado nestes autos.

Também, em grande medida pela mesma razão, não vislumbro inconstitucionalidade pelo ângulo da violação dos direitos da personalidade, uma vez que não houve divulgação desonrosa à imagem ou ao nome da vítima falecida, tampouco de seus familiares.

Há que se ter, por certo, um adicional cuidado no exame do resguardo dos direitos da personalidade das vítimas de crimes (e, nesse ponto, incluo seus familiares, tão duramente atingidos pelas consequências do delito), sobretudo no que tange aos crimes bárbaros que ainda assolam nossa sociedade.

Todavia, no caso, não identifico, por qualquer ângulo, abuso na forma de expressão utilizada pela recorrida.

Quanto aos direitos à imagem e à vida privada, a proteção constitucional é regulamentada especialmente pelos arts. 20 e 21 do CC/02, que dispõem:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

É importante recordar que o dispositivo em tela, nos autos da ADI nº 4.815, recebeu:

[i]nterpretação conforme à Constituição sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

No caso dos autos, conquanto não se trate, propriamente, de biografia audiovisual, mas de programa jornalístico com reconstituição dos fatos por encenação de atores, que, portanto, mescla documentação de uma época com a apresentação da história de vida da vítima, compreendo aqui aplicável a mesma *ratio* do julgado.

Ademais, todos os crimes são de interesse da sociedade, mas há aqueles em que, por seu contexto de brutalidade, tornam-se objeto de documentação social e jornalística, sendo sua descrição e seus contornos alvo de farto registro. Tais registros (em fotos, livros, reportagens da época e testemunhos) não são, em princípio, violadores da honra ou da imagem dos envolvidos, mesmo no que toca à vítima.

Eventual lucro, ademais, na divulgação dos fatos não deve ser entendido, por si, como violador dos direitos de personalidade. Essa é a atividade comercial precípua da recorrida, e a obtenção de recursos por meio dela não é, em si, condenável, nem lhe impõe ordem de indenização, pois, nos termos do art. 188, I, do CC/02, “não constituem atos ilícitos os praticados (...) no exercício regular de um direito reconhecido.”

De certo que, para a família da vítima, uma exibição encenada do crime será sempre dolorosa, mas não há afronta à imagem, licitamente obtida, por sua exibição em formato de novela ou documentário. A estigmatização, assim, que afirmam os recorrentes sentir desde a ocorrência do crime não pode ser imputada à exibição do programa, que não inovou quanto aos fatos.

Por certo que os contornos de exibição, por conterem elementos de dramaturgia (o que, como já dito, não é ilícito), podem atingir a sensibilidade de todos os telespectadores e, de modo muito particular, a dos familiares da vítima. Essa dor, todavia, não se deve à recorrida, sendo em verdade reflexo do ato criminoso, que permanecerá, como profunda cicatriz na família de Aída Curi.

Retomando o caso concreto, reputo ausente afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares que decorra da exibição do programa televisivo Linha Direta: Justiça.

Verifica-se, assim, que a decisão adotada pelo Tribunal de origem no caso coaduna-se com o entendimento ora apresentado.

Por fim, destaco que o referido programa apresenta uma análise da sociedade da época e indica o desfecho judicial do caso, finalizando com o seguinte questionamento quanto ao respeito às mulheres: 50 anos depois do crime contra Aída Curi, as mulheres são mais ou menos respeitadas?

A pergunta não poderia ser mais atual. Passados mais de 60 anos do assassinato de Aída Curi, as mulheres em nosso país são mais ou menos respeitadas?

Na sessão de ontem, iniciei meu voto apontando os graves números do feminicídio no país e destacando o compromisso do Judiciário, dentro de seu âmbito de competências, com a condução de medidas eficazes ao combate dessa forma de violência tão lamentavelmente materializada em nossa sociedade. Violência que se apresenta, ademais, como o desfecho de múltiplas, e por vezes silenciosas, formas de desrespeito cotidiano à mulher.

Casos como o de Aída Curi, Ângela Diniz, Daniella Perez, Sandra Gomide, Eloá Pimentel, Marielle Franco e, mais recentemente, da juíza Viviane Vieira, entre tantos outros, não podem e não devem ser esquecidos.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário e pelo indeferimento do pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURTI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE.: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE.: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE.: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE.: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE.: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA., o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS – Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA.), o Dr. André Zonato Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível,” o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.
Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.
Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

10/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, interposto por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, em face de Globo Comunicação e Participações S/A, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA.” AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça.”

1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação

também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. (com meus grifos)

Em suas razões do apelo extremo, os recorrentes alegam violação aos arts. 1º, III, 5º, *caput*, III, IV, IX, X e XIV, e 220, § 1º, *in fine*, da Constituição Federal, sustentando, em suma, que:

(...) propuseram esta ação ordinária contra a TV Globo, aduzindo o direito subjetivo a obterem indenizações pelo uso indevido do nome, imagem (real e fictícia) e história de sua falecida irmã, Aída Curi, além dos próprios. As indenizações requeridas se baseiam em danos materiais e morais, os primeiros para se ressarcirem do que a apelada lucrrou com a exploração ilegal do patrimônio dos recorrentes, e em danos morais, estes pelo profundo sofrimento oriundo do revolvimento total de um evento dramático e lutuoso que o tempo havia desencantado.

Com efeito, no longínquo ano de 1958, a irmã dos recorrentes (Aída Curi) foi estuprada e arremessada viva de um alto edifício em Copacabana, por jovens de classe média, crime amplamente explorado pela mídia à época, de forma sensacionalista e em proporção tamanha que acabou por estigmatizar toda a família Curi.

Passadas muitas décadas, o tempo colaborou para os recorrentes finalmente se livrarem deste estigma fúnebre que havia se tornado um predicado inseparável de suas vidas, ajudando-os a diminuir o sofrimento que reflorescia ante a exploração midiática de seu drama àquela época.

Certo dia, os recorrentes começaram a ser procurados por pessoas ligadas à TV Globo, para serem entrevistados, pois seria veiculado um programa televisivo sobre o crime que levou sua irmã à morte.

Indignados, recusaram-se a dar entrevistas e notificaram cartorariamente à recorrida, pedindo-lhe que não explorasse a dor familiar e registrando que, se isto ocorresse, submeteriam esta ilegalidade ao Poder Judiciário, para fins indenizatórios.

O programa (Linha Direta Justiça) acabou sendo transmitido em rede nacional (talvez internacionalmente e em DVD), revoltando-os não só pela veiculação em si, mas, sobretudo, pelo desatendimento ao seu pedido e pela forma grosseira e chocante com que os fatos foram encenados, inclusive mediante a inclusão de cenas impactantes de radical e desnecessária violência.

Além disto, não bastasse o uso não autorizado da história e vida da família Curi, a TV Globo utilizou-se de fotos verdadeiras de Aída e dos recorrentes, explorando comercialmente as suas imagens, enriquecendo indevidamente à custa alheia.

Outrossim, o programa televisivo não se mostrou ilícito somente pelos fatos acima, mas, sobretudo, pelo fato de ele não representar um ato jornalístico (ou de imprensa). Na realidade, o programa consubstanciou um verdadeiro filme adaptado para a televisão (um teleteatro segundo o voto vencido em apelação), sem nenhuma natureza jornalística e sem nenhuma relevância social, porquanto carente de requisito fundamental para a caracterização da atividade jornalística, que a contemporaneidade.

Diante desta conjuntura, os recorrentes propuseram a presente demanda, requerendo indenização no que tange ao lucro obtido pela recorrida através do uso da imagem, nome e história suas e de Aída Curi. Requereram, também, indenização por dano moral, porquanto o sofrimento apaziguado pelo tempo foi revolvido pelo programa televisivo, e exacerbado ante a (desnecessária e cruel) veiculação das mais tristes cenas da vida dos apelantes.

No desenrolar do processo, apesar da injustificável e despótica sonegação de livros contábeis e documentos por parte da recorrida, foi elaborado um laudo pericial contábil, que concluiu, categoricamente, que a TV Globo lucrou (logo que já descontadas as despesas) com a veiculação do programa sobre Aída Curi a quantia histórica de R\$ 1.102.998,46.

Feitos os memoriais, foi proferida a sentença de total improcedência, cuja fundamentação se lastreia em premissas jurídicas distorcidas sobre a garantia da liberdade de expressão (à qual se deu caráter absoluto e quase fundamentalista) e, especialmente, com base numa equivocada compreensão do programa televisivo questionado, desconsiderando a sua natureza exclusivamente comercial, sem nenhum cunho jornalístico.

Os embargos de declaração opostos contra mencionado acórdão foram rejeitados.

O recurso especial não foi provido.

Com o trânsito em julgado do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, onde foram inicialmente autuados como ARE 833.248/RJ.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do apelo extremo em parecer cuja ementa reproduzo abaixo:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO. VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.

1. Tese de Repercussão Geral Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.

2. Há vasta gama [de] variáveis envolvidas com a aplicabilidade do direito a esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral.

3. Consectário do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que

esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisá-lo e sobre ele refletir.

4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento.

5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido conclui, com base no conjunto fático-probatório, por inocorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950.

6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

O Ministro Dias Toffoli, Relator, deu provimento ao agravo em recurso extraordinário, para admiti-lo, o que implicou a reatuação do processo como RE 1.010.606/RJ.

O ilustre Relator, objetivando colher elementos instrutórios para o feito, convocou audiência pública, a fim de “*ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.*”

Com nova vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Proposta de tese de repercussão geral Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão.”

– Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

Na condição de amici curiae, foram admitidas as seguintes entidades:

- a) Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI;
- b) Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio);
- c) Artigo 19 Brasil;
- d) IBDCIVIL – Instituto Brasileiro de Direito Civil;
- e) Google Brasil Internet Ltda.;
- f) Instituto Palavra Aberta;
- g) Pluris – Instituto de Direito Partidário e Político;
- h) Yahoo! do Brasil Internet Ltda.;
- i) Verizon Media do Brasil Internet Ltda. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet Ltda.); e
- j) Instituto Vladimir Herzog – IVH.

É o relatório. *Decido.*

O recurso deve ser admitido. Há, de fato, uma questão constitucional relevante agitada nos autos, que consiste em saber se o “direito ao esquecimento” decorre da Constituição brasileira, mais especialmente do direito à imagem e do direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Como ficou bastante claro no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, Relator do Recurso Especial 1.335.153/RJ, interposto nestes autos e não provido pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão discutida na apelação tangencia tanto aspectos de direito infraconstitucional quanto de direito constitucional, *verbis*:

É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana – como intimidade, privacidade e honra – possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.

Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.

Forma-se, a partir daí, um cenário perigoso ao jurisdicionado, que, em não raras vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais, a do recurso especial e a do recurso extraordinário.

O risco de negativa de jurisdição é efetivamente ponderável, dado que o tema situa-se numa área em que os dispositivos constitucionais pertinentes têm alto grau de abstração e apenas podem ser aplicáveis às situações particulares mediante o uso de técnicas interpretativas que pressupõem alguma imersão nos fatos da causa e em dispositivos legais – ou na falta deles.

Como o tema constitucional foi admitido para debate no Plenário, assumida a repercussão geral da hipótese, não me parece conveniente que este Tribunal abstenha-se, a esta altura, de emitir juízo sobre o mérito da controvérsia constitucional. Isso sem embargo do fato de que, em muitos casos semelhantes, o Supremo tenha considerado insuscetíveis de repercussão geral controvérsias em torno do reconhecimento de dano moral por ofensas à imagem das pessoas. Exemplificativamente, nos seguintes precedentes:

DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Não há repercussão geral quando a controvérsia refere-se à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade civil extracontratual.

(ARE 945.271-RG/SP, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15-06-2016 PUBLIC 16-06-2016)

CONSUMIDOR. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(ARE 927.467-RG/RJ, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG. 15-12-2015 PUBLIC. 16-12-2015)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO DE NOME EM SISTEMA DE ANÁLISE, AVALIAÇÃO E PONTUAÇÃO DE RISCO DE CRÉDITO, MANTIDO POR INSTITUIÇÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A controvérsia relativa à legitimidade dos sistemas de análise, avaliação e pontuação de risco de crédito a consumidor (denominados “concentre scoring,” “credit scoring” ou “creditscore”), mantidos por instituição de proteção ao crédito, bem como a existência de danos indenizáveis por inserção do nome de consumidor nesses sistemas, é matéria disciplinada por normas infraconstitucionais, sendo apenas reflexa e indireta eventual ofensa a normas constitucionais.

2. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

(ARE 867.326-RG/SC, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG. 17-04-2015, PUBLIC. 20-04-2015)

É que aqui temos uma situação realmente peculiar, na qual se discute o problema do chamado “direito ao esquecimento,” que acabou sendo admitido como vigente no Brasil, ao menos como razão de decidir, no acórdão do STJ que julgou o recurso especial.

Esse reconhecimento, inclusive com a invocação incidental de dispositivos da Constituição Federal, torna conveniente a ativação da jurisdição constitucional, de modo que a Suprema Corte expresse claramente a sua posição sobre problema tão delicado como é o de avaliar-se a existência, ou não, do chamado “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico nacional.

De resto, o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, expressamente apreciou a questão do “esquecimento,” em face da liberdade de comunicação e expressão, à luz da Constituição Federal. *Está pré-questionado, portanto, o tema constitucional.*

Por essas razões, e atendidos os pressupostos formais pertinentes, conheço do recurso.

Passo ao exame do mérito, cujo cerne está na questão de saber se existe, ou não, um “direito ao esquecimento” ou “direito de ser esquecido” no ordenamento jurídico nacional.

A primeira coisa que verifico é já terem sido proferidos inúmeros julgados por tribunais brasileiros aplicando o denominado “direito ao esquecimento.” Portanto, nada melhor para a compreensão do fenômeno do que observá-lo em suas manifestações concretas. Para não me alongar muito, e considerando que o STJ tem sido a principal fonte jurisprudencial do tema, limito-me a catalogar resumidamente alguns dos julgados daquele tribunal que trataram do assunto:

a) No *REsp 1.875.382-AgRg/MG*, o STJ declarou que registros de folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, com base na “teoria do direito ao esquecimento;”

b) No *REsp 1.736.803/RJ*, o STJ firmou que a publicação de reportagem com conteúdo exclusivamente voltado à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de pessoa previamente condenada por crime e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo art. 220, § 1º, da Constituição Federal, e viola o *direito à privacidade*, consolidado pelo art. 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização. Foi mencionado o “direito ao esquecimento,” mas o STJ não viu em tal direito a eficácia necessária para proibir publicações futuras;

c) No *REsp 1.751.708-AgRg/SP*, o STJ, apesar de reconhecer que as condenações antigas não devem ser consideradas maus antecedentes, declarou que não se compreende no “direito ao esquecimento” a faculdade de pedir a destruição dos registros públicos dessas condenações;

d) No *REsp 1.660.168/RJ*, o STJ declarou que, em circunstâncias excepcionalíssimas, o Poder Judiciário pode intervir para fazer cessar o vínculo criado nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardem relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo *decorso do tempo* (o “direito ao esquecimento” foi mencionado como um dos fundamentos);

e) No *REsp 1.593.873-AgInt/SP*, o STJ decidiu em sentido oposto ao da letra anterior, considerando que não cabe ao Judiciário interferir nos *sites de busca*, que não teriam responsabilidade pelo conteúdo das páginas da *internet*. Ou seja, deixou-se de aplicar o “direito ao esquecimento” por razões ligadas à própria *estrutura da internet*.

f) No *REsp 1.369.571/PE*, admitiu-se o esquecimento como um “*princípio da responsabilidade civil*,” para condenar uma empresa jornalística a indenizar um cidadão mencionado em notícia contemporânea, que o teria ligado falsamente a crime do período militar. O *direito ao esquecimento*, neste caso referido, à *anistia*, foi mencionado; e

g) No *REsp 1.334.097/RJ*, o STJ admitiu a condenação de emissora de televisão a indenizar o autor da ação por danos morais, em razão da exibição de programa sobre a “Chacina da Candelária,” com base no *direito ao esquecimento*, já que o autor fora *absolvido no processo criminal*.

O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, por seu turno, chegou a expedir o *Enunciado nº 531*, com a seguinte redação: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o ‘direito ao esquecimento’.”

Pelos exemplos acima, e por outros que se colhem na casuística dos tribunais, pode-se verificar que o “direito ao esquecimento” tem sido aplicado no Brasil principalmente em três tipos de situação: 1º) para impedir o uso de *registros criminais antigos* na exacerbação de penas ou medidas administrativas ligadas ao campo criminal; 2º) para condenar emissoras de TV a indenizar *ex post facto*, em razão da *veiculação de notícias* sobre pessoas a respeito das quais é mencionado o envolvimento, *geralmente como acusadas*, em crimes já prescritos, anistiados, com pena cumprida ou com absolvição transitada em julgado; e 3º) para *desindexar* o nome do interessado de alguma notícia antiga (geralmente falsa, mas não necessariamente), *em sites de busca*.

Só por aí já se nota a grande abrangência desse suposto “direito ao esquecimento,” que vai do penal ao cível, das emissoras de TV aos motores de busca *da internet*.

Analisando o quadro normativo brasileiro, facilmente se percebe que não há nenhuma norma infraconstitucional expressa ou tácita que garanta tão amplo direito. E, mesmo que se admita, por interpretação constitucional, que tal direito decorreria *diretamente* da Carta de 1988 (da dignidade humana, do direito à intimidade, à imagem e à privacidade), a verdade é que a heterogeneidade dos litígios e das soluções mostram que, para ser reconhecido, esse “direito” precisaria ser adequadamente institucionalizado, com indicação precisa dos *sujeitos ativo e passivo*, do *conteúdo*, das *formas de aquisição* e dos *procedimentos* para a sua realização. Nada disso existe.

Constata-se, também, a partir dos exemplos jurisprudenciais, que as soluções encontradas poderiam perfeitamente ter sido obtidas prescindindo-se da referência ao “direito ao esquecimento.” Bastaria mudar o ângulo de observação, da pessoa de quem se fala ou indexa para a pessoa/entidade que fala ou indexa. Assim, poder-se-ia falar em *abuso do direito de informar* (nos casos das emissoras de TV), *abuso do direito de punir* (nos casos dos registros criminais antigos), ou *abuso da livre iniciativa* (nos casos dos motores de busca). E o *abuso de direito* tem previsão legal de grande envergadura semântica – art. 187 do Código Civil.

Na verdade, o “direito ao esquecimento,” pelo visto, tem sido uma *solução heurística* encontrada pelos tribunais para resolver litígios aos quais os magistrados, apesar da falta de legislação ou até mesmo por isso, conseguem conectar-se, revivendo-os mentalmente por meio da “*fantasia empática*” (WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, I, p. 6-7). Os exemplos do exterior, embora tenham sido importantes na cunhagem do *nomen juris* e no oferecimento de exemplos modelares, não seriam relevantes se os nossos magistrados não sentissem, também eles, a necessidade de uma resposta conveniente para as situações típicas de aplicação do “direito ao esquecimento.”

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657/42, art. 4º) não apenas autoriza, como determina que o juiz busque alternativas hermenêuticas para casos não previstos em lei. Evidentemente, essa norma de sobredireito pressupõe que o juiz considere *não intencional* a omissão legislativa, de modo tal que uma situação que deveria estar regulada, não esteja assim. A percepção de que a omissão legislativa é involuntária envolve a *compreensão empática do litígio* e a projeção intelectual dos seus efeitos, considerando o desdobramento causal esperando a partir daquela compreensão.

O que se nota é que o STJ e outros tribunais vêm, na verdade, colmatando uma *omissão legislativa* que consideram existir. Ao resolver litígios em que a *passagem do tempo* possui uma clara *relevância não antevista pelo legislador*, os tribunais têm buscado instituir consequências jurídicas apropriadas para as espécies que têm em mãos. Esse trabalho hermenêutico, *quando realizado caso a caso*, é legítimo e faz parte do processo de acomodação do direito escrito aos contextos em que tem de ser aplicado.

No momento em que os tribunais, a partir de uma heurística particular, concebem, todavia, a existência de um *instituto jurídico geral e abstrato*, tal como um “direito ao esquecimento,” então se tem um uso excessivo da metodologia decisória, porque, na verdade, isso pode induzir à *falsa compreensão* de que efetivamente existe um tal “direito” no Brasil. E isso não é apenas um problema de nomenclatura; pode haver repercussões práticas importantes, dada a forte simbologia que está embutida na ideia de dizer-se que existe um “direito ao esquecimento,” quando, de fato, há apenas uma *vaga ideia* sobre isso, aplicada a um punhado de casos concretos.

A liberdade de comunicação, por exemplo, pode ser tolhida se a jurisprudência criar um ambíguo “direito ao esquecimento”, cujos limites ninguém sabe exatamente quais são. Os *sites* de busca podem ser inundados de pedidos de desindexação, sob o argumento de que essa ou aquela situação já teria sido atingida pelo “direito ao esquecimento.” As digitalizações de jornais e documentos antigos, que ocorrem em muitas instituições, podem-se ver ameaçadas. Os entes públicos podem enfrentar dificuldades para gerir e trocar informações, visto que a todo momento podem ser confrontados com o esfíngico “direito ao esquecimento.”

Mesmo o legislador, se resolver voltar a sua atenção para essa questão, visando a instituir o “direito ao esquecimento” entre nós, ver-se-á diante de um problema muito complexo e matizado.

A expressão verbal desse direito, caso se queira conceber uma definição global, que abarque as diferentes manifestações em que a sua incidência tem sido cogitada, não será simples. Isso porque o assim chamado “direito ao esquecimento” ou “direito de ser esquecido” tem várias acepções. Em geral, pode-se dizer que é faculdade de opor-se à *ressuscitação, por difusão ou acesso estruturado, de informações sensíveis sobre pessoa natural*, quando houver transcorrido *intervalo de tempo suficiente para gerar descontextualização ou anacronia* entre o fato e a sua nova divulgação.

O legislador, no entanto, deverá ainda resolver muitas dúvidas, entre elas: o direito ao esquecimento é apenas a faculdade de pedir reparação após a divulgação/indexação ou é o direito à própria interdição da divulgação/indexação? Deve-se ou não estipular prazos para reclamar, em certas situações típicas? O direito ao esquecimento é renunciável? É prescritível? O tratamento da difusão (por jornal escrito, rádio ou TV) deve ser o mesmo do acesso estruturado (*sites* de busca na *internet*)? As informações sensíveis abrangem apenas as estigmatizantes ou quaisquer outras cuja publicidade contemporânea seja indesejada pelo titular do direito? O direito ao esquecimento se aplica à reconstrução artística ou científica de um fato? As informações sensíveis devem ser apagadas ou apenas permanecerem em repouso? Quem são os legitimados para invocar o direito ao esquecimento? Contra quem deve ser invocado? Deve haver uma pena pecuniária ou criminal para o violador do direito ao esquecimento, para além da indenização por eventuais danos? A reiteração da ofensa ao direito ao esquecimento deve ser mais rigorosamente punida?

Enfim, essas e muitas outras circunstâncias acidentais, com as respectivas soluções, teriam de ser prognosticadas em um texto que viesse a instituir o “direito ao esquecimento.” Apenas a atividade legiferante, com toda a liberdade de debate e deliberação que lhe é ínsita, tem legitimidade e capacidade técnica para projetar e executar semelhante missão.

Ademais, a *implementação* de uma lei que criasse o “direito ao esquecimento” poderia enfrentar algumas *dificuldades práticas* nada desprezíveis, de tal modo que seria necessária também a concepção de procedimentos específicos para concretizar a pretensão ao esquecimento nas muitas manifestações em que pode ela se expressar.

A mera constatação de que o tempo desvanece certas reivindicações, ou de que há paz no esquecimento, não tem a densidade necessária para institucionalizar um direito subjetivo em termos gerais. É muito antigo e, até certo ponto, trivial o reconhecimento de que o tempo, como uma das dimensões do ser e do conhecer, produz efeitos transversais sobre convivência humana, sendo normalmente associado ao esquecimento e ao perdão. Já no Velho Testamento (Levítico 25:8-16), o ano do Jubileu, que se repetia a cada transcurso do período de 50 anos, era celebrado pelos antigos judeus como uma época de perdão de dívidas, de alforria de escravos, enfim, um ano de libertação do passado. Também é antiquíssima a associação do esquecimento à paz, como se vê, por exemplo, na Odisseia (IX, 82-104), quando Homero se refere aos lotófagos como um povo pacífico, porque permanentemente esquecidos do passado.

Entre uma noção elementar dessas, porém, e a composição textual de um direito subjetivo, vai longa distância. Os romanos, com sua prodigiosa capacidade de traduzir ideias abstratas em mecanismos jurídicos funcionais, criaram o instituto da prescrição na via pretoriana, especialmente para estabilizar situações de fato consolidadas (como a posse) pela passagem do tempo. Depois, Teodósio II institucionalizou esse mecanismo em uma lei geral. Se consultarmos hoje as normas de qualquer país ocidental sobre a prescrição, veremos quantas ricas nuances aquela simples ideia da

obliteração paulatina de um direito pela passagem do tempo veio a adquirir, quando convertida em um mecanismo jurídico operativo: início da contagem, suspensão e interrupção da contagem do prazo, prazos diferenciados, imprescritibilidades etc.

Com isso, quero dizer que, para transubstanciar verdades prosaicas em direitos subjetivos, nos estados contemporâneos, é preciso o envolvimento do legislador, tanto por razões de *legitimidade democrática* como por conta das *técnicas apropriadas* para antecipar e normatizar a imensa quantidade de sutilezas que frequentemente suscita esse tipo de procedimento e para antever as inúmeras articulações que as novas normas estabelecerão com outras partes do ordenamento jurídico.

O caso particular do “direito ao esquecimento” apresenta ainda uma dificuldade adicional. É que os registros de memórias estão sofrendo transformações disruptivas com as novas tecnologias. Se a escrita alfabética representou o primeiro passo para a formação e a preservação por longo tempo de um vasto conjunto de memórias, a ponto de ter-se atribuído o epíteto de pré-história a tudo aquilo que ocorreu antes dela, o registro fotográfico, cinematográfico ou audiovisual em meio digital, além do uso de mecanismos inteligentes capazes de ler e inter-relacionar esses registros, pode ser considerado o começo da pós-história, para usar a expressão de Vilém Flusser. (FLUSSER, Vilém. *Pós-história: vinte instantâneos e um modo de usar*. São Paulo: Annablume, 2011)

A própria indexação da informação é um bom exemplo de como *não é fácil antecipar* as consequências de tecnologias que alteram o modo como o *ser humano se relaciona com os registros de informações*.

Walter Ong (ONG, Walter; HARTLEY, John. *Oralidad y escritura*. Tecnologias de la palabra (Spanish Edition). Fondo de Cultura Económica. Edição do Kindle, *passim*) explica que a ideia de um índice para consultar uma obra escrita não apareceu antes da invenção da prensa de tipos móveis.

Isso porque, na época dos manuscritos, não havia dois textos iguais; logo não teria como se organizar um índice geral. Foi com a prensa de tipos móveis que a escrita passou a constituir objetos escritos idênticos, os livros como hoje os conhecemos. Mas ali por volta do século XV ou XVI, a escrita ainda não estava totalmente dissociada da oralidade, e pensava-se num texto como algo para ser lido em voz alta e em grupo, de modo a simular uma conversa. Nas conversas, era recorrente empregar-se a expressão “lugares-comuns,” que vinha da oralidade antiga (da retórica grega), para designar expressões ou pensamentos que constantemente apareciam nos discursos. Então, quando os livros começaram a ser impressos em escala, convinha estabelecer um mecanismo para levar os leitores aos lugares-comuns, por isso, cogitou-se de usar um indicador associado ao número da página, a essa altura perfeitamente idêntico nos vários exemplares. A palavra “index” é uma forma abreviada do original “*index locorum communium*.” O índice alfabético, assim, foi uma encruzilhada entre as culturas auditivas (orais) e as culturas visuais (da escrita em livros impressos). Qual a ideia por trás da indexação eletrônica senão essa de levar o usuário da *internet* aos “lugares-comuns” (*sites* de interesse) que ele deseja ver? Mas, ao mesmo tempo, quem poderia

cogitar, há algumas décadas, que esses “lugares-comuns” seriam imagens das pessoas como elas são realmente nas suas vidas íntimas, notícias constrangedoras sobre fatos ocorridos no passado ou mesmo informações sobre ligações dessas pessoas com fatos específicos? E quem poderia imaginar um “índice inteligente,” dinâmico, que age por si mesmo e muda, segundo um mecanismo matemático intrincado, conforme a menção a algumas “palavras-chave,” para revolver e organizar de modo hierárquico centenas de milhões de “páginas” em poucos segundos?!

Essa pequena reflexão, creio eu, é capaz de demonstrar *a enorme complexidade da disciplina do que deverá ser um “direito ao esquecimento,” devidamente institucionalizado.*

Estou, portanto, de acordo com o Relator quanto a não haver ainda, no Brasil, o chamado “direito ao esquecimento” como categoria jurídica individualizada e autônoma.

Investigo a questão agora sob a perspectiva da liberdade de informação e de comunicação. Bem, a liberdade de comunicação é ampla e, de fato, não pode ser limitada previamente, segundo a nossa Constituição (art. 5º, IX: “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”). Assim, não vislumbro nenhuma possibilidade de extrair-se do texto constitucional norma, seja sob que denominação for, que proíba a veiculação da notícia em si ou que exija a autorização prévia dos envolvidos para ser veiculada.

Rememoro, neste ponto, a vigorosa mensagem emitida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.815/DF (Ministra Cármen Lúcia, j. em 10/06/2015), segundo a qual não é admissível a censura prévia no direito brasileiro, sob nenhum pretexto. Naquela ocasião, discutia-se o problema das biografias não autorizadas, e o Tribunal, embora tenha declarado a inviabilidade da censura prévia, deixou claro, por outro lado, que a liberdade de expressão ou de informação pode eventualmente ser exercida de forma abusiva e, por isso, pode gerar o direito de resposta e o dever de indenizar.

Creio que a problemática deste caso está nisto: houve *abuso do poder de informar*, apto a gerar o *dever de indenizar* previsto na Constituição (art. 5º, X)?

Os incisos IX e X do art. 5º da Constituição preceituam:

Art. 5º (...)

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

Sendo o jornalismo o recorte e a amplificação de fatos de interesse, naturalmente ele pode chocar-se contra a intimidade, a vida privada, a honra ou a

imagem das pessoas — às vezes com legitimidade, às vezes, não. Encontrar o tênue limite que separa o *jornalismo legítimo*, que tanta importância tem para a democracia, do *abuso jornalístico*, é tarefa que demanda a verificação de *circunstâncias concretas* e do próprio *ethos jornalístico*. Logo, não é possível estipular-se a priori um “direito ao esquecimento” contra a imprensa, tanto mais porque um fato pretérito pode voltar inesperadamente a ter relevância. Agora mesmo vivemos uma pandemia que, em alguns aspectos, recorda aquela do ano de 1918. Assim, uma reportagem que volte às notícias daquele ano e traga informações verídicas da época é perfeitamente legítima. A História não pode ser apagada.

É claro que, nesse caso que cogitei, é simples a percepção da legitimidade jornalística, tanto pela *distância temporal*, que praticamente elimina a possibilidade de que algum vivente atual se considere prejudicado pela notícia restituída ao cotidiano, como pelo fato de a pandemia ser um assunto de *óbvio interesse coletivo*. Mas fatos antigos da vida privada também podem vir a apresentar interesse jornalístico posterior, pelas mais diversas razões, especialmente em se tratando de pessoas com alguma projeção social ou cultural. Assim, uma pessoa pode ver divulgado um fato desabonador do seu passado, se ela, por exemplo, planeja lançar-se candidata a algum cargo público importante. Uma pessoa célebre que defenda certa causa social ou política pode ter recrudescido algum fato passado incompatível com a defesa dessa causa etc.

Por outro lado, é preciso reconhecer que existe o *mau jornalismo*, que é aquele que abusa das prerrogativas para criar notícias falsas ou para *causar sensação à custa da intimidade alheia*. E, mesmo aqui, é preciso ter prudência para não tolher a atividade informativa, senão quando ela for claramente lesiva à intimidade ou à imagem de alguém, e não apenas detestável, porque, no afã de debelar a mentira e a vulgaridade, pode-se sufocar a verdade ou cercear a válida distração do público.

Toda colisão entre a liberdade de comunicação e a vida privada das pessoas deve-se resolver de maneira *tópica* e levando-se em conta, por um lado, os cânones do *bom jornalismo*, e, por outro, os sintomas do *mau jornalismo*. Somente assim se compatibilizam as duas normas constitucionais acima citadas (CF, art. 5º, IX e X), que não são excludentes reciprocamente.

Na hipótese que temos sobre a mesa, a *moldura fática estabelecida nas instâncias ordinárias* indica que faltou ao órgão de comunicação maior responsabilidade. A começar pela circunstância de que a *vítima do crime não era uma pessoa pública*, senão que se tornou conhecida pelo infeliz acontecimento já referido muitas vezes desde 1958. O *tempo transcorrido* desde o fato e a ausência de qualquer elemento novo que trouxesse relevância a ele é também um fator que depõe contra a conveniência da ressurreição pública do crime – daí a invocação do suposto “direito ao esquecimento.” A *oposição expressa da família, anterior à exibição do programa*, também poderia ter sido considerada pela empresa de comunicação, embora não fosse um fator impeditivo. Mas, o mais flagrante excesso do programa veiculado, supostamente com fins jornalísticos, está em *encenar dramaticamente o crime, com o uso de imagens não*

autorizadas da vítima, para causar sensação e alimentar uma curiosidade mórbida, em prejuízo da imagem de uma pessoa vítima de crime sexual, morta há décadas.

É neste ponto, no dano à imagem da falecida e dos seus familiares, por uma conduta *evidentemente fora do padrão do bom jornalismo*, que está o cerne do dever de indenizar. Não cogito de apagar os fatos nem de proibir a sua divulgação oportuna, respeitosa com a vítima, sempre que a conveniência do momento assim o justifique. O que é inaceitável é tripudiar sobre a memória da falecida, trazendo inopinadamente à tona velhas feridas, *sem nenhum propósito informativo, sem nenhuma justificativa nos fatos presentes*. A exposição do nome da vítima, nesse contexto, torna-se um verdadeiro *bullying*. Se o objetivo era entreter, que se usassem nomes fictícios, que se assumisse o caráter artístico da matéria em todas as suas consequências.

O interesse pelos temas menores ou mórbidos não é vedado ao jornalismo. Aliás, é-lhe conatural desde o Mundo Antigo. Conta-se que Cícero, nas suas longas estadas fora de Roma, recebia notícias de seu amigo Caelius, por meio de cartas, que era o “jornalismo” da época. Em dada carta, Caelius escreveu que não ocorrera nada de relevante, exceto se Cícero quisesse saber sobre ninharias como casamentos, divórcios e adultérios entre pessoas proeminentes. E é claro que ele queria.

O problema não está no assunto, está no que a divulgação pode gerar de dano, sem o correspondente interesse público que justifique a notícia e sem a observância dos *padrões éticos do bom jornalismo*.

Se, nos primórdios do jornalismo, como disse um editor, em 1690, nos Estados Unidos, toda “a responsabilidade pelo fabrico das notícias era de Deus ou do Diabo,” a verdade é que nos órgãos atuais de imprensa a necessidade de criar notícias todo dia para preencher os espaços é muito grande, como explica Nelson Traquina:

Com o novo jornalismo, desenvolveu-se a ideia de que competia ao próprio jornal andar atrás da “notícia;” era preciso encher o jornal com notícias que poderiam interessar os leitores. Para responder à procura, a própria empresa jornalística teve que crescer, empregando mais pessoas para a produção de notícias. Assim, emergiu uma nova figura no jornalismo – o repórter. O repórter tornou-se uma ocupação integral no jornalismo.

(TRAQUINA, Nelson. *Teoria do Jornalismo*: Porque as notícias são como são. Editora Insular. Posição 405. Edição do Kindle)

E é justamente nessa ânsia por fabricar notícias que o jornalismo pode, aqui e ali, ofender direitos individuais fora do abrigo que lhe confere a sua justa liberdade de informar. As tecnologias digitais facilitaram imensamente o trabalho de publicação e hoje praticamente todos podem tentar de algum modo escrever e divulgar “notícias.” O resultado tem sido, entre outros, a explosão de notícias falsas (*fake news*) por superabundância de meios de expressão. Então, conquanto a censura nunca seja

uma boa solução, isso mostra que existe *a necessidade de autocontenção* para que a liberdade de expressão viceje de maneira saudável, *especialmente entre os profissionais da comunicação*, até como forma de dignificar o seu trabalho.

Os Códigos de Ética afirmam que os jornalistas precisam apresentar *compaixão* para com aqueles que são atingidos pela cobertura jornalística, especialmente jovens delinquentes, *vítimas de crimes sexuais* e fontes inexperientes ou incapazes de dar o seu consentimento (nesse sentido, ver o Código de Ética da *Society of Professional Journalists*. Disponível em: *SPJ Code of Ethics – Society of Professional Journalists*).

Aída Curi, não é demais mencionar, foi vítima de um crime sexual brutal. Se, no passado, as mulheres vítimas desse tipo de crime eram tratadas sem a menor consideração, muitas vezes até como culpadas pelo fato, o certo é que a elevação do próprio nível civilizatório felizmente impôs o abandono dessa forma de encarar os fatos de uns tempos para cá, e o jornalismo não pode mostrar-se alheio a isso. A divulgação de cenas de estupro passou recentemente a ser crime (Lei nº 13.718/2018). Todavia, para fins jornalísticos, admite-se a divulgação, *desde que vedada a identificação da vítima* – CP, art. 218-C, § 2º: *“Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.”*

Certo, pode-se dizer que, no caso dos autos, a divulgação foi fictícia, e não de imagens reais – até porque não há imagens reais do crime –, e que não havia qualquer lei sobre a matéria à época. Ora, o que importa é que *o nome da vítima do crime sexual foi novamente trazido à tona, de forma despropositada, cruel e sem qualquer importância pública*.

Admitir a exibição de cenas assim leva a um paradoxo: *a vítima viva, que pode protestar e defender-se, por lei não deve ter o nome revelado, mas vítima morta, que não mais tem meios para defender a sua honra e imagem, pode ser exposta e ter o seu nome sempre repetido por gerações e gerações depois de seu falecimento*.

Ou a um segundo paradoxo, ainda mais chocante: se algum dos criminosos viesse à Justiça, segundo a jurisprudência citada no começo deste voto, poderia ser indenizado, visto que ou a pena foi cumprida, ou está prescrita, de modo que não pode mais o nome do condenado ser ligado publicamente aos fatos. E o nome da vítima pode?

Se a matéria era artística, e não jornalística, volto a insistir, que se trocassem os nomes dos envolvidos, de forma a evitar a *desnecessária exposição da vítima verdadeira*.

Nem se pode dizer que o programa teria utilidade social, por exemplo, de ajudar na captura dos culpados pelo crime. Ora, 50 anos depois da ocorrência dos fatos, qualquer crime estaria irremediavelmente prescrito no Brasil, de modo que não haveria mais como punir ninguém.

Também *não é certo dizer que o crime tem uma importância histórica*. Nenhum elemento particular desse crime indica ter ele uma relevância especial para a história

do país ou mesmo do Rio de Janeiro. Trata-se de um *crime comum*, embora com notável crueldade. O *constante reavivamento da notícia, por si só, não torna um crime histórico*, mas apenas indica *mediatização reiterada*, com profundo desprezo pela memória da vítima.

Considero, assim, que a interpretação dada, pelo tribunal de origem, aos arts. 5º, IX e X, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição não está de acordo com o seu real significado normativo, *admitida a moldura fática soberanamente estabelecida nas instâncias ordinárias*.

Houve dano moral na espécie, *que excepcionalmente reconheço nesta via extraordinária, em razão da repercussão geral proclamada pelo Tribunal e da necessidade de expressar o alcance dos arts. 5º, IX e X, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição, que não abrangem “direito de ser esquecido,”* mas protegem a imagem das pessoas, *em especial das vítimas de crimes sexuais*, contra publicações que as exponham desnecessariamente, fora dos padrões éticos do bom jornalismo.

Ademais, superada a admissibilidade do recurso, incide, na hipótese, a Súmula nº 456: *“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”* Daí a justificativa para que o Tribunal possa reconhecer o *dever de reparar dano moral (an debeatur)* nesta via extraordinária, porquanto isso decorre do art. 5º, X, da Constituição Federal. *Não é viável no recurso extraordinário, porém, fixar valores de dano moral (quantum debeatur)*, porque, para isso, seria necessário investigar *aspectos fáticos e infraconstitucionais* que têm relação com o caso.

A discussão, nesta via extraordinária, apenas pode versar sobre a existência, ou não, do *dano moral*, que está diretamente ligada ao direito fundamental à imagem e à privacidade e configura-se *in re ipsa*. Já a apuração de possível *dano material* pressuporia inviáveis discussões de ordem fática, pois o próprio tribunal de origem deixou claro que a matéria fática carecia de prova:

Muito embora seja realmente evidente o caráter comercial da produção, que realmente não se enquadra como jornalística, é certo que *não restou provado nestes autos que a veiculação deste episódio em específico tenha sido capaz de majorar os lucros da Ré, porque não provado que os anunciantes tenham sido atraídos pela veiculação do programa*, como, aliás, bem realçou o eminente Relator no voto vencedor.

Nesta trilha, sabendo-se que *os danos materiais somente são indenizáveis mediante prova cabal de sua existência, afasta-se o direito dos Apelantes em obter indenização a este título.* (com meus grifos)

Em tal contexto, pedindo vênia para divergir parcialmente do eminente Relator, *dou provimento, em parte, ao recurso*, apenas para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário.

Proponho a seguinte tese: *“Não é possível extrair-se diretamente da Constituição Federal de 1988 o chamado ‘direito ao esquecimento.’ Eventuais danos materiais ou morais causados por abuso do direito de informar ou de indexar informações devem ser apurados a posteriori, à luz dos elementos empírico-probatórios do caso concreto, e tendo em conta o disposto nos arts. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição Federal.”*

É como voto.

10/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Boa tarde, Presidente. Cumprimento todos os Colegas: Ministra CÁRMEN, Ministra ROSA, Ministros. Um especial cumprimento ao nosso Decano, Ministro MARCO AURÉLIO, que já retornou são e salvo da pequena intervenção cirúrgica que sofreu. É sempre uma alegria tê-lo junto conosco no Plenário, Ministro MARCO AURÉLIO.

Cumprimento também o Vice-Procurador-Geral, Doutor Humberto Jacques, e todos os advogados que fizeram sustentações orais e contribuíram para que nós possamos, aqui no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, discutir esta questão importantíssima e todos os seus reflexos.

Faço também um cumprimento especial ao Ministro DIAS TOFFOLI. O voto de Sua Excelência permite, do meu ponto de vista, que eu possa resumir, em alguns tópicos principais, o meu posicionamento, uma vez que Sua Excelência detalhou não só todo o histórico da questão, mas as principais questões, os principais julgamentos, inclusive do Direito Internacional.

Sr. Presidente, estamos examinando, neste Recurso Extraordinário, o Tema 786 da repercussão geral, que foi descrito nos seguintes termos:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição Federal, a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

Na origem, Nelson Curi e outros (fls. 5-26, Vol. 1) ajuizaram ação ordinária, em face de Globo Comunicações e Participações S/A., objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, pela veiculação, não autorizada, da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa “Linha Direta – Justiça.”

Narram que, no ano de 1958, Aída Curi foi vítima de tentativa de estupro, seguida de assassinato, lançada da cobertura de um prédio no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro. Referem que, na época do ocorrido, a imprensa explorou exaustivamente os fatos e o processo criminal que se seguiu, no qual foram condenados apenas dois acusados, pois o terceiro era menor inimizável.

Registram que tiveram sua juventude maculada, não só pela imensa dor e tristeza relacionadas ao evento trágico, mas também porque a notoriedade atribuída ao caso tornou seus nomes sinônimos de tragédia, tanto no círculo das suas relações pessoais, como também em toda a sociedade.

Ressaltam que, com o passar do tempo, o episódio foi esquecido pela imprensa, permitindo que a família Curi pudesse se livrar do estigma sinistro que os perseguiu por tantos anos.

Não obstante, informam que, em 12/8/2004, o programa “Linha Direta – Justiça,” transmitido pela ré – TV Globo –, trouxe à tona novamente o caso, expondo a história pessoal e a imagem (fotografias) da vítima e também de alguns dos autores.

Sustentam a ilicitude da conduta da emissora de televisão, que, apesar de prévia, expressa e extrajudicialmente notificada pelos autores para não veicular os fatos, mesmo assim o fez, auferindo benefícios econômicos de verbas publicitárias e da venda de produtos e do próprio programa, à custa do nome, imagem, vida e sofrimento alheios.

Salientam que a veiculação de uma reportagem somente se mostra legítima e vinculada à liberdade de imprensa quando há contemporaneidade entre os fatos e a sua divulgação, pois assim se permite informar a sociedade dos eventos, para que possa se proteger e se adaptar ao mundo que a cerca.

Asseveram que o assunto veiculado no programa televisivo da ré não tem mais qualquer relevância jornalística e social, na medida em que ocorreu há quase cinquenta anos (a ação foi proposta em 20/10/2004).

Aduzem, ainda, que o roteiro do programa incluiu a encenação da dinâmica dos fatos, com a reprodução de cenas impactantes, com violência desnecessária. Além disso, foi exibida a foto da vítima morta e ensanguentada, nos braços de um de seus irmãos, ora autor desta causa.

Com base nesses argumentos, os autores requerem a declaração da “ilicitude da desautorizada utilização, pela ré, da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi (e de todos os seus atributos de personalidade), tal como da história pessoal e imagem dos próprios autores” (fl. 26, Vol. 1); e a condenação da ré a (i) pagar pela utilização da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi e dos próprios requerentes; (ii) restituir

todo o ganho econômico que auferiu ou venha auferir com o programa “Linha Direta” sobre Aída Curi, inclusive por meio da internet; e (iii) pagar indenização a título de dano moral, proporcional à capacidade econômica da Rede Globo de Televisão.

A sentença (fls. 65-80, Vol. 9) julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que a matéria jornalística apenas retratou fatos que tiveram ampla divulgação na época em que ocorridos, sem nenhuma insinuação lesiva à honra ou a imagem da falecida Aída Curi. Além disso, consignou que crimes contra a mulher continuam acontecendo nos dias de hoje e, por isso, permanece o interesse social em conhecê-los.

Aduziu inexistir prova nos autos da utilização da imagem da vítima, pela ré, com o intuito de majorar os lucros auferidos com o programa.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou-lhe provimento, confirmando os argumentos aduzidos pelo juízo sentenciante. O acórdão foi sintetizado nos termos da seguinte ementa (fl. 73, Vol. 10):

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA.” AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça.”

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2- A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Contra essa decisão, os autores opuseram, consecutivamente, dois embargos declaratórios, que foram desprovidos (fl. 96/106, Vol. 10).

Irresignados, interpuseram, simultaneamente, Recursos Especial (fls. 114, Vol. 10, fls. 1-44, Vol. 1) e o presente Recurso Extraordinário (fls. 44-71, Vol. 12).

No Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Turma do STJ negou provimento ao Recurso Especial (fl. 48, Vol. 14). Transitado em julgado o acórdão, o processo foi remetido ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (fl. 144, Vol. 1).

No apelo extremo, interposto com base no art. 102, III, da Constituição Federal, os recorrentes alegam violação aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 1º, III, 5º, *caput*, III e X, e 220, § 1º.

Inicialmente, renovam os argumentos articulados na petição inicial, para invocar o direito ao esquecimento, reconhecido na seara penal para o criminoso que já cumpriu sua punição. Sustentam que tal direito deveria também ser assegurado à vítima, na esfera civil.

Afirmam que, na ADPF 130, o STF decidiu que a liberdade de imprensa é livre e incondicionada, mas deve sempre respeitar os direitos personalíssimos de terceiros.

Alegam, ainda, que:

(i) o acórdão recorrido “leva à conclusão no sentido de que a liberdade de expressão teria caráter absoluto e se sobreporia às garantias individuais” (fl. 56, Vol. 12);

(ii) foram comprovados nos autos o uso não autorizado e indevido da imagem da falecida irmã dos recorrentes e o valor dos lucros auferidos pela ré, da ordem de R\$ 1.101.998,46, conforme apurado em laudo pericial, obtidos com a veiculação do programa em questão;

(iii) o programa em foco tem natureza estritamente comercial, ausente o cunho jornalístico, haja vista não preencher o requisito da contemporaneidade, sem o qual não se configura o interesse social que justificaria a imunização do exercício da liberdade de expressão (fl. 58, Vol. 12). Além disso, apresentou roteiro sensacionalista, com dramatização de cenas chocantes e desrespeitosas com a dor dos recorrentes;

(iv) eventual interesse público também não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo dos recorrentes, cumprindo à emissora ressarcir-los pela utilização ilegal de seus direitos imateriais; e

(v) o acórdão recorrido ratificou a conduta ilícita da recorrida e permitiu a violação da vida privada, intimidade, honra, imagem e dignidade humana dos recorrentes.

Ao fim, pedem a reforma do acórdão recorrido, com o arbitramento de indenização por dano moral e a condenação da recorrida a pagar-lhes o valor fixado no laudo pericial contábil, sem prejuízo da indenização pelo uso da imagem, nome e história dos recorrentes, os quais devem abranger o período até o trânsito em julgado da decisão final no processo.

Em contrarrazões (fls. 32-60, vol. 13), a Globo Comunicação e Participações S/A alega, em preliminar, ausência de repercussão geral da matéria, a necessidade de revisão de provas, ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos por violados e insuficiência na fundamentação do recurso, o que faria incidir as Súmulas 279, 282, 284, e 356, todas do STF. Sustenta, ainda, a conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta CORTE e a inexistência de afronta direta à Constituição Federal.

Defende que o programa “Linha Direta Justiça” exhibe casos criminais célebres, que tiveram grande repercussão na sociedade e despertaram o interesse público – e que, por isso, fazem parte da história brasileira. Grifa que é comum, no Brasil e no exterior, a veiculação por meios de comunicação, escritos e falados, desse tipo de matéria, e que o programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade de ninguém, pois se limitava a abordar fatos públicos e históricos.

Realça que um dos próprios recorrentes publicou livros sobre a tragédia, estando fartamente disponíveis, no site de busca Google, várias informações a respeito do crime em tela.

Argumenta que é plena a liberdade de expressão, nos termos da Carta da República e, tratando-se de fatos verdadeiros, notórios e de interesse público, não necessitava de autorização do recorrente para divulgá-los, pois o direito ao esquecimento seria incompatível com a liberdade de informação.

Por fim, postula o desprovimento do recurso e, caso fixada alguma indenização, deve ser pautada pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em 11/12/2014, o Plenário da CORTE SUPREMA reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional em acórdão assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI; o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS; a Artigo 19Brasil; o Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL; a Google Brasil Internet Ltda.; o Instituto Palavra Aberta, o Instituto Partidário e Político – PLURIS e a YAHOO! do Brasil Internet Ltda. foram admitidos no processo como *amici curiae* (Docs. 37/53/77/85/90).

O Relator do presente Recurso Extraordinário, Ilustre Min. DIAS TOFFOLI, convocou audiência pública para ouvir autoridades sobre a matéria sob exame, qual seja, “[a]plicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares” (Doc. 42).

Realizada a audiência pública em 12 de junho de 2017, foram juntadas aos autos as transcrições das manifestações proferidas na ocasião (Doc. 94).

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, nos termos da seguinte ementa (Doc. 96):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Proposta de tese de repercussão geral – Tema 786: “O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade,

devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão.”

- Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

É o que havia a relatar.

Estão preenchidos os requisitos legais e constitucionais para a admissibilidade do recurso. Passo ao exame do mérito.

Em um rápido resumo, a controvérsia – com repercussão geral reconhecida, conforme dito anteriormente – consiste em examinar, à luz dos princípios constitucionais, dos direitos e garantias fundamentais, da liberdade de expressão, do direito à informação, em contraponto à própria proteção à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da honra, à intimidade, à vida privada, se, a partir da interpretação desse aparente conflito de normas fundamentais, existe ou não a possibilidade de a vítima ou seus familiares, como no caso em questão, invocarem a aplicação do assim denominado “direito ao esquecimento” na esfera civil.

Sua Excelência, o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, Relator, bem colocou que a discussão aqui é mais ampla e acaba sendo mais ampla em virtude da repercussão geral. O direito ao esquecimento, como um todo, não é só em relação à vítima, aos seus familiares, e também não apenas em relação à questão televisiva, mas em todas as plataformas, como salientou o eminente Ministro Relator em seu detalhado e profundo voto.

Assim me sinto confortável em citar conclusões – sob a minha ótica, obviamente – interpretativas sobre inúmeros casos que foram trazidos nas sustentações orais, no voto do eminente Ministro Relator e principalmente nas sustentações orais com interpretações diversas de tribunais internacionais e cortes internacionais. Parece-me haver um único substrato desses julgamentos que pode nos auxiliar, aqui, na decisão sobre a existência ou não, e qual seria a abrangência, desse direito ao esquecimento.

Foram citados o clássico artigo “*The Right to Privacy*” dos juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, publicado em 1890 (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set., 2013); o caso Gabrielle Darley Melvin, julgado pelo Tribunal da Califórnia na década de 1930; o rumoroso “Caso Lebach” (BVerfGE 35, 202 - Caso Lebach I - *Soldatenmord von Lebach*, j. 5/6/1973), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1969; o Caso Lebach II, também julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1999 (BVerfGE 348/98, j. 25.11.1999); o caso *Google Spain*, maio de 2014), julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Poderíamos, ainda, trazer à colação importantes julgamentos mais recentes, como o importante caso Mme Monanges *versus* Kern na Corte de Cassação da França (*Décision* 89-12580, j. 20/11/1990); também do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 2019 (BvR 16/13., j. 6/11/2019), envolvendo o semanário “*Der Spiegel*;

decisão da Corte de Cassação da Bélgica sobre arquivos digitais, em 2016; decisão da Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales - *Queen's Bench Division*, em 2018, sobre crimes empresariais; julgamento da Suprema Corte da Holanda, analisando o artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.5499, j. 6/1/1995); em 2018, julgamento do Supremo Tribunal da Espanha, no caso, Joan Antón Sánchez Carreté *versus* Google; em 2016, julgamento da Corte Constitucional da Turquia (P.H. *versus* O.G. (C.15.0052.F), j. 24/8/2016); também em 2016, a Corte Constitucional da Colômbia analisou a questão relativa a plataformas da internet (T-725/2016, j. 16/12/2016).

Analisando todos esses casos, suas especificidades e fundamentações, torna-se necessário fazer algumas indagações, absolutamente necessárias e imprescindíveis para o presente julgamento:

- (1) É possível apontar uma definição, no direito comparado, sobre o real significado e as consequências da adoção de um geral e abstrato “direito ao esquecimento?”
- (2) O “direito ao esquecimento” significa a possibilidade de apagar a divulgação de fatos ocorridos no passado e narrados objetivamente no presente?
- (3) O “direito ao esquecimento” permite transformar a realidade em virtude do transcurso do tempo, simplesmente apagando o acesso à memória coletiva de fatos concretos e reais que ocorreram?
- (4) O “direito ao esquecimento” se aplica só às divulgações modernas de fatos pretéritos (como na presente hipótese), ou também em relação às divulgações antigas e contemporâneas aos próprios fatos pretéritos? Explico. Eventuais livros, revistas, artigos escritos à época dos fatos também poderão ser retirados das bibliotecas pelo transcurso do tempo, em face da aplicação do “direito ao esquecimento?” Essa preocupação foi bem ressaltada pelo ilustre relator, Ministro DIAS TOFFOLI, ao afirmar a necessidade de a análise recair sobre todas as plataformas.

As respostas a essas indagações demonstram as dificuldades do caso trazido a julgamento perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em que pesem as diversas e respeitáveis interpretações dadas, inclusive aquelas citadas nas sustentações orais e no brilhante voto do Ministro relator, não é possível vislumbrar, em nenhum dos importantes casos existentes no Direito Comparado, respostas claras, diretas e impositivas a todas essas questões, que demonstrem a existência de um reconhecimento amplo e genérico e uma efetiva aplicação do “direito ao esquecimento” pelo Direito Comparado.

Alguns julgados inclusive – isso foi citado da tribuna e no voto do eminente Ministro Relator – nem usam a terminologia direito ao esquecimento. Tratam do assunto, mas nem utilizam essa terminologia.

No clássico artigo *“The Right to Privacy”* (WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set., 2013), os autores tratavam da invasão de privacidade sentida pelos cidadãos norte-americanos no final do século XIX com a invenção da fotografia e o crescimento do jornalismo sensacionalista, o que tornou a expressão *“right to be let alone”* (também conhecida como *“right to be forgotten”*) cunhada pelo magistrado norte-americano Thomas Cooley e que se tornou mundialmente difundida no segmento jurídico dedicado à questão do direito à privacidade. Mas o artigo salientava a necessidade de proteger a vida privada de pessoas públicas da intenção única de satisfazer a curiosidade das pessoas comuns. Ou seja, apontavam a necessidade da verificação de um verdadeiro *“desvio de finalidade.”*

Invasão de privacidade dos norte-americanos, final do século XIX, com a invenção da fotografia e o crescimento do jornalismo sensacionalista. Imaginem se os estivessem autores vivos e, hoje, fossem analisar o jornalismo sensacionalista do século XXI. Eles perceberiam que, no final do século XIX, era um convento o jornalismo sensacionalista.

Apontavam claramente – basta a leitura detalhada do artigo – a necessidade de verificação do que eu poderia denominar como um verdadeiro desvio de finalidade do jornalismo sensacionalista. Seria pegar informações, deturpar informações, fazer uma fofoca realmente sem nenhum interesse público. Ou seja, havia a necessidade – e o artigo já colocava lá no final do século XIX – desse requisito do desvio de finalidade.

Na década de 30, no caso Gabrielle Darley Melvin, o Tribunal da Califórnia reconheceu o direito desta ser indenizada por danos morais em razão da reprodução de obra cinematográfica (*“The Red Kimono”*), que retratava sua vida passada, expondo seu nome e imagem reais. Gabrielle, após ter sido inocentada do crime de homicídio cometido quando ainda vivia em ambiente de prostituição, tentava recomeçar sua vida dentro dos padrões morais da sociedade de então. Nesse contexto, a Corte norte-americana entendeu que o filme violara a intimidade e privacidade daquela, por comprometer sua reputação, causando-lhe prejuízos extrapatrimoniais (MAGI, Manuella Rocha, *Análise do direito fundamental ao esquecimento sob a ótica do Recurso Especial 1.334.097/RJ; 2014, p. 7 apud DOTTI, 1980, p. 90-91*). Também aqui, foi necessária a análise do caso concreto para afastar narrativa deturpada e tendenciosa, com juízo de valor prejudicial à imagem e honra da pessoa ofendida.

Ou seja, o que a Corte da Califórnia reconheceu foi que o filme violou a intimidade e a privacidade por comprometer a sua reputação, porque ela iria se casar. Agora já estava casada. Houve uma narrativa deturpada e tendenciosa, reconheceu a Corte, com um juízo de valor prejudicial à imagem e à honra da pessoa ofendida. Vejam, não é possível daqui se retirar, com todo respeito aos posicionamentos em contrário, substrato para um amplo, geral e irrestrito direito ao esquecimento.

Em 1969, colhe-se da jurisprudência alemã o rumoroso “Caso Lebach” (BVerfGE 35, 202 - Caso Lebach I - *Soldatenmord von Lebach*, j. 5/6/1973), no qual três homens cometeram o crime de latrocínio, que ficou conhecido como o “assassinato dos soldados de Lebach.” Nesse caso, dois dos acusados foram condenados à prisão perpétua, e o terceiro a seis anos de reclusão, na condição de partícipe. Este último, ao deixar o cárcere, ingressou com ação inibitória, a fim de evitar que determinado canal de televisão reproduzisse o evento delituoso com a exposição de sua imagem. O Tribunal Constitucional alemão acolheu o pedido embasado, sobretudo, nos argumentos de ausência de contemporaneidade da notícia, o que afastaria a alegação de interesse público na informação, bem como no risco à ressocialização do requerente pela divulgação do episódio (SWCHAB, Jurgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 488). Talvez tenha sido o caso que mais próximo chegou de fixar requisitos objetivos para o reconhecimento do “direito ao esquecimento,” pois somente se referiu ao “interesse público” e “contemporaneidade.”

Porém, em 1999, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar o Caso Lebach II, decidiu que é vedado proibir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, por não acarretar risco para a ressocialização dos autores do crime, prevalecendo a proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão (BVerfGE 348/98, j. 25.11.1999).

Examinando esses dois casos – Lebach I e Lebach II –, também vamos verificar que há necessidade de análise específica do caso a caso, a análise de eventual desvio de finalidade, deturpação, contemporaneidade, ausência total de interesse público. Não se dá aqui algo genérico.

No caso *Google Spain*, que envolveu um advogado espanhol e o jornal catalão *La Vanguardia*, acerca de antiga notícia veiculada pela internet a respeito de dívida deste advogado perante o fisco espanhol, o Tribunal de Justiça da União Europeia passou a permitir que cidadãos europeus requisitassem, extrajudicialmente, às empresas provedoras de motores de busca, tal como o Google, a remoção de *links* para as páginas que exponham seus dados pessoais, quando essas informações possam ser consideradas imprecisas, inadequadas ou irrelevantes, consagrando-se uma das facetas do direito ao esquecimento. A decisão não consagrou um genérico “direito ao esquecimento,” mas sim a necessidade de combater “*informações imprecisas, inadequadas ou irrelevantes.*” Não proibiu a notícia do crime, da dívida com o fisco, mas sim a transposição imediata de um *link* para outro quando essa transposição levasse a notícias imprecisas, inadequadas e irrelevantes, deixando clara, na decisão, a necessidade de se combater exatamente informações imprecisas, inadequadas ou irrelevantes.

No início da década de 1980, o semanário “*Der Spiegel*” publicou dois artigos sobre o julgamento criminal do recorrente, que havia sido condenado por assassinato. Os artigos estavam disponíveis desde 1999. Uma pesquisa pelo seu nome por meio de um mecanismo de busca *online* mostrava esses artigos entre os principais resultados.

O recorrente argumentou que, tendo em vista o tempo decorrido desde os eventos, o seu direito de personalidade, conforme consagrado nos artigos 2 (1) e 1 (1) da Lei Fundamental alemã, dava-lhe o direito de solicitar que esses artigos não aparecessem como resultados de uma pesquisa *online* simples baseada em nomes. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha concordou com essa linha de argumentação (BvR 16/13., j. 6/11/2019). Não se utilizou o “direito ao esquecimento” para apagar os fatos passados, proibindo sua divulgação; mas sim, para afastar os exageros na divulgação.

A Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales – *Queen’s Bench Division* decidiu, em 2018, no caso anteriormente citado, que algumas informações relacionadas ao cumprimento da condenação por crimes empresariais deveriam ser desindexadas quando se tratar de informações desatualizadas e sem interesse público. O mesmo não deveria ocorrer quando se tratar de informações relevantes para a avaliação da honestidade do condenado, sobretudo ante seu comportamento repreensível no ramo empresarial e a gravidade da conduta criminosa (NT1 & NT2 *versus* Google LLC. j. 13/4/2018). Novamente, não houve consagração genérica do “direito ao esquecimento,” mas sim o afastamento de informações desatualizadas.

Na Holanda, a Suprema Corte afirmou que o direito ao esquecimento (ou *right to be left in peace*) deve prevalecer sobre a liberdade de expressão e de imprensa quando não subsistir interesse público na informação e quando for necessário para proteção da honra, reputação e demais direitos da pessoa ofendida, nos termos do artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.5499, j. 6/1/1995), tendo, portanto, reconhecido a necessidade da *ausência de interesse público e direta ofensa à honra e reputação*.

Por sua vez, a Corte de Cassação da França, no caso *Mme Monanges versus Kern* registrou que inexistente direito ao esquecimento em relação a fatos de interesse público que foram revelados de maneira lícita (Décision 89-12580, j. 20/11/1990).

O Supremo Tribunal da Espanha, no caso, *Joan Antón Sánchez Carreté versus Google*, entendeu que somente informações prejudiciais sobre fatos remotos em relação a cidadãos comuns devem ser retiradas de divulgação (j. 10/4/2018).

Na América do Sul, a Corte Constitucional da Colômbia entendeu que os direitos dos indivíduos, naturais ou legais, são violados quando um meio de comunicação mantém, em suas plataformas da Internet, e disponibiliza aos seus usuários informações ou notícias indefinidamente, sem atualizar o seu conteúdo nos eventos em que as circunstâncias factuais são esclarecidas posteriormente e o exijam (T- 725/2016, j. 16/12/2016). Ressalto, novamente, que a decisão apontou a necessidade de as informações estarem desatualizadas, sem apontar fatos posteriores que esclareceram a situação.

Isso é muito importante e é algo que no Brasil várias ações judiciais vêm determinando, porque sai que determinada pessoa foi denunciada por crime grave ou ação civil pública por improbidade e essa indexação fica o resto da vida – a pessoa

denunciada, a pessoa processada por improbidade – e não há atualização de que foi absolvida, de que já se encerrou processo.

Foi isso que a Corte Constitucional Colombiana determinou. Não que se apagasse a informação, mas que se retirasse a desatualizada ou que houvesse necessidade de atualização, com apontamento dos fatos posteriores que pudessem esclarecer a situação, ou seja, atualização das informações.

Em nenhum dos casos, houve o expresso reconhecimento de um genérico e amplo “direito ao esquecimento” em relação a fatos reais e concretos, ocorridos no passado e recontados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, independentemente da gravidade da situação, do sofrimento causado ou do lapso temporal percorrido.

Independentemente – e logicamente para vítima, familiares, sempre é muito triste e trágico – da gravidade da situação ou do sofrimento causado ou mesmo do lapso temporal transcorrido, desde que – repito, aquele substrato que disse que seria possível retirar de todos esses julgados – os fatos pretéritos tenham sido narrados no presente de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa, não é possível apagá-los como se nunca tivessem existido.

Todos esses julgamentos têm algo em comum, além da necessidade de compatibilidade interpretativa entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e privacidade; a exigência de análise específica – caso a caso – de eventuais abusos nas divulgações, da necessidade de atualização dos dados, da importância dos fatos, do desvio de finalidade ou na exploração ilícita das informações.

A solução para essa equação me parece ser a aplicação do binômio constitucional consagrado no artigo 5º da Constituição Federal em relação à liberdade de expressão: LIBERDADE E RESPONSABILIDADE.

Historicamente, conforme destaquei na ADI 4451, de minha relatoria, a liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão (WILLIAMS, George. *Engineers is Dead, Long Live the Engineers*. In *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. Martins Fontes: 2006; KALVEN JR., Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment*. In *Constitutional Law*. Second Series. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14), que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. (Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de *febrero*, FJ 3; 126/03, de 30 de *junio*, FJ 3; S. 20/02, de 28 de *enero*, FFJJ 5 y 6)

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente “o poder de se manifestar como bem entender,” e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta.

Em todos os casos tratados como direito ao esquecimento, o que houve foi efetivamente a aplicação do binômio liberdade com responsabilidade. Eu tenho a liberdade de divulgar o fato, eu tenho a liberdade de contar novamente, de realizar uma nova narrativa de fatos pretéritos, seja por meio televisivo, como no caso em questão, seja escrevendo um livro, seja dando uma palestra. Eu tenho a liberdade, só que o binômio traz a responsabilidade. Se eu me excedi, se desvirtuei os fatos, se não atualizei, poderei ser responsabilizado cível e criminalmente.

No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público.

Ora, se um programa televisivo contando um fato pretérito pode vir a causar isso ou aquilo, então vamos impedi-lo? Não é possível. Isso é censura prévia. Se exagerou, se desvirtuou, há a responsabilidade posterior. É o duplo aspecto da consagração constitucional da liberdade de expressão. O positivo, eu me manifesto, eu divulgo o que eu bem entender, só que com responsabilidade, sob pena de poder ser acionado cível e criminalmente. Agora, não é possível, a Constituição não autoriza, no aspecto negativo, que o Estado, ilegitimamente, consagre uma intervenção prévia, uma censura prévia. O reconhecimento de um genérico, abstrato e amplo direito ao esquecimento configuraria, a meu ver, censura prévia.

Como e quem seria o órgão responsável para estipular se aquelas informações são verídicas, se foram desvirtuadas, são exageradas, são degradantes? Nós teríamos um controle preventivo das informações a serem divulgadas? Isso, claramente, a meu ver, com todo respeito às posições em contrário, configuraria censura prévia. Não há permissivo constitucional que garanta isso.

O reconhecimento amplo e genérico do "*direito ao esquecimento*" traz presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato, buscando interditar o conteúdo que se pretende futuramente expressar, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição, sem a análise caso a caso das circunstâncias e características próprias.

A liberdade de expressão somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões e análises, inclusive sobre fatos pretéritos, por mais sensíveis que sejam.

No célebre caso *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), OLIVER HOLMES defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias* (*free marketplace of ideas*), em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou

ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência acompanhada pelo JUSTICE BRANDEIS, no caso *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade.”

Os fatos narrados no programa televisivo têm ou não têm contemporaneidade, atualidade, importância? A narrativa sobre esse brutal feminicídio tem importância histórica? A pessoa, à época, não era famosa, como salientou o eminente Ministro NUNES MARQUES, mas foi um crime de comoção nacional? Foi um crime de comoção nacional. Por mais sensíveis que sejam os fatos, esses fatos jamais poderão ser apagados da crônica jornalística, policial e da Justiça do País. Basta – e todos aqueles que acompanham a sessão – irmos em qualquer buscador da internet e colocar o nome do caso para ver quantos *links* aparecem narrando o caso.

Seria possível determinar que se apagassem esse e todos os demais casos antigos que tiveram comoção, ou deve-se verificar a seriedade da narrativa, a seriedade da divulgação, a ausência de desvio de finalidade, a ausência de deturpação, de tratamento desrespeitoso? A narrativa de um fato cruel nem sempre por si só é desrespeitosa – o fato é cruel em si. Então, deve ser analisado se, naquele fato cruel, além da crueldade ínsita ao fato, houve tratamento desrespeitoso. Houve deturpação da história ou não?

Mas isso deve ser analisado sempre posteriormente e sob a ótica do aspecto positivo da liberdade de expressão. Eu me manifesto como eu quero, eu produzi o programa televisivo que eu quis, mas liberdade com responsabilidade. Se eu me desviei da responsabilidade, eu devo ser condenado pelo Poder Judiciário após o devido processo legal. Assim funciona, a meu ver, no âmbito da democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão, que não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas por órgãos estatais, ou chanceladas previamente por órgãos estatais, ou ainda a suposta verdade das maiorias. Liberdade de expressão garante diferentes narrativas. Um mesmo crime ocorrido no passado pode ter diferentes narrativas, desde que os fatos concretos sejam mostrados de forma correta, não há impedimento para a manutenção de sua divulgação.

Agora, a narrativa está dentro da própria liberdade de criação. Se essa narrativa se desvirtuar, se essa narrativa degradar, insultar, haverá responsabilidade, mas não se pode impedir, a meu ver, previamente. Todas as narrativas, todas as opiniões são possíveis em discussões livres numa democracia. Debater esses assuntos de interesse, de relevância, inclusive assuntos duros, fatos cruéis que ocorreram, de forma irrestrita, robusta e aberta faz parte da democracia.

Há programas atuais, em várias emissoras não tão sensacionalistas como esse programa anterior, documentários nos canais fechados, canais por assinatura, que, ao tratarem de feminicídios, lembram casos ocorridos. Como que você vai tratar de determinado caso, como você vai discutir a ideia, discutir o problema sem fazer uma análise histórica do desenvolvimento de determinado crime e o porquê disso?

Recentemente, um documentário mostrou por que o Brasil, fora alguns países islâmicos, é o que tem o maior grau percentual de homicídios de transexuais. Ora, para isso, foi necessário mostrar, narrar os casos, desde antigamente até agora, de forma séria e objetiva, sem qualquer ofensa. Isso faz parte, a meu ver, da liberdade de expressão. E não cabe ao Poder Público, inclusive ao Judiciário previamente, escolher ou ter ingerência nessas fontes de informação, nas ideias, nos métodos, na narrativa que será construída. Cabe, sim, posteriormente responsabilizar, se houver eventuais desvios ou abusos.

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações conflitantes ou opositoras, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático. (cf. KALVEN JR., Harry. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment*. In *Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435)

Todas as opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*.” (*Cantwell vs. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), *quoted* 376 U.S at 271-72)

A Democracia não existirá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou no controle do juízo de valor das opiniões dos meios de comunicação e na formatação de programas jornalísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de imprensa e de opinião, jornalística, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de HEGEL, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando

um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

São inconstitucionais, portanto, quaisquer mecanismos tendentes a constranger ou inibir a liberdade de expressão a partir de censura prévia (*Smith vs. California*, 361 U.S. 147, 1949; *Speiser vs. Randall*, 357 U.S. 513, 1958), como na hipótese de um reconhecimento genérico e abstrato de um “*direito ao esquecimento*,” pois estaria interferindo prévia e diretamente na LIBERDADE JORNALÍSTICA – ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria narrativa e criatividade, elemento componente da liberdade de expressão.

Então, a meu ver, são inconstitucionais quaisquer mecanismos, inclusive o reconhecimento abstrato, genérico, amplo de um direito ao esquecimento, tendentes a constranger ou a inibir a liberdade de expressão a partir de censura prévia, como ocorreria se reconhecêssemos, repito, de forma genérica e abstrata, um direito ao esquecimento. Passados dez anos, passados quinze anos, não se pode mais tocar nesse assunto.

Ora, a história não se apaga. Estaríamos interferindo – o Poder Judiciário estaria interferindo – breve e diretamente na liberdade jornalística ao pretender definir o formato, o conteúdo de um programa, restringir, proibir a própria narrativa.

Assim, Presidente, não reconheço, na Constituição Federal, a existência de um abstrato e genérico direito ao esquecimento em relação a fatos reais e concretos ocorridos no passado e contados novamente ou recontados, narrados novamente, no presente, de maneira séria, lícita, objetiva, fidedigna e respeitosa. Independentemente da gravidade da situação, lamentavelmente, também, independentemente do sofrimento causado, ou do lapso temporal transcorrido.

Reconheço, sim, a existência de uma efetiva proteção à dignidade da pessoa humana, à sua intimidade, à sua vida privada, à sua honra em relação a fatos pessoais passados ou presentes – aqui não importa se são passados ou presentes –, se forem narrados, contados, divulgados de forma escrita, falada ou televisionada de maneira ilícita, deturpada, mentirosa desatualizada, exagerada, tendenciosa, demagógica, ou seja, de forma desrespeitosa à dignidade da pessoa humana, porque, aí, nós vamos estar reforçando a consagração do binômio liberdade e responsabilidade previsto constitucionalmente.

Exatamente com essa interpretação, entendo deva ser apreciado o caso concreto.

Narram que, no ano de 1958, Aída Curi foi vítima de tentativa de estupro, seguida de assassinato, lançada da cobertura de um prédio no bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro. Referem que, na época do ocorrido, a imprensa explorou exaustivamente os fatos e o processo criminal que se seguiu, no qual foram condenados apenas dois acusados, pois o terceiro era menor inimputável.

À época, esse fato foi exaustivamente acompanhado, explorado pela mídia, todo o processo, ou seja, o fato que teve uma comoção nacional, inclusive, pela idade da vítima. Registraram a sua juventude, a tristeza, a dor do episódio, e, obviamente, para a família, sempre é doloroso ver.

Registram que tiveram sua juventude maculada, não só pela imensa dor e tristeza relacionadas ao evento trágico, mas também porque a notoriedade atribuída ao caso tornou seus nomes sinônimos de tragédia, tanto no círculo das suas relações pessoais, como também em toda a sociedade.

Ressaltam que, com o passar do tempo, o episódio foi esquecido pela imprensa, permitindo que a família Curi pudesse se livrar do estigma sinistro que os perseguiu por tantos anos.

Não obstante, informam que, em 12/8/2004, o programa “Linha Direta – Justiça,” transmitido pela ré – TV Globo –, trouxe à tona novamente o caso, expondo a história pessoal e a imagem (fotografias) da vítima e também de alguns dos autores.

Dessa maneira, no caso sob exame, tem-se que a TV Globo, quase 50 anos após o assassinato de Aída Curi, transmitiu documentário exibido no programa “Linha Direta – Justiça,” contendo detalhes do crime e do processo judicial, com a teatralização do delito e a exposição da imagem da vítima e de um de seus irmãos, ora recorrente.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que ré “*cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso [...] para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.*” Assentou que esse dever de informar se sobrepõe ao direito ao esquecimento daqueles que desejam deixar o passado para trás.

Mas não posso aqui afirmar que essa história exibida no programa *Linha Direta Justiça*, em 12 de agosto de 2004, tenha se desviado das balizas, em que pese o sensacionalismo, até porque o programa era sensacionalista, dos parâmetros jornalísticos. Os fatos narrados são reais, concretos e ocorreram no passado. Foram recontados no presente, em que pese, repito, o sensacionalismo, de maneira séria, lícita e objetiva. Não houve, por parte da recorrida, uma narrativa ilícita, uma deturpação dos fatos, uma narrativa mentirosa, desatualizada, exagerada. Não houve, portanto, desrespeito ao binômio liberdade e responsabilidade.

Dessa forma, Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator, pedindo vênha à divergência inaugurada pelo Ministro NUNES MARQUES, no sentido do não provimento do recurso extraordinário.

Em relação à tese, também trarei um voto, mas aguardarei os debates e a conclusão do julgamento. Se eventualmente esse for o posicionamento vencedor, partindo da própria tese já exposta pelo eminente Ministro Relator, me posicionarei.

Agradeço, Presidente.

**10/02/2021
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Muito obrigado, Senhor Presidente. Cumprimento Vossa Excelência, as Senhoras Ministras, os Senhores Ministros, as Senhoras Advogadas, os Senhores Advogados, o Senhor Vice-Procurador-Geral da República, o Senhor Humberto Jacques, o Senhor Ministro Advogado-Geral da União, Professor José Levi. E reitero, aqui, Senhor Presidente, as saudações e os genuínos cumprimentos feitos às sustentações orais.

Como também, ao início, Senhor Presidente, expresso e reitero as manifestações merecidamente elogiosas ao erudito voto proferido pelo eminente Ministro Dias Toffoli, ao desatar, do ponto de vista da compreensão de Sua Excelência, essa sensível e relevante matéria.

Cumprimento também os eminentes Ministros que me antecederam, Ministro Nunes Marques e Ministro Alexandre de Moraes. Ambos, na questão central, acompanharam Sua Excelência o eminente Ministro-Relator.

A questão central, como se sabe e está na repercussão geral, é a de saber se é aplicável o direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

A resposta trazida à colação por Sua Excelência o Relator, no que foi acompanhado por ambos os Ministros que me precederam no ponto, é negativa no sentido de sustentar a inaplicabilidade.

Eu vou trazer à colação uma reflexão, Senhor Presidente, Senhores Ministros que, não apenas por dever de ofício, mas também por respeito, me permite registrar de início a Sua Excelência, eminente Ministro-Relator, a minha expressão de respeito e de vênias, eis que vou tomar a liberdade de dissentir da conclusão trazida à colação.

Princípio a discussão do mérito do presente recurso extraordinário subscrevendo o relatório do eminente Ministro-Relator e as demais circunstâncias rememoradas pelos ilustres Colegas que me antecederam.

**10/02/2021
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado do relatório do e. Ministro Dias Toffoli.

Rememoro, para fins argumentativos, que se trata de Recurso Extraordinário no qual se insurgem os requerentes, com fundamento no art. 102, inciso III, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que confirmou improcedência de ação indenizatória. Na ação original, os requerentes demandavam compensação pecuniária e reparação material, em desfavor da requerida, em razão do uso não autorizado da imagem de sua falecida irmã em programa televisivo denominado “Linha Direta Justiça.”

Os recorrentes, alegando contrariedade aos arts. 1º, III; 5º, *caput*, III e X; e 220, § 1º, da Constituição da República, requerem que sejam julgados procedentes todos os pedidos elencados na petição inicial, inclusive o de arbitramento de indenização por dano moral e de condenação da recorrida a pagar indenização no valor fixado no laudo pericial contábil, sem prejuízo da indenização pelo uso da imagem, nome e história dos recorrentes, mesmo se a exploração destes atributos da personalidade tiver ocorrido depois da sentença, até o trânsito em julgado. Requerem, ainda, que seja declarada a ilegalidade do programa televisivo sob comento, por afrontar a dignidade humana dos recorrentes, garantindo-lhes, expressamente, seu direito ao esquecimento no que tange ao assassinato de sua irmã.

Alegam os requerentes que o programa televisivo exibido pela recorrida revisitou eventos traumáticos ocorridos na década de 1950, explorando não apenas a dor se sua família, senão também imagens de sua irmã.

Aduzem que a dor causada pelo revolvimento dos fatos foi recrudescida pela abordagem feita pelo programa. Em lugar de um tratamento jornalístico, teria sido empregado um viés cênico, sensacionalista e estritamente comercial, que explorou graficamente o conteúdo de violência do caso.

Os requerentes invocam, a partir de exemplos doutrinários e de jurisprudência nacional e estrangeira, um direito ao esquecimento, corolário da dignidade humana. Argumentam que possuem pretensão legítima de esquecer seu drama e de não o reviver em rede nacional televisiva. Tal direito decorreria logicamente das proteções constitucionais à moral, ao nome, à imagem e à dignidade humana.

Em suas contrarrazões, a requerida alega que programas como o ora discutido são comumente produzidos ao redor do mundo. Trata-se de série documental sobre casos criminais célebres, isto é, já conhecidos do público, fartamente discutidos no seio da sociedade.

Quanto aos fatos que concernem ao presente feito, alega que os materiais utilizados na composição do programa foram, em larga medida, extraídos de arquivos públicos e bancos de reportagens disponíveis em bibliotecas e na internet. Isto ajudaria a demonstrar a dimensão pública do caso e sua presença na história brasileira. Neste sentido, haveria o interesse jornalístico em realizar o programa, amparado pela liberdade de expressão consagrada nos artigos 5º, IV, IX, XIV; e 220, §§ 1º e 2º da CRFB/88.

Era o que se tinha a rememorar.

Princípio a discussão do mérito do presente Recurso Extraordinário assentando a premissa que, penso, deve guiar a análise da questão jurídica aqui posta. Não fere a integridade do direito o fato de que princípios eventualmente contrários, e não simplesmente opostos, como a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento, convivam em um mesmo ordenamento constitucional. É mesmo essa condição de contrariedade e de concorrência que permite ao intérprete, diante da concretude do caso, a eles atribuir sentido.

Há, no entanto, ao menos duas dificuldades ao se tentar delinear os contornos normativos do direito ao esquecimento.

Em primeiro lugar, o referente do termo “direito ao esquecimento” é essencialmente multifário. Trata-se, em verdade, de um conceito guarda-chuva que recolhe uma pluralidade de direitos singulares que, não necessariamente, se adunam. Neste sentido, é possível afirmar que o direito ao esquecimento compreende, mas não se reduz nem aos tradicionais direitos à privacidade e à honra, nem tampouco ao direito à proteção de dados. Ele decorre, em verdade, de uma leitura sistemática do conjunto destas liberdades fundamentais. Segundo a lição de Ingo W. Sarlet e Arthur M. Ferreira Neto, o direito ao esquecimento se encontra:

[m]ais atrelado a uma pretensão de autodeterminação do indivíduo relativamente às informações – sejam aquelas armazenadas em meio digital, sejam as conservadas por meio de outro suporte físico – sobre sua esfera pessoal que estejam colocadas à disposição de todos por tempo indeterminado, visando, com isso, não apenas a proteger a sua privacidade, mas especialmente a permitir que ele possa direcionar ou reconstruir sua imagem, tal como apresentada publicamente perante os demais membros da sociedade. Assim, é possível sustentar que o reconhecimento de um direito ao “esquecimento” encontra amparo mais robusto no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e no direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) àquele associado, do que propriamente nos direitos à privacidade e à intimidade e mesmo dos direitos à honra e à imagem, ademais de outros direitos da personalidade. (SARLET, Ingo W. e FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018)

Em importante estudo de direito comparado em que recuperam o tratamento dado ao tema por cortes belgas, holandesas, britânicas, francesas, alemãs, polonesas, argentinas, chilenas, mexicanas, colombianas, brasileiras e peruanas, Geert Van Calster, Alejandro Gonzalez Arreaza e Elsemiek Apers traçaram um quadro compreensivo dos usos do conceito de “direito ao esquecimento.” Os autores concluem que, após o

famoso caso *Google Spain vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o instituto se difundiu de forma desordenada, sendo empregado para a definição de casos muito diversos, que iam desde as ditas demandas de desindexação (retirada dos mecanismos de busca da internet), até os pedidos de não exibição de programas televisivos, ou apagamento de registros jornalísticos:

Assim como a própria internet, o direito ao esquecimento tem tido uma aplicação inconsistente através das jurisdições. Diferentes sistemas legais tentam encontrar uma aplicação adequada ao direito ao esquecimento que leve também em consideração outras liberdades importantes. A importância das questões abarcadas pelo direito ao esquecimento é atestada, talvez, pelo fato de que muitos países entenderam ser necessário encontrar um equilíbrio entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão na “era da internet.” (...) Ademais, um tema central discutido particularmente nos casos latino-americanos, trata da preocupação de que o direito ao esquecimento seja usado – ou abusado – de forma a permitir que poderosos escondam casos de corrupção. Outra preocupação importante e relevante envolve a necessidade de que os países do continente mantenham sua “memória histórica” em relação a violações passadas de direitos humanos. (CALSTER, G.; GONZALEZ ARREAZA, A.; APERS, E. Not just one, but many “Rights to be Forgotten”. *Internet Policy Review*, v. 7(2), 2018)

A segunda dificuldade que se enfrenta ao tentar definir os contornos do direito ao esquecimento passa pela rápida mutação do substrato material da sociedade ao qual ele se refere. Porque este direito está ligado às tecnologias de arquivamento disponíveis em determinado momento histórico para certa sociedade, é de se esperar que a evolução do aparato técnico-científico implique não apenas saltos quantitativos, mas também qualitativos. Como demonstrou o arqueólogo francês André Leroi-Gourhan, toda técnica é um processo de exteriorização e, portanto, envolve uma “memória social em expansão.” (LEROI-GOURHAN. *Le Geste et la Parole*. Tome 2: la mémoire et les rythmes. Paris: Albin Michel, 1965)

Em outras palavras, as mutações tecnológicas dizem respeito a uma expansão da capacidade social de arquivamento e, portanto, de produção de memória. Com o advento da internet, nós nos confrontamos com a possibilidade virtual do arquivo total, ou da memória perfeita. Neste caso, a dinâmica de equilíbrio entre o lembrado e o esquecido, típica dos processos de seleção e reflexão que compõem as memórias individuais e coletivas, pode vir a dar lugar a variados fenômenos de patologia social (cf. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: PUP, 2009).

Diante deste contexto, é de se esperar que também o direito ao esquecimento, à medida que será chamado a dar solução a essas formações patológicas da memória perfeita, deverá, ele também, ter seus limites constantemente reinterpretados.

Ainda que não o nomeie expressamente, a Constituição da República, em seu texto, alberga os pilares do direito ao esquecimento, porquanto celebra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informativa – que fora reconhecido, por exemplo, no referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, e 6.393, todas de relatoria da e. Ministra Rosa Weber (art. 5º, XII, CRFB/88).

Anote-se que também esta Corte tem se valido, em decisões monocráticas ou no interior das turmas, da noção de “direito ao esquecimento.” A este respeito, confira-se HC 126.315 (Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes), HC 128080 (Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Edson Fachin), Rcl 22328 (Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

No direito brasileiro, mister ressaltar que já houve, na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, a aprovação do Enunciado n.º 531, de 2014, de acordo com o qual: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Assentada a premissa inicial de que o direito brasileiro alberga um direito ao esquecimento, passo à análise do caso concreto ora sob julgamento.

Evidencia-se, a partir do objeto litigioso apresentado, a concorrência entre princípios que reclamam prioridade na aplicação ao caso: o princípio da liberdade de expressão, especificado na liberdade de imprensa, e o princípio do direito ao esquecimento. Em última medida, quer-se saber se os requerentes têm o direito de impedir que o crime cometido contra sua irmã seja reapresentado e representado em programa de televisão, por causar-lhes grande dor o revolvimento dos fatos.

Desde o seminal acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja*, parece ter se desenvolvido um consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que a natureza do conflito principiológico envolvido em casos semelhantes necessita da aplicação da técnica de sopesamento. A literatura mostra, entretanto, que permaneceu aberta a questão de saber quais os critérios a serem adotados em juízo de proporcionalidade, e qual peso devem receber os princípios do direito ao esquecimento e da liberdade de informação.

Ao decidir o caso *Google Spain*, O Tribunal de Justiça da União Europeia se limitou a afirmar que o sopesamento “deve depender, contudo, nos casos específicos, tanto da natureza da informação em questão e sua sensibilidade para a vida privada do titular dos dados, quanto do interesse do público em possuir tal informação” (*Google Spain*, Caso C-131/12).

No Direito Europeu, um indício importante é fornecido pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento UE 2016/679), que, em seu art. 17, delinea

as hipóteses de exceção ao “Direito de Apagamento (Direito de Ser Esquecido).” Essas hipóteses podem ser resumidas da seguinte maneira: exercício lícito da liberdade de expressão ou informação; interesse público na área de saúde; cumprimento de obrigação legal; defesa em processo judicial; arquivo de interesse público; ou investigações de natureza científica, histórica ou estatística.

Como fora apontado por diversos pesquisadores, este tipo de juízo de proporcionalidade incorre no risco de ter que definir a difícil linha demarcatória entre os interesses públicos e os interesses privados (cf. SINGLETON, Shaniqua. *Balancing a Right to Be Forgotten with a Right to Freedom of Expression in the Wake of Google Spain vs. AEPD*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 44, n. 1, 2015).

Para além disso, sopesar o direito ao esquecimento em seu contraste com a liberdade de expressão e de informação significa, não raro, recorrer a algum sucedâneo do interesse da coletividade. Aos olhos de boa parte da doutrina, as balizas postas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para tal raciocínio jurídico parecem ainda insuficientes. No caso *Tietosuojavaluutettu vs. Satakunnan Markkinapörssi Oy*, julgado ainda em 2008, aquele tribunal assentou: “o interesse público aparece, em qualquer caso, quando a informação comunicada se relacionar a um debate público que verdadeiramente ocorre” (*Satakunnan Markkinapörssi*, Caso C-73/07).

Refletindo sobre a literatura que se insurgiu criticamente contra o modelo de ponderação adotado no caso *Google Spain vs. AEPD*, Reinhard Singer e Benjamin Beck oferecem uma análise bastante relevante para compreender os contornos de um direito ao esquecimento nas ordens jurídicas locais. Na concepção dos autores, há não somente a possibilidade, mas verdadeiramente um dever de que os tribunais nacionais mobilizem suas próprias jurisprudências em eventuais ponderações sobre o direito ao esquecimento:

Deve-se concordar com a crítica no sentido de que, ao que tudo indica, o TJUE busca a solução do conflito no relacionamento entre a pessoa afetada e a operadora da máquina de busca e, com isso, “reduz a complexidade do processo de ponderação.” Os direitos fundamentais de comunicação das operadoras das máquinas de busca precisam ser incluídos no processo de ponderação. Para o conflito que venha a surgir em casos concretos entre liberdade de expressão e proteção da personalidade é preciso criar um equilíbrio tão harmonioso quanto possível – no jargão técnico dos jusconstitucionalistas alemães, uma “concordância prática.”

Por enquanto ainda é difícil, porém, avaliar se a sentença Google, como muitos temem, acabará levando a um deslocamento duradouro e unilateral dos pesos em detrimento da liberdade de opinião, pois são os tribunais nacionais que, em última análise, devem tomar a decisão ponderativa concreta, como o TJUE também enfatiza

expressamente na sentença Google. Além disso, os enunciados do TJUE, por causa de sua abertura e seu alcance limitado em termos de conteúdo, oferecem aos tribunais nacionais uma considerável margem de interpretação e estruturação. (SINGER, Reinhard; BECK, Benjamin. O “direito ao esquecimento” na internet: significado, efeitos e avaliação da “sentença Google” do Tribunal Europeu de 13 de maio de 2014. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 19-46, jul./dez. 2018, grifei.)

Foi o que também demonstrou a professora Karina Nunes Fritz, em recente análise de decisão do *Bundesgerichtshof*:

Em suma, o Bundesgerichtshof concluiu que, embora a informação sobre o autor dissesse respeito a dados pessoais, inclusive dados sensíveis (saúde), a relevância social da notícia, aliada a sua baixa potencialidade lesiva, se sobrepõe ao direito ao esquecimento, afastando a pretensão de desindexar do resultado de buscas do Google *links* de notícias de jornais informando que a instituição enfrentou, durante sua gestão, grave crise financeira e que o mesmo afastou-se da direção por problemas de saúde.

Embora reconhecendo a existência do direito ao esquecimento, o BGH negou-o no caso concreto após ponderação das diversas posições jusfundamentais em colisão. Antes de fragilizar o direito ao esquecimento, a decisão o reforça, acentuando sua natureza jusfundamental, que justifica a ponderação no caso concreto, até porque não há primazia apriorística nem da liberdade de expressão e informação, nem do direito à proteção de dados pessoais. (FRITZ, Karina Nunes. *Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof*. Disponível em: www.migalhas.uol.com.br/coluna/germanreport/336206/direito-ao-esquecimento-nao-absoluteobundesgerichtshof. Acesso em: 08/02/2021).

A ideia de um direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira, especialmente nas formulações teóricas que partem das linhas traçadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não prescinde de uma análise pormenorizada do corpo de precedentes do Supremo Tribunal Federal. Deve-se considerar, sobretudo, a sólida jurisprudência em matéria de proteção à liberdade de informação que esta Corte construiu.

No julgamento da ADPF 130, este Supremo Tribunal Federal analisou a compatibilidade da Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, com o Constituição Federal de 1988. O Tribunal não apenas reconheceu a não recepção da

lei, senão também lançou as bases para a compreensão da relação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Eis a ementa da decisão, de relatoria do e. Ministro Ayres Britto:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA,” EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA *A POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO *A POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR

OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO (ADPF 130, Rel. Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ n. 208 do dia 06/11/2009).

Em seu voto, o e. Ministro Ayres Britto avançou a tese segundo a qual o direito de informação não poderia sofrer nenhuma outra restrição além daquelas dispostas no texto constitucional. Como consequência, as ressalvas dos direitos da personalidade contidas no art. 220, §1º deveriam recair sobre um juízo de ponderação do poder judiciário, responsável por sopesar os conflitos de princípios diante das circunstâncias dos variados casos concretos. Em outras palavras, ainda que se possa falar de uma “posição de preferência [*preferred position*]” da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, implicando alto ônus argumentativo para afastá-la (BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004), o poder judiciário deverá determinar as balizas para, segundo as circunstâncias fáticas apresentadas, julgar a responsabilização civil e penal das pessoas naturais e jurídicas. É precisamente o que explica o Ministro Ayres Britto em passagem importante de seu voto na ADPF 130:

Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros – entre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) – cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. (ADPF 130, Rel. Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ n. 208 do dia 06/11/2009)

A doutrina dominante também refletiu essa posição:

À vista de mais este julgado, o que se pode afirmar, em caráter de síntese e retomando a perspectiva adotada já na parte inicial deste item, é que doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites de direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 514)

Parece-me importante enfatizar, diante do quadro normativo assim delineado, que eventuais juízos de proporcionalidade, em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, devem considerar a posição de preferência que a liberdade de expressão possui no sistema constitucional brasileiro, mas também devem preservar o núcleo essencial dos direitos da personalidade.

Entendo que uma leitura sistemática da Constituição da República e dos precedentes do Supremo Tribunal Federal exige que se proceda a verdadeira hermenêutica da suspeição diante de ponderações entre os interesses públicos e privados. Como apontei anteriormente, a literatura jurídica tem levantado dúvidas quanto à validade deste tipo de juízo nos casos de direito ao esquecimento.

Diante da posição preferencial da liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, as limitações a sua extensão parecem seguir um modelo em que, sob determinadas condições, o direito ao esquecimento deve funcionar como trunfo. Independentemente do maior ou menor interesse que eventualmente tenham o indivíduo ou a sociedade, o juízo da corte deve recair sobre as condições de imanência ou transcendência da informação em relação à esfera individual.

Neste sentido, entendo que as circunstâncias do caso concreto indicam que o conjunto de eventos do caso *Aída Curi* desborda a esfera individual dos requerentes. Para assim concluir, recorro a três premissas.

Em primeiro lugar, a informação veiculada faz parte de um amplo acervo público de notícias de jornais e revistas, e de trabalhos acadêmicos com finalidade puramente científica. Tratando-se, portanto, de materiais essencialmente públicos, e considerando-se que o programa “Linha Direta Justiça” deles se serviu, em larga medida, é razoável compreender que as expectativas de privacidade do requerente se veem diminuídas.

Em segundo lugar, o caso Aída Curi assume uma incontornável dimensão histórica. Por um lado, ele é o retrato de seu tempo, de suas contradições e de seus problemas. Por outro, ele conecta passado e futuro ao referir uma realidade de violência contra a mulher que, em muitos sentidos, ainda é tristemente a nossa. O interesse histórico e jornalístico é assim preservado. Em meu entender, o fato de que o recurso narrativo empregado pela requerida tenha sido o de reconstruir certas passagens através de dispositivos cênicos não comporta excesso no exercício da liberdade de expressão.

Em terceiro lugar, o relato produzido pela requerida não profana o núcleo essencial dos direitos da personalidade dos requerentes. Não tendo ficado caracterizado, nos autos, um dano substancial à memória da vítima e de seus familiares, entende-se que o programa exibido se manteve na seara própria de discussão pública do caso.

Por essas razões, entendo não estarem presentes as condições para que as pretensões dos requerentes ao direito ao esquecimento triunfem sobre a posição de preferência da liberdade de expressão.

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação.

Proponho a seguinte tese de repercussão geral: têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88).

É como voto.

10/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURTI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN

AM. CURIAE: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS

AM. CURIAE: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO

AM. CURIAE: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA

ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO

AM. CURIAE: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES

ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA

AM. CURIAE: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

AM. CURIAE: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS

AM. CURIAE: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO

VOTO

“Nos antípodas dos exploradores de origens, situam-se os devotos do imediato.”

Marc Bloch

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, eminentes pares, Sr. Vice-Procurador-Geral da República, Senhor Advogado-Geral da União, Senhoras e Senhores Advogados, recebam todos os meus cumprimentos, com destaque especial à beleza das sustentações orais e ao esplendoroso voto do eminente Relator, Ministro Dias Toffoli.

Trata-se de *recurso extraordinário* interposto por NELSON CURI, ROBERTO CURI, WALDIR CURI E MAURÍCIO CURI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantido em sede de embargos declaratórios, nos autos de *ação ordinária indenizatória ajuizada pelos ora recorrentes contra GLOBO Comunicação e Participações S.A., que mereceu juízo de improcedência em primeiro e segundo graus.*

Mais um tema de extrema sensibilidade em julgamento nesta Corte Constitucional, onde aportou via agravo (ARE 833248/RJ) a que dado provimento pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, para assegurar trânsito ao recurso extraordinário, a que reconhecida a repercussão geral, com subsequente inclusão da questão constitucional no Tema 786, assim enunciado: “*Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.*”

Rememoro. Cuida-se, na origem, de *ação indenizatória* ajuizada em 22.10.2004 pelos irmãos de Aída Curi, vítima, em 1958, de crime trágico e brutal, com exaustiva repercussão na imprensa à época e cujos detalhes, já amplamente conhecidos e reproduzidos nos autos, reputo desnecessário novamente repetir neste momento.

A *sentença de improcedência* da ação foi *confirmada* pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em acórdão assim ementado:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA.” AUSÊNCIA DE DANO.

Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça.”

1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.

2- A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.

Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.

A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação

também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.

Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos.

Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Destaquei.)

No recurso especial interposto, sublinhou-se situar-se o cerne da controvérsia *"exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados."* O Superior Tribunal de Justiça conheceu do *recurso especial* interposto pelos autores para, também por maioria, *negar-lhe provimento*. Eis a ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AÍDA CURI." VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação

do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, *o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados*, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. *Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento*, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, *assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.*

5. Com efeito, *o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.*

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime,

inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, *o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar*. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento,” na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. *A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil*. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, *o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança*.

9. Por outro lado, mostra-se *inaplicável, no caso concreto, à Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa*. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, *não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização*.

10. Recurso especial não provido.

Discute-se, no recurso extraordinário interposto pelos autores, em suma, se, em face de invocado direito ao esquecimento, há de se reputar ilícita a veiculação não autorizada de programa televisivo de cunho histórico-jornalístico-documental no qual retratado crime trágico ocorrido há mais de cinquenta anos. Em síntese, requerem os autores (i) seja declarada a ilicitude da utilização não autorizada, pela ré, da imagem, do nome e da história pessoal de Aída Curi, bem como de todos os seus atributos de personalidade; (ii) seja a ré condenada a ressarcir os autores o valor correspondente a esse uso; (iii) seja a ré condenada a restituir aos autores, na forma

do art. 884 do Código Civil, os valores auferidos com a veiculação do programa Linha Direta sobre Aída Curi (tanto a publicidade quanto qualquer outro retorno econômico obtido com o programa); (iv) seja a ré condenada a indenizar os autores por danos morais. O recurso extraordinário vem com lastro em afronta aos arts. 1º, III, 5º, caput, III e X, e 220, § 1º, da Constituição da República.

Em 11.12.2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *repercussão geral* da questão alusiva ao *direito ao esquecimento*, no quadro da harmonização dos princípios constitucionais da *liberdade de expressão* e do *direito à informação* com a *proteção da dignidade da pessoa humana* e a *inviolabilidade da honra e da intimidade*.

O parecer do Procurador-Geral da República é pelo não provimento do recurso extraordinário.

2. De um modo geral, nos debates em torno do assim chamado *direito ao esquecimento*, o que costuma estar em jogo é “o direito de pessoas naturais terem informações sobre elas apagada após um certo período de tempo,”¹ tendo o direito ao esquecimento (*right to be forgotten*), como dado conformador essencial, a *passagem do tempo* enquanto elemento apto a diluir o interesse público ou social eventualmente justificador do amplo e público conhecimento sobre informações relativas à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem de alguém.

A passagem do tempo, portanto, nessa perspectiva, surge como ponto nodal a qualificar e distinguir o direito ao esquecimento como dimensão específica dos direitos da personalidade.

Os caminhos percorridos pelo desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas têm, frequentemente, tensionado a relação entre os direitos de personalidade e o direito à informação. Sobre os primeiros, a doutrina observa que:

(...) com a tutela dos bens jurídicos da intimidade e da privacidade, está-se a proteger um direito de personalidade que deve ser considerado como densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à reserva do ser particular e da vida privada envolve uma série de bens específicos, como a intimidade da vida privada, que abrange a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual, o sigilo das cartas, memórias e outros escritos, a imagem, o domicílio e lugares adjacentes, a correspondência e outros meios de comunicação privada, os dados informatizáveis, os rendimentos patrimoniais, os lazeres, a individualidade privada, o direito de estar só, os caracteres de acesso privado do seu corpo,

¹ TERWANGNE, Cécile de. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNICALUJEVIC, Lucia (Orgs.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

a saúde, a sensibilidade, as estruturas intelectual e volitiva, enfim, tudo aquilo que se refere somente à pessoa em si mesma.

Também tratado como direito à privacidade, o direito à reserva obsta a devassa da vida privada e implica o reconhecimento de um espaço de privacidade onde os indivíduos possam estar à vontade, onde possam ser deixados em paz, “ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente os vizinhos, ou sejam autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer outras pessoas.”²

3. Assim colocada, a *quaestio* submetida a julgamento, como diversas vezes apontado da tribuna, bem como enfatizado *no magnífico voto do eminente relator*, a quem parabeno, guarda estreita proximidade com a apreciada por este Plenário ao julgamento da *ADI 4815 (Relatora Ministra Cármen Lúcia)*, em que esta Corte *declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil)*, a fim de, compatibilizando a sua exegese com os *arts. 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, 215, caput e § 3º, II, e 220 da Constituição da República*, reputar inexigível o consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares no caso de pessoas falecidas), para a publicação ou veiculação de obras de cunho biográfico, sejam elas obras literárias, audiovisuais ou fixadas qualquer outro suporte tecnológico. Procedeu-se, assim, ao dimensionamento da proteção ao direito de imagem em face das liberdades de expressão e de informação.

Quando daquele julgado, destaquei a relevante *função social desempenhada pela biografia*, como gênero literário, ao *instigar a sociedade à reflexão*, ensejando o incremento do conhecimento não apenas sobre o biografado – que em geral só o é porque a sua história de vida tem algo a dizer – mas também sobre ela própria, a sociedade. Hermione Lee, teórica literária, professora da Universidade de Oxford e renomada biógrafa, explica que:

A biografia sempre reflete, e oferece, uma versão de política social. (...) A popularidade de certos tipos de biografias em diferentes países, períodos, e culturas – biografias de santos ou de heróis navais, de líderes religiosos, de jogadores de futebol ou estrelas do rock – fornecem uma visão daquela sociedade. *O que aquela sociedade valora, com o que se importa*, quem são os seus homens e mulheres visíveis e invisíveis?³

² CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

³ LEE, Hermione. *Biography: a very short introduction*. Oxford University Press, 2009.

No caso em tela, não se tem, é certo, uma obra literária biográfica. Tem-se, contudo, uma *obra televisiva de cunho análogo, a documentar evento ocorrido no passado*. O centro temático do programa, também é verdade, não é a vida de alguém, e sim um fato específico, um evento, acontecimento perdido no tempo, ocorrido há tantos anos que à passagem do tempo se pretende emprestar a significância de torná-lo suscetível de tornar ilegítimo o interesse na produção da obra.

Mas, enfatizo, embora fato ocorrido no passado, trata-se de fato que, sob diferentes roupagens e com novos personagens, se repete, se reitera, se renova a cada ano, a cada mês, a cada dia, a cada hora, em nossa sociedade, em um eclodir infundável de diferentes formas de violência brutal contra a mulher. Pertinente, assim, parafrasear a observação da biógrafa inglesa: *o que a sociedade brasileira valora? Com o que se importa?*

Não é preciso lembrar para que brutalidades tais não se repitam?

E, na mesma linha, pertinente a pergunta: por que, não sendo exigível autorização para uma biografia, seria necessária autorização para uma “videobiografia?”

As questões relativas ao *direito ao esquecimento* e às *biografias não autorizadas* convergem na medida em que ambas lidam com a necessidade que têm as sociedades de *saber sobre o seu passado e o seu presente*. Nesse sentido, as biografias configuram uma específica forma de expressão de um valor que, na presente discussão sobre o alegado *direito ao esquecimento*, se apresenta com novas roupagens – notadamente os usos propiciados pelas novas tecnologias da informação e da comunicação – e que assume feição mais abrangente na questão do *direito à memória coletiva*.

4. Entendo que, para falar de esquecimento, ou direito ao esquecimento, é necessário antes de tudo falar de memória, seu pressuposto.

Contar e recontar narrativas sobre o passado está relacionado à própria noção de identidade e coesão das sociedades humanas. Sem risco de errar, pode-se dizer que o interesse em histórias trágicas é um traço universal das sociedades humanas. Isso porque essas histórias nos colocam em contato, ainda que por meio de narrativas de ruptura, com valores fundacionais das sociedades humanas, com a tessitura da nossa identidade coletiva: a crença compartilhada em valores como a busca por justiça, a misericórdia, a indignação e a perplexidade em face da crueldade e da brutalidade.

Estudos sobre a inter-relação entre memória individual e memória coletiva revelam que “nossas lembranças permanecem coletivas, e elas nos são lembradas pelos outros, mesmo que se trate de acontecimentos nos quais só nós estivemos envolvidos.”⁴ Lembro aqui a lição do sociólogo francês Maurice Halbwachs, quando disse que:

Não é suficiente reconstituir peça por peça a imagem de um acontecimento do passado para se obter uma lembrança. É necessário que esta reconstrução se opere a partir de dados ou

⁴ HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

de noções comuns que se encontram tanto no nosso espírito como no dos outros, porque elas passam incessantemente desses para aquele e reciprocamente, o que só é possível se fizeram e continuam a fazer parte de uma mesma sociedade.⁵

Uma sociedade sem memória é uma sociedade sem *imaginação*, e sem *história*. Há décadas não mais restritos à crônica dos acontecimentos políticos, passaram a ser objetos de interesse dos *estudos em história*, as mentalidades, a cultura, a psiquê, o imaginário social, as ideologias, a vida cotidiana, tendo se desenvolvido, em anos recentes, a disciplina da *micro-história*, gênero historiográfico voltado à investigação de fatos específicos e bem delimitados no tempo e no espaço.

A memória também está na base da identidade – individual ou coletiva. Como pontuado por Ricoeur, “pessoas e sociedades são feitas de memória – e de lacunas de memória.”⁶ Já o renomado historiador Eric Hobsbawm fala em uma “*função social do passado*.” Segundo ele, o passado emerge como referência do presente, seja como modelo do que se busca resgatar, seja como projeção do que se quer evitar. Ainda no final do século passado, escreveu ele:

A destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é um dos fenômenos mais característicos e lúgubres do final do século XX. Quase todos os jovens de hoje crescem numa espécie de presente contínuo, sem qualquer relação orgânica com o passado público da época em que vivem.⁷

Ainda assim, o passado, seja ele coletivo ou particular, longínquo ou próximo, é tema constante de produtos culturais destinados ao grande público, a chamada cultura de massa: filmes, novelas, documentários e programas de televisão. Assim:

A arte, seja a pictórica ou a literária, ao utilizar o mundo social como palco para suas obras, muitas vezes evoca aspectos desse passado em busca de verossimilhança, ou efeito de realidade. Segundo alguns estudiosos, a utilização do passado como fonte para a literatura ocorre ao menos desde o século XIX, simultaneamente ao estabelecimento da disciplina escolar história.⁸

⁵ HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

⁶ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

⁷ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

⁸ ROCHA, Helenice. A presença do passado na aula de história. In MAGALHÃES, Marcelo et al. (Org.). *Ensino de história: usos do passado, memória e mídia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

5. Em contraste à memória humana, limitada e imperfeita, a Internet emerge como um organismo cuja memória é potencialmente total, absoluta. As discussões sobre o acesso à informação têm passado ao largo do caráter disruptivo desse aspecto, sugerem as autoras de denso estudo sobre o tema, ao observarem que:

[a]s consequências da enorme memória da Internet não têm recebido atenção adequada: “Tudo o que você já publicou na Internet pode voltar para te assombrar algum dia.” Assim, quaisquer vestígios deixados online também permaneceriam, mesmo que tentássemos “nos afastar:” como uma sombra, nossa vida conectada nos segue aonde quer que formos. Graças a seu efeito de eternidade, a Internet preserva memórias ruins, erros passados, escritos, fotos ou vídeos que gostaríamos de renegar mais tarde.⁹

Além disso, quantidades cada vez maiores de dados relativos a indivíduos têm sido geradas e compartilhadas, e, como se não bastasse, desenvolvimentos recentes como a inteligência artificial (*machine learning*), a computação quântica e a Internet das coisas prometem aumentar exponencialmente a produção e a manipulação de dados pessoais.

Não raros autores têm sugerido, inclusive, que algum modo de “esquecimento” deveria vir a ser inscrito, como uma funcionalidade, na própria arquitetura dos sistemas digitais que registram e armazenam dados pessoais: computadores, defendem tais vozes, deveriam ser projetados para esquecer,¹⁰ o que seria necessário para “superar a exploração e o uso pernicioso de dados que poderia até incorrer em abuso das liberdades civis.”¹¹

6. Fato é que, no século XXI, parte significativa da vida privada de grande número de brasileiros transcorre *online*, de modo que a cada dia a suposta distinção entre *real* e *virtual*, entre o mundo *desconectado* e o mundo *conectado*, a vida *online* e a vida *offline* torna-se cada vez mais desprovida de sentido prático. Computadores e *smartphones* são, hoje, janelas para a nossa intimidade.

Como pontuei no voto em que proferi ao julgamento da *ADI 5527*, em que questionada a constitucionalidade de dispositivos do Marco Civil da Internet:

[u]ma estante inteira de álbuns de fotografia da família se comprime em um único aplicativo. Em outro, permanecem registradas inclusive as últimas refeições. A porta giratória da agência bancária cedeu

⁹ PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. *The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

¹⁰ Cfr.: PEREIRA, Ângela Guimarães; GHEZZI Alessia; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia. *The Ethics of Memory in a Digital Age: interrogating the right to be forgotten*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

¹¹ Idem.

lugar à senha digitada na tela ou à impressão digital coletada detrás dela. No mesmo dispositivo, a porta de entrada para nosso diário, nossas leituras e músicas preferidas. As mensagens que respondemos e as que ainda nem visualizamos. Os textos lidos e os textos por ler. As conversas que tivemos, os planos futuros e os desejos íntimos, compartilhados com amigos na crença de que ninguém mais está a ouvi-los, lê-los ou vê-los. Os objetos antes guardados nas gavetas dos escritórios e prateleiras das salas de estar – nessa condição protegidos de invasão arbitrária – hoje converteram-se em impulsos eletromagnéticos que transitam, por cabos ou ondas, entre os circuitos eletrônicos dos celulares e sistemas de armazenamento chamado de *nuvem*, em metáfora que não deixa de conter uma certa poesia.

Os aparelhos de telefone móvel guardam muito mais da vida privada e intimidade de seus proprietários do que as portas e paredes, gavetas e armários da residência de cada um deles, e a inviolabilidade do *domicílio* não temos dificuldade alguma em reconhecer.

7. Nesse cenário, as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade.

É certo que a Constituição da República qualifica como *invioláveis*, na condição de direitos fundamentais da personalidade, a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem* das pessoas, conferindo-lhes especial proteção, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). *In verbis*:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Tal como a liberdade de manifestação do pensamento – e seus desdobramentos como a liberdade de expressão intelectual, artística e científica e a liberdade de imprensa –, o assim chamado *direito à privacidade* (*right to privacy*) – e os seus consectários direito à intimidade, à honra e à imagem – também emana do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

Apesar da muita tinta despendida a respeito, o conceito de privacidade permanece, nas palavras de Richard Posner, elusivo (vago, impreciso) e mal definido.¹² No clássico artigo *The Right to Privacy*, escrito a quatro mãos por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, sugere-se a *relação de tal estado de coisas com o fato de as mudanças*

¹² POSNER, Richard A. *The Right to Privacy*. Georgia Law Review. Vol. 12. N. 3, 1978.

*políticas, sociais e econômicas demandarem incessantemente o reconhecimento de novos direitos, impondo, de tempos em tempos, a redefinição da exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo.*¹³

Na quadra atual, inegável que a privacidade, enquanto *direito a ser deixado em paz*, na expressão por eles cunhada, merece proteção adequada e efetiva do ordenamento jurídico. *Cumpra indagar, porém, o escopo e a extensão desse direito específico.*

Privacidade não se confunde com isolamento. Já em 1624 anotava John Donne, o poeta, com precisão científica, que *"nenhum homem é uma ilha, completo em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte do todo"* (tradução livre). Proteção da privacidade em absoluto diz com direito a passar a vida sem ser contrariado, sem sentir desconforto social, sem ser incomodado.

Em uma abordagem contemporânea e integradora, pode-se dizer que o direito à privacidade visa a proteger *"a subjetividade emergente, dinâmica, dos esforços de atores comerciais e governamentais para tornar indivíduos e comunidades fixos, transparentes e previsíveis. Ela protege as práticas (...) através das quais a capacidade de autodeterminação se desenvolve."*¹⁴

Assim compreendida a privacidade, a conclusão inarredável é a de que, tanto quanto a ampla liberdade de expressão, *a proteção da privacidade também é uma característica estrutural indispensável das sociedades democráticas.*

E isso porque *tanto o reconhecimento de uma esfera de privacidade imune à ingerência quanto a garantia de salvo-conduto à palavra proferida surgiram, na história do constitucionalismo moderno, como fatores de limitação do poder das autoridades constituídas sobre os cidadãos.*

Se aos cidadãos não for assegurada uma esfera de intimidade privada, livre de ingerência externa, um lugar onde o pensamento independente e novo possa ser gestado com segurança, de que servirá a liberdade de expressão?

O direito à privacidade tem como objeto, na feliz expressão de Warren e Brandeis, *"a privacidade da vida privada."* O escopo da proteção são os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados. Assim, em qualquer grau e em conexão a qualquer âmbito que a vida de alguém tenha cessado, previamente à publicação em questão, de ser privada, não mais fará jus, nessa extensão, a essa proteção. Tampouco é possível classificar fatos ou feitos como públicos ou privados *per se*. Os mesmos fatos podem ser estritamente privados ou adquirir conotação pública e interesse público legítimo, a depender de se tratar de uma pessoa privada ou pública. Há casos em que as vidas pública e privada de uma pessoa se confundem. *"É a invasão injustificada da privacidade individual que deve ser repreendida e, tanto quanto possível, prevenida."*¹⁵

¹³ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Luis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, Vol. IV, December 15, 1890.

¹⁴ COHEN, Julie. What Privacy is For. In *Harvard Law Review*. Maio, 2013, tradução livre.

¹⁵ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Luis D. *Ibidem*.

Não se presta o direito à privacidade – e, na medida em que se o reconheça, o direito ao esquecimento – à interdição da publicação de qualquer assunto que seja de interesse geral ou público, simplesmente, porque *as matérias de interesse público estão situadas fora do seu escopo*. Não se trata, pois, de afirmar uma suposta supremacia da liberdade de expressão sobre o direito à privacidade, e sim de delimitar os campos próprios a cada proteção.

Nesse contexto, pertinente a contribuição de Alan Westing à doutrina jurídica da privacidade no mundo contemporâneo, ao caracterizar a estrutura desse direito como controle sobre os usos da informação pessoal. Nesse sentido, a privacidade, afirma, “*é a pretensão de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem para si quando, como e em que extensão a informação sobre eles será comunicada a outros.*”¹⁶

Tal concepção do direito à privacidade está alinhada com o reconhecimento do seu papel social na própria preservação da personalidade e no desenvolvimento da autonomia individual. A existência de uma esfera de privacidade permite, por exemplo, que determinados conflitos pessoais ou erros da juventude, desde que não tenham consequência significativa para a sociedade, não recebam projeção exacerbada sobre as possibilidades de vida de um indivíduo. A privacidade produz um ambiente seguro para que pensamentos, ideias e opiniões sejam compartilhados em círculos limitados e testados antes de serem publicamente expostos. Permite, dito de outro modo, o espaço de liberdade onde se processa a experimentação necessária ao progresso social.

A facilidade com que a privacidade será protegida ou exposta, no entanto, transforma-se na medida em que evoluem as tecnologias da informação e da comunicação. Nessas condições, não podem a hermenêutica constitucional e o desenvolvimento legislativo ficar alheios a essas mudanças no tempo, tendo em vista a manutenção do *equilíbrio entre proteção da privacidade e o direito de acesso à informação*.

Longe de ter seu significado usurpado, a Constituição escrita no mundo analógico há de ser *traduzida* para o mundo digital, de modo a preservar, neste, *os interesses, os direitos e as liberdades que originalmente preservava*. Desse modo, o sentido das palavras da Constituição, o alcance da proteção constitucional, busca-se, é preservado em face da mudança do contexto.

8. As informações, relacionadas à *identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural*, configuram *dados pessoais* e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (*art. 5º, caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (*art. 5º, X e XII*). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à *privacidade* e à *autodeterminação informativa* foram positivados, no *art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018*

¹⁶ WESTING, Alan. *Privacy and Freedom*, 1968.

(*Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*), como *fundamentos* específicos da disciplina da *proteção de dados pessoais*, ao lado das liberdades de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (art. 2º, III) e da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, IV). A *autodeterminação informativa*, como *dimensão da privacidade atinente ao controle do indivíduo sobre os próprios dados*, foi reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento de referendo à medida cautelar na ADI 6387 (DJe 12.11.2020), sob a minha relatoria, assim ementada:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA*. DEFERIMENTO. 1. *Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.* 2. *Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos.* O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF),

na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocados como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada.

9. Na lide em julgamento, a pretensão de controle sobre informações pessoais contrapõe-se à pretensão de livre exercício da *liberdade de expressão*, da *liberdade de imprensa* e da *liberdade de informar*.

Quanto ao ponto, a Constituição é categórica: a ampla proteção por ela conferida às liberdades de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação independem da “forma, processo ou veículo” empregado, na dicção do *art. 220, caput*. Tratando-se da disseminação de informação de caráter jornalístico por veículo de comunicação social, a Constituição tem o cuidado de salientar, no art.

220, § 1º, que essa liberdade é plena, insuscetível de ser limitada sequer pela atuação do legislador.

Como espécie do gênero *liberdade de expressão do pensamento*, a *liberdade de imprensa* não admite restrição arbitrária. Diante da finalidade informativa, incide a proteção constitucional independentemente da linguagem (código) escolhida pelo emissor para promover a veiculação, que pode ser textual – escrita ou falada – ou não textual – simbólica, audiovisual, imagética ou *fotográfica* –, e independentemente de juízo sobre a sua qualidade intrínseca – se informativa, opinativa etc.

Daí a pertinência da rememoração das balizas lançadas ao julgamento da *arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF*, no qual esta Suprema Corte declarou não recepcionado pela Constituição da República “*todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.*”

Compreendo, aliás, que a tese jurídica fixada no julgamento da *ADPF 130* vai muito além da simples não recepção da antiga Lei de Imprensa, estabelecendo *parâmetros amplos de orientação da atuação judicial relativamente às liberdades de informação, de expressão e de imprensa*. Nesse sentido, e para assegurar a efetividade de tais direitos, relembro que esta Suprema Corte tem proferido inúmeras decisões, em reclamações fundadas em alegação de afronta à autoridade da decisão na *ADPF 130*, ainda que, a rigor, não assentada a decisão reclamada em aplicação da norma declarada inconstitucional no paradigma invocado. Confirmam-se, nesse sentido: *Rcl 18.638-MC*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso; *Rcl 18.687-MC*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso; *Rcl 18.735*, Relator Ministro Gilmar Mendes; *Rcl 18.746-MC*, Relator Ministro Gilmar Mendes; *Rcl 18.566*, Relator Ministro Celso de Mello; *Rcl 18.290*, Relator Ministro Luiz Fux; *Rcl 16.434-MC*, Relatora Ministra Rosa Weber; *Rcl 18.186*, Ministra Cármen Lúcia.

Pertinente destacar, no ponto, as ponderações do eminente Ministro Celso de Mello, ao julgar procedente reclamação contra decisão judicial em que reconhecida a possibilidade de responsabilização civil de órgão de imprensa em decorrência da veiculação de críticas a pessoa pública, com fundamento, precisamente, em descumprimento da decisão proferida por esta Suprema Corte ao julgamento da *ADPF 130*:

Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como *elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica*, *descharacterizam* o animus injuriandi vel diffamandi, *legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa.*

Entendo relevante destacar, no ponto, que *essa matéria foi efetivamente debatida no julgamento da ADPF 130/DF, em que também se analisou a questão sob a perspectiva do direito de crítica – cuja prática se mostra apta a descharacterizar o animus injuriandi vel diffamandi*

(GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*, p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*, p. 88/89, 1997, Editora FTD; DOTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, v.g.) –, em ordem a reconhecer que essa prerrogativa dos profissionais de imprensa revela-se particularmente expressiva, quando a crítica, exercida pelos mass media e pelos social media, é justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial.” (Rcl 15.2143, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 05.6.2015, destaquei.)

Da ementa do acórdão paradigma (ADPF nº 130/DF), pelo qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a Constituição da República, destaco os seguintes excertos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA,” EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO

DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. (...)

REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELLECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...)

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. (...) Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as

relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (...) *Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.* Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de *território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.*

MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de *instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social.* Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). (...)

PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, *a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.* A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. (...)

RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. (...)

RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. *O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente tentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” (...)*

NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. *A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). (...) (ADPF 130/DF, Relator Ministro Ayres Brito, Tribunal Pleno, DJe 05.11.2009, destaquei.)*

A transcrição evidencia que, na interpretação empreendida por esta Suprema Corte, a imposição de restrições ao exercício das liberdades de expressão, opinião, manifestação do pensamento e imprensa que não se contenham nos limites materiais, expressamente excepcionados, da própria Lei Fundamental, não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país.

Rezam os arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220 da Carta Política, in verbis:

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - *é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*

Art. 220. *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - *É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

(...)

§ 6º - *A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.* (Destaquei.)

Ao assegurar ampla liberdade à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, os arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, caput, da Constituição Brasileira reverberam um dos sustentáculos dos regimes democráticos, cuja imprescindibilidade a experiência política internacional se encarregou de consagrar.

Como amplamente conhecido, na história do constitucionalismo moderno, surgiu com a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos a ideia de que a existência de amplas interdições ao poder do Estado de interferir nas liberdades de expressão e de imprensa constitui premissa de comunidade política caracterizada pelo autogoverno e pela liberdade individual. No dizer de Anthony Lewis, emérito professor da Escola de Direito de Harvard falecido em 2013, “liberdade para dizer e escrever o que se quer é uma necessidade inescapável da democracia.”

No Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é a regra, admitida a sua restrição somente em situações excepcionais e nos termos da lei que, em qualquer caso, deverá observar os limites materiais emanados da Constituição.

Mostra-se substantivamente incompatível com o Estado Democrático de Direito a imposição de restrições às liberdades de manifestação do pensamento, expressão, informação e imprensa que traduzam censura prévia.

O núcleo essencial e irreduzível do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento compreende não apenas os direitos de informar e ser informado, mas também os direitos de ter e emitir opiniões e de fazer críticas.

Em nada contribui para a dinâmica de uma sociedade democrática reduzir a expressão do pensamento a aspecto informativo pretensamente neutro e imparcial, ceifando-lhe as notas essenciais da opinião e da crítica. Não se compatibiliza com o regime constitucional das liberdades, nessa ordem de ideias, a interdição do uso de expressões negativas em manifestação opinativa que pretenda expressar desaprovação pessoal por determinado fato, situação ou ocorrência.

No caso em exame, a sujeição da produção televisiva de cunho histórico-jornalístico à autorização dos familiares para o uso da imagem de pessoa falecida, envolvida nos acontecimentos tratados, aniquilaria a proteção às liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística e científica e de informação, golpeando-as em seu núcleo essencial. Tais liberdades, de um lado, e a autorização ou licença, de outro, são conceitos excludentes.

A Constituição veda não somente ao Poder Público, mas também ao particular, considerada a eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais, a interferência nas liberdades de manifestação e de expressão mediante o emprego de artifícios institucionais, como a licença e a censura prévias, que atuem no sentido de delinear o seu conteúdo.

Vale lembrar a manifestação do então Chefe do Poder Judiciário da Inglaterra, *Lord Chief Justice Harry K. Woolf*, em 2002, no sentido de que os juizes:

[n]ão devem agir como censores ou árbitros do bom gosto. (...) O fato de a publicação adotar uma abordagem mais sensacionalista do que o tribunal consideraria aceitável não é relevante. (...) Os tribunais não devem ignorar o fato de que, se os jornais não publicarem informações em que o público está interessado, haverá menos jornais publicados, o que não atenderá ao interesse público.

Assim como incompatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 o arrogar-se, pelo Poder Judiciário, ou qualquer dos outros Poderes da República, do comando da linha editorial de qualquer veículo de imprensa, a publicação de obras de teor histórico, jornalístico ou documental em absoluto pode ficar na dependência da chancela das pessoas envolvidas nos fatos retratados. *A necessidade de autorização traduz censura prévia, em dissonância com as garantias albergadas nos arts. 5º, IV, IX e XIV, e 220, §§ 2º e 6º, da Lei Maior*, em indevida reintrodução do espírito autoritário expurgado pela Constituição vigente.

10. Diante da feição objetiva assumida à apreciação do recurso extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, impõe-se enfatizar aspectos da liberdade de expressão relativos às pessoas públicas, notadamente agentes públicos e políticos em geral, ainda que não seja o caso versado no RE.

É que, nesses casos, há *interesse público prima facie* em que seja assegurada a livre expressão relativamente a fatos da vida de *peessoas públicas*.

Os riscos envolvidos no exercício da livre expressão, em tal hipótese, não podem ser tais que apresentem permanente e elevado potencial de sacrifício pessoal como decorrência da exteriorização das manifestações do pensamento e apresentação de informações relacionadas a assuntos de interesse público, real ou aparente. Um sistema que sujeita o oferecimento de informações, ou a manifestação de opiniões e críticas ligadas a questões de interesse público, a riscos sobremodo elevados efetivo modo apofático de censura prévia, na medida em que induz, pela intimidação e pelo medo, o silêncio das consciências. O ônus social é enorme e o prejuízo à cidadania, manifesto.

Em outras palavras, uma sociedade em que a imprensa está condicionada à *autocontenção*, por ser obrigada a avaliar o risco de sofrer represália antes de cada manifestação, não desfruta de uma imprensa livre, antes já a sujeitou a uma modalidade silenciosa de censura prévia. É que o efeito desestimulante da livre circulação de ideias independe da verdade das alegações contidas em uma publicação em particular.

De outra parte, deve-se observar que a censura rechaçada pela Constituição não se restringe à censura prévia. A utilização da estrutura judiciária com o objetivo de infligir pressão política ou impor ônus econômico sobre o livre exercício da atividade de imprensa traduz modalidade de silenciamento do pensamento, da opinião e da crítica, sendo vedada, como tal, pela Constituição da República.

A noção *blackstoniana* segundo a qual a liberdade de expressão limitar-se-ia a assegurar imunidade apenas contra restrições prévias pertence a um tempo anterior ao constitucionalismo republicano moderno. A sujeição de toda autoridade estatal à soberania do povo impôs, historicamente, a expansão do escopo das liberdades de expressão e de imprensa. Em 1896 já era claro para Thomas Cooley:

(...) a liberdade de imprensa poderia se converter em escárnio e delírio, e a expressão em si em provérbio, se, ao passo que cada homem tivesse liberdade para publicar o que quisesse, as autoridades públicas pudessem, não obstante, puni-lo por publicações inofensivas.¹⁷

Da mesma forma, Madison, o federalista, observara que *“uma lei que infligisse penalidades às publicações escritas teria um efeito similar a uma lei autorizando restrições prévias à publicação.”* É por isso que a proteção assegurada pela cláusula constitucional da liberdade de imprensa não se limita a excluir a censura preventiva. Alcança a eventual restrição desse direito *“por meio de processos opressivos e de leis que ao mesmo tempo que reconhecessem a liberdade de tais publicações alargassem até muito além do razoável a esfera da responsabilidade.”*¹⁸

¹⁷ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. 7th Ed., Boston: Little, Brown and Company, 1903.

¹⁸ COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

No caso dos ocupantes de cargos ou funções na estrutura do Estado, investidos de autoridade, é inevitável – e mesmo desejável, do ponto de vista do interesse público – que eles tenham o exercício das suas atividades escrutinado seja pela imprensa, seja pelos cidadãos, que podem exercer livremente os direitos de informação, opinião e crítica, seja no uso de papel e lápis, seja no uso das amplamente disseminadas ferramentas tecnológicas de comunicação em rede.

Quando em questão o exercício de função de interesse público, e não a vida privada ou a intimidade, a ponderação do interesse público na manifestação do pensamento conduz a um elevado grau de tolerância no tocante aos requerimentos de proteção do interesse individual. Mostram-se, aí, *vultuosamente mais largos os limites das liberdades de informação e de expressão e mais restritos os direitos da personalidade*. Em tais casos não basta, à higidez dos limites à liberdade de manifestação do pensamento, que (i) estejam eles devidamente previstos em leis formalmente válidas e (ii) atendam a fins constitucionalmente legítimos. É necessário, ainda, que (iii) a pretendida interferência nas liberdades de expressão e de imprensa traduza, ao ser aplicada ao caso concreto, um *limite necessário à preservação de uma sociedade democrática e plural*. Com efeito:

[q]uando alguém ocupa um cargo público, então a margem que se abre é muito maior, porque o modo por que são desempenhados os seus deveres públicos se discute conjuntamente com as suas qualidades pessoais, o seu caráter e os seus hábitos, como pontos que interessam ao público. Todo cidadão pode falar livremente não só sobre o que sabe, mas também sobre aquilo que crê e suspeita, contanto que ao proceder assim somente tenha em vista o interesse público e não use de perfídia.¹⁹

Nesse contexto, *o critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão, ainda que teoricamente fundadas na proteção da honra ou da imagem pessoais, quando tiverem como efeito inibir o direito à informação sobre a conduta, presente ou pretérita, de ocupante de função de interesse público*.

É o que reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2008, no julgamento do caso *Kimel vs. Argentina*, 2008, em que condenada a República da Argentina a (i) anular as condenações civis e criminais que haviam sido impostas pelo Poder Judiciário daquele Estado contra um jornalista e historiador que publicara livro contendo afirmações supostamente atentatórias contra a honra de um Magistrado e (ii) reformar a legislação doméstica que permitiu tal condenação, declarada como em desconformidade com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que asseguram a liberdade de expressão. *In verbis*:

¹⁹ COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

Com relação ao direito individual de ter a honra respeitada, é concedida maior proteção às opiniões sobre a qualificação de uma pessoa para ocupar cargos ou sobre as ações de funcionários públicos no desempenho de seus deveres, de tal modo que o debate em um sistema democrático seja encorajado. A Corte tem salientado que, numa sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas estão mais expostas ao escrutínio e à crítica do público. Este limite diferente de proteção deve-se ao fato deles terem se exposto voluntariamente a um escrutínio mais rigoroso. Suas atividades vão além da esfera privada para entrar no reino do debate público. Este limite não é baseado na natureza do indivíduo, mas no interesse público inerente às ações que ele desempenha. (...)

O controle democrático exercido pela opinião pública incentiva a transparência das ações do Estado e promove a responsabilidade dos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Daí, a maior tolerância às declarações e opiniões expressas pelos indivíduos no exercício de tal poder democrático. Estas são as exigências do pluralismo inerente a uma sociedade democrática, que exige o maior fluxo possível de informações e opiniões sobre questões de interesse público.

No domínio do debate político sobre questões de grande interesse público, não são protegidas apenas a expressão de afirmações bem vistas pela opinião pública e as que são consideradas inofensivas, mas também a expressão de afirmações que chocam, irritam ou perturbam funcionários públicos ou qualquer setor da sociedade. (...)

As declarações críticas feitas pelo Sr. Kimel estavam relacionadas a questões de interesse público, por serem relativas a um juiz na sua qualidade de oficial público, e corresponderam a opiniões. (...)

Como tal, uma opinião não pode se sujeitar a sanções, ainda mais quando se trata de um juízo de valor sobre as ações de um funcionário público no exercício das suas funções. (...)

Tendo em vista o acima exposto, a Corte conclui que, no presente caso, a violação do direito do Sr. Kimel à liberdade de pensamento e de expressão foi manifestamente desproporcional e excessiva em relação ao pretenso prejuízo do direito a ser respeitado. (*Kimel vs. Argentina*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2008)

Um sistema jurídico em que a imprensa é contida pela possibilidade de imposição de indenizações vultosas tem o efeito de desencorajar, em razão dos riscos legais envolvidos, a publicação de matérias a respeito de ocupantes de cargos públicos.

Para que a imprensa seja livre, sem a qual, repita-se, não é livre e nem democrático o país inteiro, os riscos dessa especial e sensível atividade não podem ser elevados. Em se tratando de críticas dirigidas contra ocupantes de cargos públicos, “*permitir julgamentos por difamação devido a qualquer afirmação errônea (...) desencorajaria a imprensa e os cidadãos de expressar críticas, por medo de cometer um erro.*”²⁰

A imposição de restrições às liberdades de informação, de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostrem necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, *não sobrevive, pois, ao teste da proporcionalidade.*

11. Não se está a afirmar, aqui, que a cláusula constitucional assecuratória de liberdade plena à atividade da imprensa e à manifestação do pensamento inviabilizam, em caráter absoluto, a responsabilização civil da empresa por efetivos danos morais eventualmente decorrentes da publicação de matérias jornalísticas.

Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso no julgamento da *Reclamação nº 9.428*, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento da *ADPF 130* de modo algum significa “*juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa.*” Essa possibilidade, todavia, há de ser exercida consoante os limites definidos na Constituição da República, e à luz do precedente firmado ao julgamento da *ADPF 130*.

12. É válido anotar, que o *Índice Mundial de Liberdade de Imprensa*, elaborado anualmente pela organização não governamental internacional Repórteres Sem Fronteiras, situou o Brasil, em 2020, na posição de nº 107 entre 180 países monitorados. Ao lado de outros fatores, a *prevalência de uma cultura em que é naturalizada a repressão judicial da atividade da imprensa* destaca-se como uma das razões desse resultado.

Gostamos de apontar causas exógenas para justificar o nosso relativo estado de atraso cultural, social e econômico em relação a outras nações, mas não vemos que *as próprias instituições que adotamos para regular a sociedade frequentemente são as responsáveis por moldar um ambiente social e político inóspito ao florescimento e desenvolvimento do conhecimento, das ciências e das artes.*

É sintomático que, no Brasil, jornalistas e historiadores renomados pela seriedade de seus trabalhos não raro venham a público expor os perigos a que se sujeitam por se dedicarem a informar o público, como o constante receio de ser alvo de ações judiciais.

13. Não bastassem as evidentes dificuldades decorrentes da sua tensão com as liberdades de informação e de manifestação do pensamento e de expressão artística, intelectual e científica, a potencialização do direito ao esquecimento *coloca em risco* também a prevalência do pleno exercício dos direitos culturais (*art. 215, caput, da CF*),

²⁰ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. São Paulo: Aracati, 2011.

bem como a promoção e o incentivo à educação com base na liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (*arts. 205 e 206, II, da CF*). Igualmente, conduz a sociedade brasileira por caminho diametralmente oposto ao da promoção e difusão de bens culturais, dever do poder público, a teor do *art. 215, § 3º, II, da CF*.

Além de *inconstitucional*, a exacerbação do direito ao esquecimento é exemplo do tipo de mentalidade que, revestida de verniz jurídico, direta ou indiretamente contribui para, no longo prazo, manter o país culturalmente pobre, a sociedade moralmente imatura e a nação economicamente subdesenvolvida.

14. Lembro o amplamente conhecido e igualmente triste assassinato da atriz norte-americana Sharon Tate, em 1969, que até hoje desperta o interesse público, em razão das circunstâncias singularmente brutais em que se deu, e continua sendo objeto de livros, documentários, obras cinematográficas e programas televisivos. Em 2019, aliás, película retratando o terrível episódio, *Era Uma Vez em Hollywood*, recebeu dois Oscars (tendo recebido 10 indicações), além de 3 Globos de Ouro (de 5 indicações).

Em nome do esquecimento não mais faremos filmes, livros ou programas de televisão retratando os horrores da Segunda Guerra Mundial? Ou é justamente mantendo viva a sua memória que honramos as vítimas?

O doloroso caso envolvendo a irmã dos autores integra, lamentavelmente, a história, o imaginário popular e a memória coletiva da sociedade brasileira, e não deve ser esquecido justamente para que não mais ocorram fatos como esse.

15. Se alguma forma de *direito ao esquecimento* pode ser deduzida dos marcos constitucional e legal vigentes, seu âmbito de proteção se estende tão somente a fatos insuscetíveis de gerar qualquer interesse público, do público ou social, atinentes tão somente à vida privada e cuja publicização gera prejuízos individuais sem nenhuma contrapartida ao interesse de outrem. Nessa medida, já encontram a devida disciplina normativa em diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

16. A discussão em torno do direito ao esquecimento assume nuances particularmente sensíveis no ambiente da Internet, em particular em relação à tarefa desempenhada pelos mecanismos de buscas como Google, Bing, Yahoo e congêneres, situação em que se costuma falar em *direito à desindexação*. Tais nuances não se fazem presentes no caso em discussão, de modo que talvez seja prematuro fixar uma tese sobre esse ponto.

A título de ilustração, porém, segundo o Relatório de Transparência publicado pelo Google, desde o julgamento do caso Gonzales, de 2014, aqui já referido pelo eminente Relator, o aludido mecanismo de busca já recebeu 1.005.651 solicitações para remoção de 3.944.278 URLs dos resultados das pesquisas sobre indivíduos com base na lei de privacidade da União Europeia. Desse total, 46,8% (1.594.798 URLs) foram efetivamente removidas, após avaliação concluir apontarem para informações “inadequadas, irrelevantes, não mais relevantes ou excessivas.”

17. De modo geral, penso que, se, de um lado, a *retórica do direito ao esquecimento* tem sido frequentemente apropriada como justificativa oportunista para *censura*, seja no ambiente da Internet seja em meios tradicionais de comunicação e informação, de outro, o conceito apreende, penso, sentidos e usos legítimos. Esses, no entanto, me parecem já suficientemente amparados, no momento atual, pela proteção constitucional à inviolabilidade da intimidade e pelo escopo da legislação de proteção de dados pessoais, pelo que não vejo, pelo menos atualmente, espaço para um alargamento jurisprudencial do conceito.

18. Feitas essas anotações, entendo devidamente observadas, no acórdão recorrido, as balizas fixadas nos arts. 1º, III, 5º, IX, X e XIV, e 220, § 1º, da Constituição da República. Acompanho o eminente relator, *negando provimento* ao recurso extraordinário.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECD.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE: INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA., o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS – Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA), o Dr. André Zonaro Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da

personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível,” o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que divergia parcialmente do Ministro Dias Toffoli (Relator) e dava parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber, que acompanhavam o Relator para negar provimento ao recurso; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente a ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação, o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 10.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, Senhores Ministros, faço cumprimento na pessoa do Ministro-Relator, Ministro Dias Toffoli, a quem, de pronto, parablenzo pelo voto profundo e arguto, como sempre, Senhor Vice-Procurador da República, Doutor Humberto Jacques de Medeiros, Senhores Advogados, cumprimento a todos, trouxeram achegas e realces muito importantes sobre o que já tinha sido apresentado, com memoriais e pareceres, na própria Audiência Pública, Senhores Advogados outros que aqui estão. Cumprimento o Ministro José Levi, da Advocacia-Geral da União, em nome de quem cumprimento todos os Advogados Públicos.

Senhor Presidente, apenas para retomar do que partimos ontem. Os Ministros, a partir do voto do Ministro-Relator, já se pronunciaram a respeito do quadro processual, mas apenas para retomar rapidamente. Nesta ação, inicialmente ordinária, de indenização, os agora recorrentes relataram que teria havido, e houve, a exibição do programa “Linha Direta Justiça,” da TV Globo – agora recorrida – sobre fatos determinantes da vida e da morte de Aída Curi, irmã dos recorrentes, o que teria sido

um ilícito. A exibição do programa não tinha sido autorizada pelos familiares, que, então, pediram a indenização, pretendendo que a ré, agora recorrida, pagasse “aos autores o preço da utilização da imagem, nome e história pessoal de Aída Curi.”

Não tiveram êxito nas instâncias antecedentes, então vieram a este Supremo Tribunal Federal, afirmando serem titulares do direito ao esquecimento – instituto admitido em alguns sistemas jurídicos, acolhido em tribunais constitucionais como o da Alemanha –, citado expressamente na peça, em julgados esparsos de órgãos judiciais nacionais, também já aqui mencionado pelo Ministro-Relator e nos votos dos Ministros que me antecederam.

Os recorrentes alegaram, na peça recursal, que o reconhecimento desse pretensão direito seria “nova fronteira que se abre no reforço da defesa da garantia da dignidade humana.” O Ministro-Relator então submeteu o tema específico do direito ao esquecimento, da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade, o que foi reconhecido pelo Tribunal. O ponto fundamental posto na presente questão, neste caso, que ensejou o reconhecimento de repercussão geral, foi essencialmente ou nuclearmente o reconhecimento ou não da existência de um direito ao esquecimento previsto no sistema constitucional brasileiro.

Reproduzo, Senhor Presidente, Senhores Ministros, em voto escrito de que farei juntada – e farei apenas alinhavando o que expus como fundamento do voto –, o julgado recorrido neste caso – também transcrito nos votos dos demais Ministros. É contra o acórdão, portanto, do Tribunal de Justiça que se voltam os ora recorrentes. Eles relatam que a irmã foi brutalmente assassinada, em 1958, e que, se não bastasse “a dor provocada pelo crime em si, pela perda de familiar tão próximo de forma tão extrema, os recorrentes foram literalmente perseguidos pela imprensa, por toda a década que se seguiu, ficando eles e toda sua família cruelmente estigmatizados.”

Pelo que explicaram que, mais de cinquenta anos depois, “com suas vidas em novo rumo e com a dor apaziguada pelos efeitos curativos de tão longo tempo, a recorrida veiculou, em rede nacional, o programa televisivo explorando não só a história de sua irmã, como utilizando a imagem real dela e dos recorrentes.”

Afirmam:

[J]utar pelo reconhecimento do seu direito de esquecer essa tragédia, invocam o direito do esquecimento, instituto já reconhecido e definido pela Suprema Corte alemã, em algumas doutrinas, e em alguns julgamentos isolados no Brasil.

O voto do Ministro-Relator: Mais uma vez, Ministro Dias Toffoli, parabênizo-o pela agudeza, profundidade e verticalidade do tratamento dado ao tema e ao caso – separou, portanto, o direito ao esquecimento – tema reconhecido como de repercussão

geral – e, depois de analisado, fez a análise da incidência e se existiria o direito alegado pelos recorrentes.

Início, Presidente, fazendo uma nota que, talvez, fosse inteiramente desnecessária, mas que faço questão, até para deixar claro. Todos os Ministros que já votaram – e tenho certeza que todos – respeitam os recorrentes por sua dor. Não apenas respeito integral como solidariedade por tudo que passaram e por todos que passam situações semelhantes. Respeito, ainda, na condição de jurisdicionados que exercem o legítimo direito constitucional de questionar o que não lhes pareceu ter sido devidamente solucionado no Poder Judiciário. Tal como o Ministro Dias Toffoli, até para deixar claro o que é caso e o que é tema, separei, inicialmente, no voto, o conteúdo – existência ou não do direito ao esquecimento –, sua conjugação com o direito à liberdade de expressão e direitos da personalidade. Introduzi um esboço histórico sobre a jurisprudência e sobre o tema, que deixo de mencionar, Presidente, porque já foi amplamente repetido aqui nos votos que me antecederam a partir do voto do Ministro-Relator, reafirmado, analisado – até mesmo com as advertências necessárias como fizeram alguns dos Ministros –, para deixar claro que o direito ao esquecimento, reconhecido em alguns casos em tribunais constitucionais, não foi sequer cuidado ou devidamente limitado em cada caso.

Nesse sentido, portanto, faço algumas observações, Presidente, sobre o direito ao esquecimento como posto, articulado, de forma específica, e sobre itens específicos do Ministro-Relator, que também teve a mesma articulação do meu voto.

Começo por dizer, Presidente, que, em algumas ocasiões – alguns dirão, em todos os processos judiciais –, o que se põe em discussão é sobre se a solução é justa ou não, nos termos do Direito vigente, e sobre como aplicar o Direito.

Em alguns processos, no entanto, o Poder Judiciário é convocado, a partir de um caso, a dizer qual é a ideia de justiça plasmada no sistema jurídico e dar as diretrizes para interpretação e aplicação de uma matéria. Este me parece ser um desses casos em que estamos não apenas para resolver um caso, em termos específicos, sobre repercussão geral, mas sobre qual é a ideia que prevalece no direito constitucional brasileiro vigente.

O Ministro-Relator circunscreveu o objeto deste recurso e do cuidado por ele adotado e conceituou o direito ao esquecimento como *“pretensão apta a impedir a divulgação, em plataforma tradicional ou digital, de fatos e dados verídicos, ilicitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizadas ou destituído de interesse público relevante.”*

Vou-me ater exatamente ao conceito que o Ministro-Relator especificou em seu voto, Presidente, até para delinear bem qual é o ponto que estamos a tratar.

O Ministro Dias Toffoli afirmou expressamente não se aprofundar, neste processo, sobre a questão do domínio particular dos dados oferecidos, coletados e mantidos em sítios de internet de busca de guarda de dados. Afirmou que este tema é objeto específico de outro processo, que será devidamente analisado pelo Supremo. Também não avanço, portanto, neste tema.

O objeto especificado, neste caso, é o direito ao esquecimento, sua legitimidade nesse sentido: pretensão apta a impedir a divulgação em plataforma tradicional ou digital de fatos e dados verídicos, lícitamente obtidos e sobre os quais houve a passagem do tempo. Por isso o Ministro Dias Toffoli menciona essa indagação, em seu voto: existe o direito ao esquecimento?

Fundamentalmente, neste processo, parece-me, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhores Advogados e Senhor Vice-Procurador-Geral da República, que estamos respondendo a uma pergunta que até transcende o Direito, mas que tem que ser circunscrito ao cuidado jurídico.

Somos, todos nós, protagonistas e coautores de nossa história. Somos donos da nossa história? Cada um constrói sua vida, ela é e torna-se impartilhável, segundo nosso querer ou segundo o desejo de alguém que tenha composto o cenário humano em cuja paisagem vivemos? A história de todos forma a memória coletiva e é direito de cada cidadão, de cada um de nós. A história de cada um de nós é direito de todos? Ou, em uma democracia, a história de cada um se compõe segundo sistemas constitucionais que conferem e asseguram como necessários um conjunto de direitos a ser respeitado do ponto de vista jurídico, no plano do Direito? A privacidade da vida e na vida garante que cada pessoa se possa excluir, segundo sua vontade, de todos os olhares, mesmo aqueles que têm repercussão pública ou interesse público demonstrado?

Em um País de triste desmemória como o nosso, Presidente e Senhores Ministros, discutir e julgar o esquecimento, como direito fundamental, no sentido aqui adotado, de alguém poder impor silêncio ou até segredo de fato ou ato que poderia ser de interesse público, que é de relevância pública, pareceria - se existisse essa categoria no Direito, e não existe - um desaforo jurídico para minha geração, porque o Brasil é um país pelo qual a minha geração lutou pelo direito de lembrar.

Já que estamos falando de lembranças, em 1939, Ary Barroso compôs o que é considerado quase como um segundo hino - música mais gravada no Brasil e cantada por todos -, a Aquarela do Brasil. Ali, ele punha:

*Brasil...
Abre a cortina do passado
Tira a mãe preta do cerrado
Põe o Rei Congo no congado
(...)
Brasil*

Oitenta e dois anos depois, alguém me pede que feche a cortina do passado.

O que é o direito da coletividade - não de cada um, porque estamos a cuidar de lembranças - e da memória coletiva, lembrada ontem pela Ministra Rosa Weber?

Lutamos, no Brasil, pelo direito de lembrar, lembrar até para esquecer, para refazer a história, reconstruir, para não mais permitir, a partir do observado, sabido e experimentado, o que tenha sido cruel, desventuroso, humanamente impróprio. Não tenho dúvida – e nem poderia ter – de que o esquecimento pode ser e é, às vezes, uma forma de superação individual de dores maiores que o viver nos impõe. Também não se pode desconhecer que pode ser, politicamente, instrumento de mentiras, falseamento de verdade e recriação de fatos – com a invisibilização e o silêncio sobre pessoas e ocorrências que poderiam mostrar, na gênese, as feridas, e até as conquistas de um povo, mas, principalmente, os equívocos de uma época, uma circunstância de graves repercussões sobre o presente.

Aprendi que pretérito perfeito se conjuga com o presente do indicativo, porque ninguém se cria todo dia, como se fosse uma novidade para a vida. Há uma continuidade, do ponto de vista pessoal e social. Silêncios, omissões, segredos, ainda de que de fatos passados, guardados em baú e não mostrados, com transparência, como deveriam ser, podem ser e são – e isso se tem demonstrado na história muitas vezes – instrumentos de práticas ditatoriais. A história oficial não é necessariamente a história sincera dos fatos e das instituições. Um dado omisso ou esquecido ensina mal, porque não educa, acoberta. Deslembrar não é sempre e para sempre um direito genérico e abstrato – conforme circunscreveu o Ministro Dias Toffoli aqui –, atribuído a alguém que teria, então, a chave da história.

Não vejo como a história de uma sociedade, de um povo, sobre assunto de relevância para a coletividade, possa ser posta como tema, na esfera exclusiva e soberana da vontade de uma pessoa, em nome da garantia de sua privacidade. Não desconheço – e o Ministro Fachin, ontem, demonstrou, com a proficiência que lhe é própria – a importância de verificar, de um lado, o direito de todos e, de outro, o direito de cada um. Uma sociedade que se edifique sobre desmemórias não se pode construir civilizada e democraticamente. O direito pelo qual a minha geração lutou é o de lembrar, admitindo-se o esquecimento como uma contingência, um recurso pessoal, um dado que se aproveita para assegurar a dignidade ou a cura de uma dor pessoal, mas sem ser forma de esconder ou escamotear que passou. O presente é construído com o saber do passado para se planejar o futuro.

Esquecer – e enfatizou bem, ontem, o Ministro Alexandre de Moraes – não é apagar, não é desfazer, é não lembrar, porque a lembrança é da vida, mas cada um lida com essas lembranças como quer e pode. Esquecimento é uma porta cerrada, nas palavras do poeta que dizia: *"Descuidosa, a porta apenas cerrada pode te contar o conto que não queres saber."* O não saber não significa não existir; não lembrar não é apagar como se não tivesse tido existência o que existência teve. A deslembração também guarda histórias que, muitas, sequer se preferia esconder ou, pelo menos, silenciar. Faço uma referência elogiosa e respeitosa à indicação de casos e de jurisprudência estrangeira, que tanto ensinam – e assim é feita a vida, do saber e da experiência do outro, que pode também nos auxiliar para que andemos e sigamos em frente –, mas é preciso contextualizar que nós, no Brasil, somos um povo de minorias de direito – não

numéricas, não de pessoas – silenciadas e invisibilizadas. Nós, mulheres, os negros, os índios, os gays e seus algozes de todos os matizes não comparecemos na história oficial. Não somos mostrados em nossas dores, em nossas tormentas, em nossos flagelos e também ficam escondidos aqueles que praticam essas condutas, os autores dessas feridas. Somos, no entanto, não mostrados, mas somos partes da história real.

O esquecimento suprime fatos, esconde circunstâncias históricas, serve a objetivos específicos. A amostragem também serve. Não ponho em questão que algumas resistências sejam compreensíveis, porque subjetivas, velam pelo sofrimento de alguém que busca furtar-se à dor, mas esses motivos, às vezes, servem ao acobertamento que dificulta o prosseguir histórico de um povo, com o aperfeiçoamento das ideias, dos costumes e das instituições.

Quem vai saber da escravidão, da violência contra a mulher, contra índios, contra gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência de agressão, tortura, feminicídio? Casos que ponham abaixo ou pelo menos confrontem o discurso infame de que nada disso é verdade, mas choro de perdedor.

Lembro apenas, Presidente, para dar um exemplo, de que na Inconfidência Mineira, os fatos exibidos, mostrados, eram aqueles que não deveriam contrariar os interesses da Coroa portuguesa. Foram esquecidos e silenciados pessoas e fatos, para mostrar, por exemplo, que mulheres não deviam, de jeito nenhum, imiscuir-se na vida pública.

Hipólita Jacinta Teixeira de Melo, inconfidente, conjurada atuante, que teve graves consequências por sua atuação, os bens confiscados, não compareceu nunca ou quase nunca na história. É certo que há uma historiadora como Heloisa Starling e outros poucos, que ainda se debruçam sobre ela. Mas é dela a frase *“que era melhor morrer com honra do que viver com a desonra.”* Contudo, não foi ela que puseram nas histórias. Puseram as musas, puseram aquelas que podiam ser cantadas, não as que atuaram.

Isso tudo é devidamente programado, projetado, há consequências. Toda dor contada – no caso que agora examinamos, trazido neste processo, que, mais uma vez, reitero, merece meu inteiro respeito e integral solidariedade – não pode ficar ao largo da discussão que os recorrentes trouxeram aos autos.

Alguém pode ter domínio de fato histórico que retrata não apenas seu próprio caso, mas a circunstância de um caso que mostra quadro sociopolítico maior do que a vida protagonizada?

Somos todos linhas vitais, humanas, que se formam na meada que dá corpo a uma história construída por todos. É de histórias comuns que a memória de um povo se constrói, e a partir delas se reconstrói.

Reconheço que alguém pode querer não se lembrar, mas pode proibir de saber e se lembrar? Pode impor a sociedade a se esquecer? Refiro-me ao esquecimento como categoria jurídica na forma buscada neste processo.

Creio que toda vida ultrapassa o vivente. Uma morte pode enterrar muito mais do que um corpo, pode carregar para o túmulo o retrato de um tempo ou

de uma ocorrência histórica. Por isso, o Ministro-Relator vigorosamente enfatizou que era preciso verificar – Ministro Fachin também – se havia interesse público em determinada amostragem ou exibição, para que não se calasse a história nem se estancassem as instituições.

Parece-me que, na forma posta no voto do Ministro-Relator, de forma genérica e plena, não há no sistema jurídico brasileiro que se extrair o esquecimento como direito fundamental, limitador do direito à liberdade de expressão e, portanto, forma de coarctar outros direitos que cada um de nós e todos juntos temos à memória coletiva.

A memória, composta por todas as lembranças da gente, de um povo e de um tempo, é o patrimônio que faz com que haja o avanço histórico civilizatório e, nesse caso, compõe a memória coletiva.

O direito constitucional contemporâneo, por certo, não permite que, ao preço da dignidade de uma única pessoa, sobreponham-se todos os direitos. A dignidade de uma pessoa está na repetição de fatos mostrados, publicados, há mais de cinquenta ou sessenta anos?

Há documentos, acostados aos autos, nos quais se dá conta de que se deveria considerar como privacidade o resguardo ao direito ao esquecimento, por quem não fosse figura pública ou não tivesse uma vida pública. Isso chegou também em alguns memoriais.

A vida de uma pessoa não é avaliada apenas por ela, sem o seu contexto. Daí, a nota do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que a demonstração do interesse público para formação da memória coletiva e para se avaliar a legitimidade de uma determinada exibição precisa ser considerada no caso concreto, não como reconhecimento de um direito genérico e abstrato ao esquecimento.

Fico imaginando a tarefa do historiador. Como contar uma época sem acesso e divulgação de processos, incluídos os judiciais, da época da escravatura? Como contar o papel exercido por pessoas comuns que fizeram a história deste País ou de qualquer país? O que fazer com uma chave histórica que pode mostrar uma época, um costume, se o direito ao esquecimento tiver a amplitude pretendida neste processo?

Por isso que o Ministro Dias Toffoli, a partir da indagação se existe direito ao esquecimento no direito brasileiro e na forma posta, respondeu negativamente. O que também respondo tal como o Ministro o fez.

Cada pessoa tem o direito apenas pessoal de deslembrar do que quer, não de impor ao outro que também se esqueça, de que nem saiba. O que não se tem, portanto, é o direito de impedir que os outros saibam e tenham acesso a fatos que compõem a história de uma sociedade.

Não vou fazer referência à concepção que se foi afirmando, consolidando, do direito ao esquecimento, Presidente, porque já foi feito, mas quero lembrar que, no Brasil, a Constituição da República de 1988 parece mostrar que o direito à lembrança, à memória, foi conquistado e adotado quase como uma candeia que conduzia a obra constituinte. É de Ulysses Guimarães o tão repetido discurso da tarde de 5 de outubro

de 1988, no ato da promulgação: *“Como o caramujo, a Constituição guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram.”*

A Constituição brasileira é fruto de uma sociedade que quis se lembrar, por isso a Comissão da Verdade, por isso as comissões compostas para verificação de fatos e atos escondidos. Tudo a indicar que, como instituto jurídico, garantir o esquecimento como direito de alguém se opor e impedir a divulgação e a exibição de um fato, circunstância ou condição histórica, não me parece cabível no sistema constitucional. Sem lembranças, não há construções erguidas sobre o que se soube e se superou ou se aperfeiçoou ou até que sirvam como exemplo. Aqui lutamos pelo direito à lembrança, lembrança que se converte em elemento da memória coletiva e histórica. É com ela que se constrói ou reconstrói, com conhecimento dos fatos experimentados, o rumo histórico de um povo.

Não quero deixar de realçar, mais uma vez, que o esquecimento pode ser invocado como cuidado pessoal, evitando-se, por exemplo, a curiosidade malsã. O sistema jurídico o acolhe para dignificar e construir, por exemplo, com a prescrição, com a ação rescisória, com a revisão criminal, não para ocultar, segredar ou, principalmente, como ontem, com tanta ênfase, anotou o Ministro Alexandre de Moraes, para fazer de conta que se apagou o que aconteceu, até porque não se apaga o que aconteceu. Muito mais nos casos em que se apure e exiba o que já foi mostrado, o que já tinha sido mostrado, publicado, discutido, licitamente obtido, para nova exposição. A dificuldade que se põe é assegurar o direito à memória e o que se apelida direito ao esquecimento. O equilíbrio, que ontem o Ministro Fachin enalteceu e trabalhou, entre pessoal e social há de ser buscado para não se estabelecer um elemento limitador de direitos e de princípios constitucionais fundamentais, como o direito à informação histórica, à história fidedigna dos fatos para a possibilidade de serem postos à interpretação e à condução de rumos das experiências sociopolíticas, tudo em benefício da dignidade humana.

Tudo há que se fundamentar no direito a que não se limite a exposição de fato para que não se institucionalize o direito ao segredo do passado ou, pior, à censura presente do passado. O esquecimento como direito se pode aproximar, inclusive, como temos visto no caso de biografias e autobiografias, a ser instrumento não de pedidos de reparação, mas de chantagens. Nós, que somos mais velhos, lembramos o que aconteceu no Brasil, na década de 1980, em que um grande autor, lançando sua biografia – portanto, autobiografia –, foi levado a um estado de desespero - um dos maiores autores de autobiografia no Brasil – por chantagem de pessoas que diziam que ele podia falar só dele em sua autobiografia. Ora, ninguém vive sozinho! Se levado às últimas consequências o direito ao esquecimento, vamos permitir, inclusive, que, ao contar a história de cada um de nós, não sejamos mais sequer possibilitados de narrar nossas próprias vidas.

Isso tudo para dizer que o que Ministro-Relator afirmou é o fato verídico, licitamente obtido, objeto do conhecimento, e é sobre ele que estamos a trabalhar, neste caso, ao falar desse direito ao esquecimento.

Eu sou tão velha que não sou nem do tempo do *fake*, Presidente. No meu tempo, dizia-se: “*Não sei se é fato ou se é fita.*” Agora, não sei se é fato, fita ou *fake*. Seja lá o que for, só vale para este processo o que é fato e verídico; não fato inventado. Aliás, em um País como o nosso, em que sei que pessoas contratam escritores para inventar um passado porque não gostam do passado dele, é claro que o direito ao esquecimento é um pouco mais complicado. De toda sorte, de *fake* não estamos falando, de fita não estamos falando; estamos falando de fato, porque o que não é fato há de ser corrigido, e não esquecido. Ninguém se lembra do que não aconteceu – se bem que tudo é possível! Fico vendo pessoas, como disse, que criam passados. Aí, acho que o departamento não é jurídico; é psicológico. De todo jeito, o narrado que não corresponda a fato não está em nossa esfera de tratamento. Sobre o fato lícito, como disse o Ministro Dias Toffoli – lícito antes e ilícito agora ou ilícito antes e lícito agora –, não se quer, nem uma interpretação presentista destruidora, nem que não se possa mostrar aquilo que um dia foi lícito – por exemplo, no caso da escravatura – e que, agora, não queremos que seja – e não pode ser – não aquilo que foi lícito e que é ilícito agora – é disso, portanto, e só disso que estamos cuidando.

Aqui, Presidente, faço uma referência em meu voto ao direito à verdade histórica como princípio que me parece constitucional também nesta matéria, que é o princípio da solidariedade entre gerações. Este, a Constituição brasileira põe, no caso específico do direito ambiental, de maneira expressa, mas perpassa toda a ética constitucional do Brasil. Não é possível que a gente, em uma geração, negue à próxima geração – até por solidariedade e não como dimensão filosófica ou religiosa, mas como dimensão jurídica – o direito de saber qual é sua gênese, qual é sua história. Se garantimos – e o Supremo Tribunal já garantiu –, a cada pessoa, o direito de buscar, geneticamente, suas origens, por que não garantiríamos a gênese histórica de cada povo, demonstrando e permitindo que os fatos, ainda que graves, ainda que cegos, ainda que dolorosos, também sejam mostrados, para que a gente aprenda com as nossas feridas e resolva? Um “país de chagas sociais” tão grandes quanto temos no Brasil não se pode dar ao luxo de fazer de conta, porque ninguém vive de faz de conta.

Também estou seguindo o Ministro-Relator no conceito da passagem do tempo, que impeça ou que possa levar a uma descontextualização. Ponho-me inteiramente de acordo no sentido de que não se pode permitir que algo que tenha tido uma interpretação de acordo com o que prevalecia em determinado momento não possa ser mostrado, desde que devidamente contextualizado.

Neste sentido, portanto, a descontextualização, a meu ver, gera mentiras, alterações daquilo que precisa ser devidamente interpretado e com o que se há de aprender. Mas, aí, para mim, o caso também não é de esquecimento. É um caso de apresentação indevida por ausência de todos os postos e pressupostos necessários. A informação buscada e mostrada em outro contexto que não se tenha passado,

sem as devidas referências, pode provocar realmente o equívoco na interpretação e até uma transformação dos dados. Não me atenho, portanto, à questão, porque o que foi lícito em determinado momento pode ser ilícito hoje e precisa ser mostrado para não ser repetido – *vide* os casos que ocorrem nas ditaduras. O Ministro-Relator, inclusive, também fez referência a isso: nunca permitimos que tivesse que se fazer sombra onde precisa ser jogado luz. O que foi passado não pode ficar no almoxarifado das lembranças intocáveis, ainda que tenha sido lícito em determinado momento. É preciso que se ponha luz para que a gente verifique e que não se repita como lícito o que não pode ser ilícito do ponto de vista da principiologia constitucional.

O que não me parece possível, portanto – e acho que nisso estamos de acordo Ministro Dias Toffoli, eu e os que nos acompanharam –, é que não pode haver censura presente de fato passado. Nesse sentido, tenho – e foi também repetido muitas vezes ontem – que a censura no Brasil é proibida – ontem até se fez referência a censura prévia. A Constituição não qualifica a censura. Censura é proibida no Brasil. O art. 220, no seu § 2º, estabelece que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Censura é sempre indigesta, nenhuma censura presta, de nenhuma natureza. A censura desvirtua, a censura corrompe, a censura mente e faz com que a mentira prevaleça. A Constituição brasileira e este Supremo Tribunal Federal, várias vezes, reafirmaram a impossibilidade e a inaceitação de qualquer forma de censura. Quando falamos nisso, não distinguimos entre censura estatal e censura particular, do qual estamos falando. Uma pessoa pelo seu interesse particular estaria, portanto, afirmando que, como não autorizou, o caso não pode ser mostrado.

Não fizemos distinção entre censura estatal ou censura particular, censura do presente ou censura do passado, censura de qualquer natureza. Toda censura é indigesta, censura não presta, não serve e, principalmente, não se compõe com o constitucionalismo contemporâneo.

Nesse sentido, o fundamento do Ministro Dias Toffoli, bem como dos Ministros que o acompanharam, está de acordo que não é permitido que alguém, em nome da privacidade, possa se opor à divulgação de um fato verídico e obtido pelos meios lícitos. Portanto, compreendo o interesse público devidamente demonstrado.

A expressão “*da liberdade assegurada, constitucional e internacionalmente, como conquista da civilização e da democracia*” não pode ser suprimida. A gente fala muito em liberdade de expressão, porém, na verdade, é preciso enfatizar mais e mais a liberdade. A expressão que o constitucionalismo contemporâneo assegura é a expressão como manifestação da liberdade. A expressão, como outros instrumentos, poderia até servir e serve como instrumento de agressão, como lesão, mas estamos falando de liberdade e de todas as formas de liberdade.

O Ministro Alexandre de Moraes ontem, lembro ainda, enfatizou que liberdade se compõe com responsabilidade, digo eu, até porque liberdade sem responsabilidade é arbítrio, é mandonismo. A liberdade responsável é inerente ao Direito e garantida pelo Direito.

Para mim, não pode haver nenhuma forma de censura estatal ou particular porque censura presente do passado é dinamite na ponte da história e da memória coletiva. Destrói tudo que veio antes, como se fôssemos realmente os senhores da história de um povo.

Nesse sentido o Ministro-Relator ainda fez referência – e faço referência até em razão de ter sido reiterado em outros votos – ao direito de, para usar uma expressão mais portuguesa, “pôr-se em sossego” – expressão até camoniana. Eu lembraria, como o Ministro Alexandre lembrou ontem, que Greta Garbo, ao dizer *I want to be alone*, como também lembrado pela Ministra Rosa, em seu belo voto, circunscreveu-se a um espaço particular, mas o que ela fez antes continua a ser mostrado até hoje, porque não se desfaz o que foi feito. O “pôr-se em sossego” não elimina toda e qualquer atuação que a pessoa tenha tido na vida.

A liberdade de apuração e de informação do relato e da exposição do que examinado e demonstrado veridicamente por meios lícitos, com interesse público determinante, não pode ser coartada pela vontade de uma pessoa, por maior que seja a dor de retirar o véu que cobre a lembrança mais amarga. A combinação dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade de expressão está na observância dos elementos que devem ser apurados em caso de alegação ao direito de esquecimento, ou seja, a veracidade dos fatos, a licitude da obtenção dos dados a eles relativos e a demonstração de interesse público que permita sua divulgação em benefício da coletividade.

Portanto, analisei nesse sentido a máxima proteção aos direitos fundamentais, assim assegurada, combinada com a máxima efetividade dos direitos fundamentais de todos. O que se pôs e se mostrou neste caso tinha sido exibido, publicado, há mais de cinquenta anos, e imposto em toda a crueza de uma sociedade perversa, desumana, mas não pode ser escondido hoje das novas gerações. Nem todos iriam aos arquivos, mas o que ficou demonstrado e mostrado já ficou, o mais é a história.

Lembro, ainda uma vez, que não apenas o jornalista, que trabalha com a informação, mas que também o historiador, Ministro Toffoli, exerce a liberdade de expressão. Ele, muitas vezes, no Brasil, não é lembrado, mas tem sido alvo de ações judiciais pela menção feita a uma ou outra história.

Drummond, em celeberrimo poema sobre o historiador, dizia que o historiador:

*Veio para ressuscitar o tempo
e escarpelar os mortos,
(...)
Veio para contar
o que não faz jus a ser glorificado
e se deposita, grânulo,
no poço vazio da memória.*

*É importuno,
sabe-se importuno e insiste,
rancoroso, fiel.*

Garantida essa fidelidade, a privacidade, ao lidar com direito que já se fez público no sentido de fatos que já foram exibidos antes, não pode ser uma limitadora, a meu ver, da liberdade de expressão.

A prática, portanto, demonstrou, e, nos casos dos autos, também, que aqui se teve um caso tristíssimo de fato pungente, doloroso, grave, que permeou notícias, jornais, mídias da época em que ocorreu, 1958, mas entrou para os chamados anais da história. Como apagá-lo da memória de todos? Como não permitir que os jovens saibam? Como ontem lembrado pela Ministra Rosa, não saber que, a cada nova morte mostrada de mulher, de menina, a gente precise aprender outra vez na tragédia do dia a dia.

Como excluir de exibição possível a mostrar o que se passou e que já deveríamos ter aprendido para evitar uma sociedade tão violenta? Como admitir, no sistema constitucional brasileiro, a censura presente do passado feito por particular?

Não me parece que a garantia de intimidade da privacidade possa ser excludente da liberdade de informação – direito de todos e de cada um. Não pode ser impeditiva à formação e consolidação do interesse público, por isso, não reconheço acolhido, no sistema constitucional brasileiro, na forma, volto a insistir, posta neste processo, genérica, plena e abstrata, em nome do qual se poderia impedir a divulgação de fato ou ato jurídico obtido licitamente com interesse público demonstrado.

Pelo que voto, Senhor Presidente, por negar provimento ao recurso extraordinário e pelo indeferimento do pedido de reparação de danos na forma do voto do Ministro-Relator.

É como voto, Senhor Presidente.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF, no qual se discute a temática correlata à indenização por danos morais e materiais, tendo como fundamento a aplicabilidade do direito ao esquecimento, na esfera civil, quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, em decorrência da veiculação de programa televisivo, com abordagem de fatos relacionados a crime ocorrido há várias décadas.

Eis o teor do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual julgou o tema, em sede recursal, mantendo a decisão do Juízo de 1º grau, que julgou improcedente a demanda:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA.” AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça.” 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou, se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (eDOC 10, p. 73/87).

O fundamento do acórdão do TJRJ está firmado no sentido de que a Constituição da República *“garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais.”*

Decidiu, também, que *“a ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm*

este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado."

No apelo extremo, os recorrentes recordam que sua irmã *"foi brutalmente estuprada e violentada no ano de 1958, tendo eles sofrido um intenso massacre dos órgãos de imprensa à época, posto que promovida uma cobertura ferrenha de cada passo das investigações e do processo criminal subsequente, transformando o crime num dos maiores eventos da imprensa nacional, de todos os tempos."*

Referem que *"mais de cinquenta anos depois, com suas vidas em novo rumo e com a dor apaziguada pelos efeitos curativos de tão longo tempo, a recorrida veiculou em rede nacional um programa televisivo explorando não só a história de sua finada irmã, como utilizando a imagem real dela e dos recorrentes, a despeito da notificação por eles enviada, previamente, opondo-se a sua veiculação."*

Expressam, também, que *"lutam pelo reconhecimento do seu direito de esquecer esta tragédia; invocam o direito ao esquecimento, instituto já reconhecido e defendido pela Suprema Corte alemã, e em algumas doutrinas e alguns julgamentos isolados no Brasil."*

Argumentam que *"o direito ao esquecimento é um atributo indissociável da garantia da dignidade humana, com ela se confundindo."*

Em contrarrazões, a recorrida aduz que o programa "Linha Direta Justiça" *"tinha por fim relatar fatos históricos, do interesse de toda a coletividade, relacionados a crimes de grande repercussão e seus respectivos julgamentos pelo Poder Judiciário, sendo, pois, um programa jornalístico, com natureza de documentário,"* além de que *"os direitos à intimidade e imagem dos recorrentes e de sua falecida irmã certamente não se sobrepõem ao interesse coletivo da sociedade de ter acesso às informações sobre o fato histórico."*

Defende que a CF *"consagra a plena liberdade de expressão, o que exsurge claríssimo das disposições dos seus artigos 5º, IV, IX, XIV, e 220, §§ 1º e 2º,"* sem olvidar que *"o defendido direito ao esquecimento é completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal."*

Em razão da interposição simultânea de recursos especial e extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, em acórdão a seguir ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AÍDA CURI." VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME

DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. 4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. 5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. 6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o

que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos. 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento,” na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aída Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. 9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido. (REsp 1.335.153, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.9.2013)

Aportados os autos nesta Corte, a repercussão geral restou admitida no ARE 833.248 (tema 786), em acórdão assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA.

ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (ARE 833.248 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2015)

O relator deu provimento ao agravo para determinar a subida do recurso extraordinário, que foi autuado sob o número atual (RE 1.010.606).

Houve a realização de audiência pública nesta Corte, no dia 12 de junho de 2017, *"para ouvir o depoimento de autoridades e experts sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade."*

Foram admitidos, como *amici curiae*, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI); o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS); a Artigo 19 Brasil; o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil); o Google Brasil Internet Ltda.; o Instituto Palavra Aberta; o Instituto de Direito Partidário e Político (PLURIS); e a Yahoo! do Brasil Internet Ltda.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovimento do apelo extremo, em parecer a seguir ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 786. DIREITO AO ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA PRÓPRIA VÍTIMA OU PELOS SEUS FAMILIARES. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO. ABORDAGEM DE FATOS RELACIONADOS A CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFLITO ENTRE A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. Proposta de tese de repercussão geral - Tema 786: "O direito ao esquecimento consiste em desdobramento do direito à privacidade, devendo ser ponderado, no caso concreto, com a proteção do direito à informação e liberdade de expressão." - Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário. (eDOC 96)

O debate consiste em saber se há a aplicabilidade do direito ao esquecimento em exposição da imagem e vida privada de vítima, por envolvimento em matéria

jornalístico-televisiva que abordou crime ocorrido há décadas, havendo a necessidade de ponderação entre os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade de informação.

2) SUPOSTO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Não há, no direito brasileiro, disciplina normativa específica e direta abarcando o provável “direito ao esquecimento” (*the right to be let alone*, tradução livre – direito de ser deixado sozinho), sendo este nível de proteção decorrente de exegeses extraídas de outros países (em especial decisão inaugurada pela Alemanha em 1973), aliado à reinterpretção do arcabouço protetivo existente no nosso ordenamento jurídico.

Há também as variações mundiais ao termo, tais como “*right to be forgotten* (ou *to be left in peace* ou *to be left alone*), *search engine*, *delisting request*, *derecho al olvido*, *diritto all’oblio*.” (*Boletim de Jurisprudência Internacional, Direito ao esquecimento*. 5ª ed. Brasília: Biblioteca do STF, dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3.2.2021)

Na seara internacional, a primeira decisão de relevo que se tem noticiado adveio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, em 1973, entendeu que a exibição de documentário sobre crime notório, por inexistir significativo e atual interesse público na informação, feriria o direito de personalidade do autor do delito, diante do transcurso de tempo desde os fatos, sem olvidar que comprometeria a ressocialização daquele. (BVerfGE 35, 202, j. 5.6.1973 (*Lebach I - Soldatenmord von Lebach*))

Em 1995, a Suprema Corte da Holanda reconheceu que o direito ao esquecimento deve-se sobressair sobre a liberdade de expressão e de imprensa quando não houver interesse público na informação, além de ser necessário para proteção da honra, reputação e demais direitos da pessoa ofendida de crime de calúnia, nos termos do artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Decisão 15.549). Eis o resumo daquele julgamento:

As questões a serem resolvidas neste caso eram se três artigos publicados em um jornal de circulação nacional eram difamatórios e se a ação intentada pelo ofendido era admissível, à luz do direito à liberdade de expressão. Os artigos sugeriam que V. havia assassinado um judeu que vivia escondido durante a Segunda Guerra Mundial. No entanto, um Tribunal Distrital absolveu V. de assassinato em 1944, e, em 1946, ele foi reabilitado quando foi estabelecido que ele agia no interesse da resistência ao opressor.

A Suprema Corte começou observando que a ação foi movida contra um jornalista e um jornal, de modo que, permiti-la, constituiria uma interferência na liberdade de expressão a que têm direito este jornalista e este jornal. Essa interferência era justificável, entretanto,

conforme as condições estabelecidas no artigo 10.2 da CEDH, a saber, que a interferência deve ser prescrita por lei e necessária para a proteção da reputação ou dos direitos da pessoa ofendida, foi atendida.

Nesse caso, não era apenas a reputação dessa pessoa que estava em jogo, mas também – e principalmente – seu direito de não ser confrontado publicamente mais uma vez, mais de quarenta anos depois, com as ações que ele havia realizado no passado, na forma de acusações ofensivas e difamatórias. O Tribunal Constitucional considerou que a única forma de avaliar se a permissão do processo era necessária em uma sociedade democrática para a proteção da pessoa difamada era pesando os direitos fundamentais opostos entre si, levando em consideração todos os detalhes do caso.

A Corte Suprema decidiu que, neste caso, o direito a um nome e reputação imaculados e, acima de tudo, o direito a ser “deixado em paz” prevalece sobre o direito de imprensa à liberdade de expressão. Uma das consequências do respeito ao particular é que uma pessoa que foi condenada por um crime não deve, em princípio, ser responsabilizada por seus atos depois de ter pagado a pena por eles. Isso implica que fazer uma denúncia dessa natureza depois de um período tão longo e dar a essa denúncia ampla publicidade só teria uma justificativa válida em circunstâncias especiais em que tal informação serviria a um interesse público justificável. Portanto, para justificar a publicação em tal caso, devem existir razões imperiosas relacionadas ao interesse público, e é legítimo exigir que a denúncia seja baseada em pesquisa extremamente meticulosa. (Tradução livre do “Summary: The questions to be resolved in this case were whether three Articles that had been published in a national daily newspaper were defamatory, and whether the suit brought by the person offended was admissible, in the light of the right to freedom of expression. The Articles suggested that V. had murdered a Jewish person who was living in hiding during the Second World War. However, a District Court acquitted V. of murder in 1944, and in 1946 he was rehabilitated when it was established that he had been acting in the interests of the resistance to the oppressor. The Supreme Court began by observing that the suit had been brought against a journalist and a newspaper, so that allowing it would constitute interference with the freedom of expression to which this journalist and this newspaper are entitled. This interference was justifiable, however, as the conditions set out in Article 10.2 ECHR, namely that the interference must be prescribed by law and necessary for the protection of the reputation or rights of the person insulted, had been met. In this case, it was not only this

person's reputation that was at stake, but also – and indeed primarily – his right not to be publicly confronted yet again, over forty years later, with the actions he had taken in the past, in the form of offensive and defamatory accusations. The Supreme Court held that the only way to assess whether allowing the suit was necessary in a democratic society for the protection of the defamed person was by weighing the opposing fundamental rights against each other, taking all the details of the case into account. The Supreme Court ruled that in this case the right to an unblemished name and reputation and above all the right to be “left in peace” prevailed over the right of the press to freedom of expression. One of the consequences of respect for the private individual is that a person who has been convicted of an offence should not in principle be held to account for his actions after he has paid the penalty for them. This implies that making an accusation of this nature after such a long period of time and giving to this accusation wide publicity would only have a valid justification in special circumstances in which such information would serve a justifiable public interest. Therefore, to justify publication in such a case, compelling reasons related to the public interest must exist, and it is legitimate to require that the accusation be based on extremely meticulous research. (Caso 15.549, Rechtspraak van de Week, 1995, Nederlandse Jurisprudentie, 1995, 422; CODICES. Disponível em: [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dII/CODICES/precis/eng/eur/ned/ned-1995-1-001?f=templates\\$fn=documentframeset.htm&q=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Borderedprox,3%3A%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5D&x=server\\$3.0#LPHit1](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dII/CODICES/precis/eng/eur/ned/ned-1995-1-001?f=templates$fn=documentframeset.htm&q=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Borderedprox,3%3A%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5Bstem%3Aright%5D%5Bstem%3Ato%5D%5Bstem%3Abe%5D%5Bstem%3Aleft%5D%5Bstem%3Ain%5D%5Bstem%3Apeace%5D%5D%5D&x=server$3.0#LPHit1). Acesso em: 3.2.2021, grifo nosso)

Já, em 1999, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que, por não acarretar risco para a ressocialização dos autores do crime – *diante da circunstância de que os “Tribunais inferiores de Sarre (Saarland) declararam de forma constitucionalmente inquestionável que o filme não permitia a identificação do queixoso”* (Tradução livre de: *“Die saarländischen Gerichte haben in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, daß der Film eine Identifizierung des Beschwerdeführers zu”*) –, não seria possível impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

A Corte Constitucional Colombiana, em 2009, reconheceu a responsabilidade da mídia no que se refere à gestão, ao processamento e à disseminação de informações e, apesar de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais do destinatário da informação, decidiu que deveria ser respeitada a privacidade, a honra, o bom nome e a dignidade da pessoa sobre quem se informa e de terceiros afetados pela notícia, principalmente se forem crianças. (Sentencia T – 439-09. j, 7.7.2009. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2009/T-439-09.rtf>. Acesso em: 3.2.2021)

Por outro lado, em 2012, o Tribunal Constitucional da Áustria considerou constitucional a norma que permite a permanência pelo prazo de até 60 (sessenta) anos para que o registro permaneça em banco de dados de processos criminais. (Decisão G 7/12-11, j, 29.6.2012. Disponível em: http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/143/g7_12_speicherfrist.pdf. Acesso em: 3.2.2021)

Em 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu a temática sob o ângulo das ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, trazendo à tona outro viés informacional de âmbito nacional. Cuidava-se do caso do advogado espanhol Mario Costeja González, que, ao deixar de pagar dívidas com a seguridade social, teve seu imóvel onde morava em Barcelona levado a leilão, e tal fato foi noticiado, à época (1998), no jornal *La Vanguardia*. Posteriormente, o débito foi quitado, e a alienação judicial suspensa. A informação, no entanto, continuou disponível nas ferramentas de busca *online* depois de mais de dez anos (2009). A partir daí, o causídico intentou junto à Agência espanhola de proteção de dados a desindexação de seu nome de tais ferramentas, obtendo êxito.

O *Google Inc.* acionou González e a Agência espanhola nos tribunais espanhóis que resolveram encaminhar o caso ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia para aplicação de diretrizes da Comunidade Europeia, o qual entendeu que era possível requerer a remoção de resultados de busca, independentemente da manutenção do conteúdo no sítio eletrônico de origem, ao fundamento de que seria "*legítimo dificultar o acesso a material que, pelo decurso do tempo, tivesse se tornado inadequado, irrelevante ou excessivo.*"

O TJUE assentou seu entendimento, ainda, no sentido de que "*O processamento de dados realizado por operadores de mecanismos de busca pode afetar significativamente direitos fundamentais à privacidade e à proteção dos dados pessoais, sendo permitido que um indivíduo solicite aos operadores a remoção de links de pesquisa ligada ao seu nome.*"

Eis o resumo do julgado:

Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios *web* – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do

operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7.º e 8.º (TJUE, C-131/12, j. 13.5.2014, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2257. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5429c0e0ec4af407681ecfaa82e59b9aa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN40aNmNe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=267411>. Acesso em: 3.2.2021)

Em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, Ingo Wolfgang Sarlet realizou uma criteriosa análise sobre tal julgamento:

Num primeiro passo do julgamento, o TJUE reconheceu que os mecanismos de busca representam uma formatação de dados pessoais, pois o programa busca, armazena e organiza os dados, evidentemente não apenas dados pessoais, mas também dados pessoais. Além disso, os mecanismos de busca devem ser responsabilizados pela formatação dos dados, porquanto, segundo o tribunal, a seleção, análise, sistematização e difusão dos dados é feita pelo *Google* e os dados são muito mais difundidos com do que sem mecanismos de busca. Por isso, avançou o TJUE, se aplica o direito de proteção de dados!

O segundo núcleo problemático examinado na decisão diz com o direito de alguém de exigir a exclusão de referências ou links dos mecanismos de busca.

O problema jurídico concreto era o de verificar se a divulgação pelos mecanismos de busca seria ilícita apesar de lícita a divulgação pelo jornal e de assegurada a manutenção da informação na página *online* de origem. Assim, o conflito aferido não se deu propriamente entre a página *web* e a pessoa afetada, mas sim, entre os mecanismos de busca (*Google*) e a pessoa afetada.

Aspecto decisivo para a argumentação adotada pelo TJUE é de que a lista de resultados obtida pelos mecanismos de busca constitui um processo autônomo e com valor informacional próprio e de que tal situação deve ser valorada diferentemente da inserção de uma informação na página *online* de um determinado jornal. Especialmente relevante foi a circunstância de que no caso em julgamento se tratava apenas de restringir o acesso à informação, sem impedir, a pessoas físicas individuais, o acesso seletivo às informações.

Uma das principais críticas assacadas contra a decisão foi a de que, embora tenha acertado (pelo menos segundo parte dos críticos) no resultado, o TJUE não considerou a constelação geral dos interesses (e direitos) envolvidos, multipolar e complexa, pois além dos interesses do Google e da pessoa afeta em seus direitos de personalidade, ainda é preciso considerar os interesses da página de origem, das pessoas em geral que tem um legítimo interesse (e direito) no acesso às informações.

De todo modo, a situação é polêmica, especialmente quando considerado o direito fundamental de acesso à informação o direito à liberdade de expressão e a sua relevância para uma democracia que pretenda ostentar tal título. Que a decisão do TJUE está destinada a provocar não apenas reações críticas, mas também aplausos (como, aliás, já vem ocorrendo), resulta evidente. Independentemente de se emitir aqui um juízo positivo ou negativo, chama a atenção que os motores de busca como o Google não são um nicho imune a controle e sobre o qual não recai nenhuma responsabilidade, como se de meros intermediários se tratasse, e nisso nos parece, salvo melhor juízo, que o TJUE acertou, o que está inclusive determinando ajustes não apenas na esfera das diretivas da União Europeia como também nas legislações internas dos Estados que a integram.

Até onde, contudo, deve ir a possibilidade de intervenção nesse ambiente, especialmente para efeito de se excluir acessos dos motores de busca ou mesmo cancelar a exclusão de dados de páginas *online*, mas também a veiculação de informações por outros meios (como nos casos apreciados pelo STJ), é algo que demanda extrema cautela e criteriosa avaliação, devendo, pelo menos como regra, prevalecer a liberdade de informação e o direito de acesso à informação. (...). (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexao-dados-mariogonzalez>. Acesso em: 3.2.2021)

A Corte de Cassação da Bélgica decidiu, em 2016, que o processo de transformação de arquivos físicos em digitais corresponderia à nova publicação. Com base no direito ao esquecimento, entendeu que deveria ser retirada qualquer identificação do autor ao repassar para a mídia digital, de maneira que ele seja mencionado apenas como “X”. [caso P.H. vs. O.G. (C.15.0052.F) j. 29.4.2016. Disponível em: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160429-1. Acesso em: 3.2.2021]

Em um breve relato sobre o julgamento, colhe-se que:

I. Em novembro de 1994, um médico belga que dirigia sob os efeitos de bebida alcoólica causou um sério acidente de trânsito, resultando na morte de duas pessoas. À época, o jornal *Le Soir* noticiou o ocorrido, mencionando o nome completo do motorista. Em 2006, foi concedida ordem judicial para retirar de seu registro criminal, a condenação por dirigir embriagado (*décision de réhabilitation judiciaire*).

No ano de 2008, o jornal *Le Soir* disponibilizou gratuitamente parte de seus arquivos on-line, incluindo a referida matéria de 1994, a qual era facilmente acessada mediante simples busca do nome do responsável pelo acidente na internet.

Reivindicando o direito ao esquecimento e alegando violação de sua privacidade, o motorista pediu ao editor-chefe do *Le Soir* para anonimizar o artigo digital, tendo sua solicitação negada. Assim, em 2010, recorreu aos tribunais belgas e, em 2013, a Corte de Apelação determinou que o jornal ocultasse o nome do solicitante da matéria jornalística sobre o fatídico acidente de trânsito, substituindo-o pela letra X.

Inconformado, o jornal recorreu dessa decisão, alegando que obstaculizar a divulgação de arquivos de registros históricos viola o direito à liberdade de expressão.

II. A Corte de Cassação da Bélgica manteve a determinação imposta ao jornal. A Corte recordou que o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) e o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), que protegem a liberdade de expressão, conferem aos órgãos da imprensa escrita o direito de digitalizar seus arquivos para disponibilizá-los ao público. Na mesma linha, acrescentou que a sociedade tem direito ao acesso à informação. No entanto, esses direitos não são absolutos e podem ser limitados por outros direitos fundamentais.

Segundo o Tribunal, é incontestável que o respeito à vida privada, previsto no artigo 8º da CEDH e no artigo 17 do PIDCP, abrange o direito a ser esquecido, permitindo que uma pessoa condenada por um crime se oponha, em certas circunstâncias, que seu passado seja recordado ao público em nova divulgação dos fatos. Isso justificaria a interferência no direito à liberdade de expressão e de imprensa.

A Corte julgou que a transformação de arquivos físicos em arquivos digitais disponibilizados na internet equivale a uma nova publicação. Acrescentou que o arquivamento digital de uma matéria, legalmente publicada à época dos fatos, não está isenta da aplicação do direito

a ser esquecido. Isso porque a manutenção do artigo on-line, muitos anos após os eventos que descreve (20 anos), é susceptível de causar ao interessado danos desproporcionados em comparação com os benefícios do estrito respeito à liberdade de expressão.

Assim, para resguardar o direito ao esquecimento, a Corte manteve a decisão inferior que obrigou o veículo de imprensa responsável pela publicação original e pela conversão em arquivos digitais a retirar a identificação nominal do autor no arquivo digital (de modo que ele seja mencionado apenas como X). (*Boletim de Jurisprudência Internacional*, Direito ao esquecimento. 5ª ed. Brasília: Biblioteca do STF, dezembro de 2018. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3.2.2021)

Sobre essa mesma temática, em 2016, o Supremo Tribunal da Espanha entendeu que (*Sentencia* 210/2016, j. 16.3.2016):

O tratamento de dados pessoais vinculados à concessão de indulto em um mecanismo de pesquisa geral da Internet deixa de ser lícito depois de decorrido um período de tempo razoável desde que o perdão foi concedido, se a parte afetada exercer seu direito de oposição. Equilíbrio entre direito à informação sobre a concessão de indultos e os direitos à honra, privacidade e proteção de dados pessoais do indultado. (Tradução livre de: “*El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto em un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.*” Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTERÉS/TS%20Sala%20I%205%20abr%202016.pdf>. Acesso em: 3.2.2021)

Em 2018, a mesma Suprema Corte espanhola posicionou-se no sentido de que o suposto “direito ao esquecimento” abarca a proteção sobre informações prejudiciais que digam respeito a fatos remotos dos cidadãos comuns, devendo as personalidades públicas ser excluídas do âmbito de proteção daquele (caso *Joan Antón Sánchez Carreté vs. Google*, j. 10.4.2018).

No ano retrasado, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou que o operador de ferramenta de busca, o qual atende solicitação de desindexação de uma pessoa, não está obrigado a desindexar todas as versões de ferramenta de pesquisa, mas apenas as que correspondem aos estados-membros (*caso Google LLC vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*. Case C-507-17, 24.9.2019).

Também em 2019, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *Recht auf Vergessenwerden I* (tradução livre: direito de ser esquecido - I), aplicando o nível de proteção da Carta de Direitos fundamentais da União Europeia, entendeu que “O ordenamento jurídico deve proteger o indivíduo de ter que manter posicionamentos, manifestações e ações por tempo ilimitado na esfera pública.” (Tradução livre do trecho: “Die Rechtsordnung muss davor schützen, dass sich eine Person frühere Positionen, Äußerungen und Handlungen unbegrenzt vor der Öffentlichkeit vorhalten lassen muss,” BvR 16/13, 6.11.2019)

No mesmo dia desse julgamento, o TCF alemão também decidiu outro caso, que envolvia transmissão de TV, que fora disponibilizada *online* em 2010, sob o título “*Demissão: as práticas sujas de empregadores*,” no qual a pessoa que buscava proteção jurídica havia sido identificada pelo nome e acusado de tratamento injusto de um funcionário, que havia sido demitido de sua empresa, mas que permanecia disponível para busca. Diferentemente do caso anterior, o cidadão prejudicado ingressou com uma ação judicial em face do operador do mecanismo de pesquisa (e não em face da emissora), que se recusou a remover a transmissão dos resultados da pesquisa. Considerou-se estar em jogo o direito do reclamante à vida privada e familiar (art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e à proteção de dados pessoais (art. 8º), a liberdade do Google de conduzir negócios de acordo com a liberdade de imprensa (art. 16) e a liberdade de expressão da empresa de radiodifusão (art. 11) como um direito fundamental de terceiros diretamente afetado (direito à informação).

Diante desse cenário, aquele Tribunal entendeu que, sopesando os interesses envolvidos e *o curto intervalo de tempo desde a primeira publicação*, o direito do recorrente não poderia sobrepor-se aos outros direitos em questão e negou a exclusão. (BvR 276/17, 6.11.2019)

Por fim, é importante lembrar que a União Europeia aprovou, em 15.4.2016, o Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD – dispensando legislação adicional nos Estados-membros), o qual entrou em vigor somente em 25.5.2018, tratando a matéria da seguinte forma:

Artigo 17.º

Direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada,

e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
- b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3;

d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou

e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

(...)

Artigo 21.º

Direito de oposição

1. O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6.º, n.º 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6.º, n.º 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

2. Quando os dados pessoais forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta.

3. Caso o titular dos dados se oponha ao tratamento para efeitos de comercialização direta, os dados pessoais deixam de ser tratados para esse fim.

4. O mais tardar no momento da primeira comunicação ao titular dos dados, o direito a que se referem os n.ºs 1 e 2 é explicitamente levado à atenção do titular dos dados e é apresentado de modo claro e distinto de quaisquer outras informações.

5. No contexto da utilização dos serviços da sociedade da informação, e sem prejuízo da Diretiva 2002/58/CE, o titular dos dados pode exercer o seu direito de oposição por meios automatizados, utilizando especificações técnicas.

6. Quando os dados pessoais forem tratados para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, o titular dos dados tem o direito de se opor, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito, salvo se o tratamento for necessário para a prossecução de atribuições de interesse público. (Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT#d1e3417-1-1>. Acesso em: 3.2.2021)

Vê-se, pois, que a Comunidade Europeia normatizou o “Direito ao apagamento dos dados,” como sinônimo do vocábulo “direito a ser esquecido.” Tal medida situa-se no plano de balizamento legislativo que privilegia, em determinadas situações, o tratamento ou “*apagamento dos seus dados pessoais*.”

Situado o tema no âmbito internacional, passo ao plano nacional.

A proteção à privacidade e à atividade de comunicação, independentemente de censura prévia está disposta no art. 5º da CF, a saber:

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na seara infraconstitucional, o Código Civil ostentou as seguintes normas protetivas da intimidade, imagem e vida privada, com atributos dos direitos da personalidade, no Capítulo II do Título I do Livro I, *verbis in verbis*:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
(...)

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.
(...)

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Na seara penal, tive oportunidade de ser relator do primeiro caso sobre direito ao esquecimento, cuja tese foi acolhida nesta Corte, envolvendo maus antecedentes por prazo superior a cinco anos. Naquela ocasião assentei:

É que, em verdade, assiste ao indivíduo o direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz, alcinhado, no direito norte-americano de *the right to be let alone*.

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Cito a ementa do julgado:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. *Direito ao esquecimento*. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei nº 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126.315, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 7.12.2015, grifo nosso)

É importante lembrar que, recentemente, a Lei nº 13.869/2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade) e a Lei nº 13.964/2020 (alcançada como Lei do Pacote Anticrime, a qual alterou o Código de Processo Penal – introduziram importantes garantias de proteção à imagem de pessoa submetida à prisão, respectivamente, a saber:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - (VETADO).

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

(...)

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

CPP: Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, *impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.*

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no *caput* deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (grifo nosso)

Relembro, apenas a título de registro histórico, que esta Corte tem encontro marcado com a suspensão de diversos dispositivos da Lei nº 13.964/2020, envolvendo a instituição do Juiz das Garantias, sem que até agora o Plenário tenha se manifestado sobre o referendo das medidas cautelares nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.2.2020.

O direito ao esquecimento (prefiro a nomenclatura “direito ao apagamento de dados”), a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e do direito à reabilitação (assegurados nos arts. 41, VIII, e 202 da Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – e art. 93 do Código Penal) e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Voltando à seara cível, na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 531, o qual sintetiza a tese e, em seguida, expõe o seu fundamento, respectivamente, *in litteris*:

Enunciado 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 3.2.2021)

Para assegurar a tutela específica, seguiu-se na jornada seguinte (VII Jornada), a aprovação do Enunciado 576 e sua justificativa, a saber, sequencialmente:

O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CC, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o *status quo*. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente.

Considero importante registrar que tramitam, na Câmara dos Deputados, vários projetos de lei tentando normatizar o direito ao esquecimento, calhando citar apenas um como exemplo: de autoria do Deputado Augusto Carvalho, o PL 10.860/2018 intenta inserir no parágrafo único do art. 11 do Código Civil a exata redação do Enunciado 531, supracitado, da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Eis o teor da justificativa apresentada pelo parlamentar:

Em excelente artigo publicado no site JOTA, o Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Anderson Schreiber, ao comentar a sessão pública realizada, no STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1010606, sintetizou as três posições sobre o tema:

1ª) Posição pró-informação: para os defensores desse entendimento simplesmente não existe um direito ao esquecimento. Foi a posição defendida por diversas entidades ligadas à comunicação. Seus representantes sustentaram que o direito ao esquecimento, além de não constar expressamente da legislação brasileira, não poderia ser extraído de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade. Um direito ao esquecimento seria, ademais, contrário à memória de um povo e à própria História da sociedade. A liberdade de informação prevaleceria sempre e *a priori*, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América (ver *New York Times Co. vs. Sullivan*, entre outros). Os defensores desse posicionamento invocam, ainda, a jurisprudência mais recente do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente o célebre precedente das biografias não autorizadas (ADI 4.815).

2ª) Posição pró-esquecimento: para os defensores dessa posição, o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve preponderar sempre, como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana – valor supremo na ordem constitucional brasileira –, esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não atuais. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando “penas perpétuas” por meio da mídia e da internet. O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo representante defendeu essa posição, chegou a propor um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam “apagadas” da imprensa e da internet. Os defensores da posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que

definiu como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade” (REsp 1.334.097/RJ). Aludem, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norteamericana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou determinado motor de buscas na internet desvinculasse e o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

3ª) Posição intermediária: para os defensores dessa terceira corrente, a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão. Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito).

A proposição que ora apresentamos objetiva, apenas, incluir na tutela da dignidade da pessoa humana o direito ao esquecimento, utilizando como parâmetro a “posição intermediária,” citada no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606, tendo em vista ser a mais adequada para o cenário brasileiro. (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1686439&filename=PL+10860/2018. Acesso em: 3.2.2021)

No Brasil, o primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça de que se tem notícia é datado de 2013 (decidido no mesmo dia do presente caso no STJ), sendo relatado pelo Min. Luís Felipe Salomão, cuja ementa descreve, *verbis in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da “modernidade líquida” tem sido a

progressiva eliminação da “divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana,” de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira.” (BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 111-113) Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. 5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar – nem o povo, nem as instituições democráticas –, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. 6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos. 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores. 8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas

da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletor grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das “coisas humanas.” 9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do “bandido” vs. “cidadão de bem.” 10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. 12. Assim como é acolhido no direito

estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado. 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes. 14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. 15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere

concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto –, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. (REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.9.2013)

O caso tratava de um dos indiciados como coautores/partícipes de crimes de homicídio ocorridos, em 1993, no Rio de Janeiro, conhecidos como “Chacina da Candelária,” que, ao final do processo, restou absolvido por negativa de autoria, à unanimidade dos membros do Tribunal do Júri. No mesmo programa televisivo que envolve o presente caso (“linha direta”), o acontecimento foi retratado na matéria jornalística e retomado o inocentado como um dos responsáveis no envolvimento

da chacina. Ao final do processo indenizatório, restou mantida a condenação por danos morais.

Considero importante destacar, no entanto, que a posição do Superior Tribunal de Justiça tem sido vacilante no reconhecimento do direito ao esquecimento na desindexação em ferramentas de busca na internet, bastando conferir o teor da ementa do seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.” Precedentes. *Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.* Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. Recurso especial provido. (STJ, AgInt no REsp 1.593.873, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17.11.2016, grifo nosso)

Registre-se, desde logo, que não cabe aqui discutir a nomenclatura ou a existência de um direito individual de ser esquecido. Não é disso que se cuida. O cerne da questão está encoberto por questões conceituais ou periféricas, que, ao meu ver, só tumultuam a compreensão de tema tão sensível na sociedade moderna.

A questão ora em debate trata de suposta colisão entre direitos fundamentais, tais como direito de informar e de ser informado, em contraponto ao postulado da dignidade da pessoa humana e da proteção à honra, à vida privada e à imagem, sendo mais adequado tratar de soluções: tais como “apagamento de dados pessoais” (anonimização), direito de resposta e/ou indenização, conforme passo a expor.

Aqui, é de bom alvitre pontuar que não se pode virar as costas para a comunidade internacional e afirmar que essa solução encontrada, em caso de conflito do direito informacional *versus* personalidade/intimidade, (“direito ao esquecimento,” “direito ao apagamento de dados pessoais,” “direito de ser deixado em paz”) e normatizada na União Europeia por meio do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), está completamente equivocada e, neste julgamento, ao negarmos qualquer aplicação desse balizamento, no cenário nacional, é que estaremos corretos.

Com todas as vênias, não podemos deturpar a visão do tema, quando se trata de direitos fundamentais! Não pode existir resposta aprioristicamente pronta quando se cuida de colisão entre eles!

O exercício da jurisdição constitucional por esta Corte deve dialogar e compreender as nuances daqueles julgamentos, em vez de simplesmente negá-los, tal como se todos os julgamentos e normas jurídicas que reconheceram esse nível de proteção estivessem na contramão da História. Advirto aos pensamentos em contrário para não caírem na armadilha dos mecanismos de defesa psicológicos da projeção ou da negação!

No caso em tela, está-se diante de dois direitos constitucionalmente assegurados: de um lado, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, tendo como complementação conferida pelo Código Civil e pelas demais legislações esparsas que contemplem nível protetivo; de outro, o direito à livre manifestação do pensamento, da liberdade jornalística e de comunicação, o que se perfaz um conflito de normas.

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de António Manuel Hespanha, *in verbis*:

A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação – princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, *problem oriented, case sensitive*). *Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, “escalas de medida” da força de cada argumento, ou de cada princípio.*

O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso. *Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos.* O argumento do “interesse público” é muito forte na ordem jurídica estadual, mas

pode ser quase irrelevante na *lex mercatória* ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos *pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes*. Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita *não* com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente:

- assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores;
- assente numa tradição já estabelecida de concretização/ interpretação;
- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;
- assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito.

Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). *Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador:*

- *expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;*
- *experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;*

- *tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;*
- *dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam.* (HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. p. 274-276, grifo nosso)

Desse modo, podem coexistir, em uma mesma nação, "(...) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes," cuja resolução conflituosa não se realiza com "base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores" ou "assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido." (HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013. p. 320)

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo "juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto." (Idem, ibidem, p. 320)

Portanto, conclui Hespânia que "o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador," contemplando: 1) "as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;" 2) "as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;" 3) "a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;" e 4) "dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam." (HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320)

Pois bem.

De tudo o que se expôs acima, conjugando a construção jurisprudencial internacional, com sua aplicação no cenário nacional, de acordo com o arcabouço protetivo constitucional e legal existente, *está claro que a discussão que envolve o "direito ao apagamento de dados" (como corolário do art. 5º, X, da CF) não pode guardar correlação com a tentativa de apagar ou reescrever a própria história, mas trata-se da forma que esta é contada, qual seja: a finalidade e modo ou veículo utilizado para propagar a informação, com os reflexos éticos e jurídicos que circundam a divulgação de fatos que, por sua vez, remontam a circunstâncias do passado remoto ou distante que as pessoas preferem esquecer.*

Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas consequências e seus efeitos colaterais puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 65).

Assim, embasando-se em reflexões semelhantes às de Richard M. Hare, Klaus Günther anota que:

Com intuito de expor, como diríamos, a validade de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos. Mas, nesse caso, também não importa se eles fazem parte ou não da respectiva situação de aplicação. Isso não quer dizer que características especiais da situação de aplicação não possam ser relevantes na reflexão sobre se a norma ainda poderia ser aceita, mesmo quando, em outra situação, fossem levadas em consideração essas características. No entanto, devemos considerar esses fatos no contexto dessa reflexão, independentemente de fazerem parte da aplicação.

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, nesta situação; se forem consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida (sic) uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. No centro desse âmbito está exclusivamente a proposta normativa com o seu conteúdo semântico, conforme estiver definido pelos termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 47).

Desse modo, tendo em vista que a condição semântica de que uma norma não pode conter nomes próprios, também não pode o julgador, em caso específico, aplicar determinados valores que, em equivalentes situações, não o faria. É preciso avaliar em termos universais. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 60).

Com base nesse ponto de vista:

(...) não é lícito perguntar se é correto aplicar uma norma em uma situação, como ela teria de ser aplicada etc., mas apenas questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso ela fosse aplicada em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, como regra, a norma está dentro dos nossos interesses comuns. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 69)

É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte: “questionar as consequências que previsivelmente resultariam para os nossos interesses, caso [o apagamento de dados] fosse aplicad[o] em cada uma das situações. Portanto, a validade se refere apenas à questão se, como regra, a norma está dentro dos nossos interesses comuns.”

A despeito da veracidade da informação prestada pelo jornal impresso ou virtual, meio televisivo, radiofônico ou qualquer conteúdo contido em sítio eletrônico (específico ou ferramenta de busca), extrai-se do comando constitucional do resguardo da intimidade, da vida privada e da imagem, *que existe a possibilidade de discutir a forma, a abrangência e a finalidade da lembrança dos fatos pretéritos da existência de qualquer ser humano*.

O direito ao esquecimento (*the right to be let alone*, tradução livre – direito de ser deixado sozinho – prefiro denominá-lo de “apagamento de dados”) deve ser entendido como uma solução jurídica encontrada para não permitir que um fato ocorrido em determinado momento distante de sua vida (passado remoto ou longínquo), ainda que verídico, seja exposto indiscriminada e/ou vexatoriamente na atualidade, sob pena de indenização, direito de resposta ou outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico.

É de bom alvitre salientar que, hodiernamente, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº 13.709/2018), a qual dispõe em seus arts. 1º a 3º, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Art. 3º. Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

- I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

§ 1º. Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

§ 2º. Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do *caput* do art. 4º desta Lei.

É bem verdade que a própria LGPD exclui de sua incidência o tratamento de dados pessoais para fins de trabalho jornalístico, acadêmico ou artístico, tal como previsto no art. 4º da referida lei, a saber:

Art. 4º. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

- I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

§ 1º. O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

§ 2º. É vedado o tratamento dos dados a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico à autoridade nacional e que deverão observar a limitação imposta no § 4º deste artigo.

§ 3º. A autoridade nacional emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do *caput* deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

§ 4º. Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público. (grifo nosso)

Todavia, a despeito dessa expressa negativa de vigência circunscrita, calha mencionar que a lei acima citada (LGPD) refere-se ao *tratamento dos dados pessoais*,

enquanto, nesta demanda, discute-se o provável “direito ao esquecimento” no aspecto da *publicização* (aberto ao público em geral), *rememoração ou reescrita de correlação pessoal a fatos pretéritos longinquamente* correlacionados a passagens de determinada história retratada pelo acadêmico, pelo jornalista ou pelo autor de trabalho artístico, com conotação subjetiva pessoal tida como vexatória, humilhante ou discriminatória a alguém, o que pode ou não incluir dados pessoais, tais como nome, qualificação (endereço residencial e/ou profissional), e-mail, telefone etc.

Guardando um paralelo entre os direitos em questão: no suposto “direito ao esquecimento,” o objeto principal são os fatos e a provável conotação pessoal negativa que envolvem a divulgação, a pesquisa ou a obra, as quais podem conter acidentalmente dados pessoais acessórios. Na LGPD, os dados pessoais são o objeto da proteção normativa pelo seu tratamento e divulgação; e os fatos pretéritos, que porventura o acompanhem direta ou indiretamente, são mera informação acessória.

Veja-se o art. 5º, que apresenta os conceitos legais mais importantes:

Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

(...)

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

Por sua vez, transcrevam-se as normas específicas sobre os requisitos para os tratamentos dos dados:

Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

(...)

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

(...)

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis.

Ou seja, mesmo os dados pessoais, incluindo os sensíveis, desde que sofram procedimento de anonimização, podem ser repassados para fins de realização de estudos por órgão de pesquisa.

Mutatis mutandis, não há nenhum empecilho a que os fatos pretéritos, ao serem rememorados com uma finalidade pública atual, também possam ser objeto de anonimização, guardando um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, na visão de Robert Alexy.

No que se refere à colisão entre direitos fundamentais, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

Nas colisões entre direitos fundamentais diversos assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.

(...)

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. Formulada de maneira explícita: *quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X)? Ou, seria legítima a recusa de um pai em autorizar que se faça transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa?*

É possível que uma das fórmulas alvitradas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos.

Assim, afirma-se, no Direito alemão, que o postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwürde*) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*) que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts. 1º, I, e 79, III). A garantia de eternidade contida no art. 79, III, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais. Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*Persongutwert geht vor Sachgutwert*).

Tal como apontado por Rufner, a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueles outros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição legal não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão somente a ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.

(...)

Uma das propostas de solução doutrinária recomenda a transferência de limitações impostas a determinado direito àquele insuscetível de restrição. Além de não se mostrar apta para a solução global do problema, uma vez que não cuida de eventual conflito entre direitos formalmente insuscetíveis de restrição, essa abordagem acaba por reduzir de forma substancial o significado

das garantias jurídicas especialmente desenvolvidas para certos direitos considerados fundamentais.

Também não há de ser aceita a tentativa de limitar *a priori* o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não submetidos a restrições legais. É que, além de retirar o significado dogmático da distinção entre direitos suscetíveis e insuscetíveis de restrição, essa concepção torna impreciso e indeterminado o âmbito de proteção desses direitos.

Outros afirmam que a colisão entre direitos individuais ou entre direitos individuais e bens tutelados constitucionalmente atua como uma restrição imanente que legitima a intervenção na esfera do direito não submetido expressamente a uma limitação, eliminando-se a possibilidade de conflito com recurso à concordância prática (colisão constitucional como justificativa de uma intervenção). Essa orientação tem a vantagem de não impor limitação *a priori* ao âmbito de proteção de determinado direito, cingindo-se a legitimar, constitucionalmente, eventual restrição. A interpretação sistemática atuaria, assim, de forma corretiva, permitindo tanto a justificação de novas restrições quanto a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito.

Essa abordagem também revela aspectos ambíguos, na medida em que não explicita a função do princípio da reserva legal no caso de colisão de direitos individuais, deixando em aberto se as restrições decorrentes do conflito entre direitos individuais:

- mostram-se admissíveis apenas nos direitos não submetidos a restrições expressas ou também aos demais direitos individuais suscetíveis de restrição legal;
- podem ser identificadas apenas pelo legislador ou se também pela Administração e pelo Judiciário.

É certo que se, tecnicamente, o constituinte distinguiu os direitos submetidos a reserva legal expressa daqueles outros, não submetidos a esse regime. Esse fato decorreu de ter vislumbrado perigo de colisão nos primeiros e admitido que tal não se verificaria nos últimos. Isso não significa que, constatado o conflito, deva a questão permanecer irresolvida. Todavia, não se há de utilizar o pretexto de pretensa colisão para limitar direitos insuscetíveis, em princípio, de restrição. Por isso, a limitação decorrente de eventual colisão entre direitos constitucionais deve ser excepcional. A própria cláusula de imutabilidade de determinados princípios há de servir de baliza

para evitar que, mediante esforço hermenêutico, se reduza, de forma drástica, o âmbito de proteção de determinados direitos.

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, “tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa.”

Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados.

Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (praktische Konkordanz), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma “ponderação de bens tendo em vista o caso concreto” (*Guterabwägung im konkreten Fall*), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*), estabelecendo-se uma prevalência condicionada.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.”

(...)

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas

pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, *inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*). (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 238/241, grifo nosso)

Indo diretamente ao cerne da questão, tem-se que o direito à liberdade de informação ou de comunicação não pode ferir a intimidade, a vida privada ou a imagem de qualquer pessoa, de forma indiscriminada *no tempo e na forma de publicização* (ferramentas de busca, produções acadêmico-literárias, programas jornalísticos etc.), *além de demandar que reste presente alguma finalidade pública, social ou histórica atual no revolvimento dos fatos antigos*, assegurando-se àquela o direito de ter a sua personalidade resguardada (nome, imagem e privacidade) e incluindo-se a possibilidade, *a posteriori*, de vindicar direito de resposta, reparação indenizatória ou qualquer outra tutela prevista no ordenamento jurídico.

É isso que consta do art. 20 do Código Civil, *in litteris*:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e *sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.* (grifo nosso)

Esta Corte teve a oportunidade de decidir o tema correlato à intimidade e à privacidade na ADI 4.815, culminando em dispensar a autorização do personagem biografado para publicação de obra literária ou audiovisual que envolva biografia. Eis a ementa daquele julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL,

INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). *GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.* 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. *A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.* 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à

privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016, grifo nosso)

Nesse julgado, esta Corte entendeu que, para a *“coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias,”* ao final, decidindo-se pela inexigibilidade de *“autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes),”* resguardando-se, porém, o direito de resposta e a reparação de danos.

Ou seja, ao mesmo tempo em que permitiu a publicação de obras biográficas sem a necessidade de autorização do biografado ou de pessoas retratadas de forma coadjuvante, também possibilitou a via resoluta do direito de resposta e da correspondente ação indenizatória.

Diferentemente do citado caso das biografias não autorizadas, no qual se otimizou o direito à liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, resguardando-se a tutela reparatória indenizatória ou corretiva (direito de resposta), entendo que, no caso em questão, não é possível, aprioristicamente, relevar qual exatamente deve prevalecer, na linha prevalecente na Alemanha.

A Corte infraconstitucional alemã - *Bundesgerichtshof, BGH VI ZR 405/18*, p. 10s., apesar de, no caso concreto, negar a aplicação do direito ao esquecimento, acabou por reforçar a existência do próprio direito. Em artigo doutrinário sobre o julgado, cito o magistério de Karina Nunes Fritz:

Ação foi movida por ex-diretor de uma das maiores e mais importantes instituições de caridade da Alemanha, a *Arbeiter-Samaritaner-Bund*

(Associação dos Trabalhadores Samaritanos), cuja regional, por ele dirigida, situada no estado de *Hessen*, contava à época com cerca de 500 funcionários e possuía mais de 35 mil associados.

Em 2011, a regional entrou em grave crise financeira, apresentando déficit de 1 milhão de euros, exigindo a intervenção da direção central. Pouco antes da intervenção, o autor da ação afastou-se da direção alegando problemas de saúde, ficando afastado do posto até seu completo desligamento em abril de 2012. O fato fora relatado com a notícia sobre a crise financeira da associação em vários jornais, dentre os quais o *Frankfurter Neue Presse* e *Frankfurter Rundschau*.

Em 17/5/2015, o ex-diretor requereu ao Google que retirasse dos resultados de busca os *links* de diversas notícias envolvendo seu nome e estado de saúde. A empresa atendeu parcialmente ao pedido, mas não desindexou todos os resultados, razão pela qual ele moveu ação pleiteando a desvinculação sob alegação de violação ao direito de ser esquecido, previsto no art. 17 do RGPD.

(...)

A decisão do BGH

Em grau de recurso, o *Bundesgerichtshof* confirmou o entendimento das instâncias inferiores, reafirmando a existência do direito ao esquecimento – literalmente: direito a ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden*) – mas negando-o no caso concreto, posto que o direito ao esquecimento, como todo direito fundamental, não é absoluto e precisa ser ponderado concretamente junto com os demais direitos fundamentais em colisão.

(...)

Não surpreende que o BGH tenha negado o caráter absoluto do direito ao esquecimento, pois a Corte, da mesma forma, nega hierarquia *a priori* à liberdade de expressão e informação, bem como ao direito à proteção dos dados pessoais, pois todos, a despeito de sua natureza jusfundamental, precisam ser ponderados no caso concreto.

(...)

Em decisão tecnicamente fundamentada, o Tribunal de *Karlsruhe* reconheceu que o caso se inseria no âmbito normativo do Regulamento Geral de Proteção de Dados, mas negou o direito ao apagamento dos dados (elemento integrante do direito ao esquecimento em sentido amplo) devido ao interesse público da notícia.

(...)

b) Direito ao apagamento dos dados pessoais

Dessa forma, a pretensão do autor ao apagamento dos dados tem, em princípio, base legal no art. 17, inc. 1 do RGPD, que confere ao titular dos dados pessoais um direito ao apagamento (*Recht auf Löschung*), diante das hipóteses previstas na norma.

Segundo o BGH, o direito ao apagamento não se reduz ao simples deletar de dados, mas deve ser entendido normativamente como direito a ser esquecido (*Recht auf Vergessenwerden*), abrangendo o direito a de-listagem (*Auslistungsrecht*) de *links* dos resultados de busca “independente da implementação técnica,” ou seja, independente da forma técnica de como isso ocorrerá.

(...)

c) Direito ao apagamento não é absoluto

Porém, a Corte considerou não estarem preenchidos no caso concreto os pressupostos materiais do direito ao esquecimento, porque, ponderadas todas as circunstâncias relevantes do caso, o tratamento de dados feito pelo Google era necessário para o exercício da liberdade de expressão e informação, nos termos do art. 17, inc. 3 do RGPD, regra que excepciona o direito ao apagamento dos dados pessoais.

Segundo o art. 17, inc. 1 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, o titular pode pedir o apagamento dos dados pessoais quando: (a) os dados deixam de ser necessários ao fim que autorizou a coleta ou tratamento; (b) o titular retira o consentimento dado; (c) o titular se opõe ao tratamento e inexistem interesses legítimos prevalentes a justificar o tratamento; (d) os dados pessoais foram tratados ilícitamente; (e) os dados têm de ser apagados para cumprimento de obrigação jurídica e (f) os dados foram colhidos por ocasião de oferta de serviços da sociedade de informação.

Porém, o art. 17, inc. 3, alínea a) do RGPD diz expressamente que os incisos anteriores não se aplicam se o tratamento dos dados pessoais for necessário, dentre outros fins, para o exercício do direito à liberdade de expressão e informação. *Isso se justifica, diz o Bundesgerichtshof, na medida em que o direito à proteção dos dados pessoais não é um direito ilimitado, mas precisa ser ponderado*

com outras posições jusfundamentais, com base no princípio da proporcionalidade, considerado sua função na sociedade.

d) Ampla ponderação das posições jusfundamentais

Essa ponderação dos direitos fundamentais em colisão deve ser feita considerando todas as circunstâncias relevantes do caso individual, tendo em conta, de um lado, a intensidade da restrição dos direitos fundamentais do titular dos dados e, de outro, os direitos fundamentais do operador do mecanismo de busca, dos usuários, do público em geral e ainda do autor do conteúdo. Tem-se aqui uma colisão de múltiplas posições jusfundamentais.

Com efeito, sob a ótica do autor da ação (ofendido), tem-se o direito fundamental à privacidade e à proteção dos dados pessoais, consagrados respectivamente nos arts. 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os quais protegem o titular contra a coleta e tratamento indevido de seus dados pessoais em respeito à vida privada e à autodeterminação informacional. E o direito ao respeito à vida privada (*Recht auf Achtung des Privatlebens*), alertou a Corte, “*não deve ser compreendido restritivamente e, principalmente, não se restringe a casos extremamente pessoais [leia-se: existenciais] ou especialmente sensíveis.*”

Sob a perspectiva do réu (Google), há de se ponderar o direito à liberdade de empresa, previsto no art. 16 da mesma Carta dos Direitos Fundamentais. A liberdade de empresa (*unternehmerische Freiheit*) assegura e garante a persecução de interesses econômicos por meio da oferta de produtos e serviços, compreendendo a liberdade do exercício de atividade econômica, a liberdade contratual e a livre concorrência, no que se compreende, obviamente, a atividade de busca na internet desenvolvida pelo réu. Esse direito fundamental, salientou o BGH, tutela tanto pessoas naturais, quanto jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

O Tribunal salientou que, a rigor, não cabe aos operadores de mecanismos de busca invocar a liberdade de manifestação de expressão do art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais a fim de legitimar suas atividades, pois tecnicamente a atividade por eles realizada não visa à propagação de determinada opinião, mas tão só disponibilizar um instrumento para o processamento de busca na web, ainda quando isso influencie fortemente, de facto, a formação da opinião dos usuários.

Além dos direitos fundamentais do lesado e do Google, o BGH entendeu ainda indispensável analisar o grau de restrição aos direitos fundamentais do provedor do conteúdo, afetado pela decisão de proibir o buscador de exibir conteúdos por ele disponibilizados na internet. Essa proibição pode representar uma restrição à liberdade de opinião do fornecedor do conteúdo, consagrada no art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais, pois a decisão visa especificamente restringir a divulgação de opinião por causa de seu conteúdo.

Importante também trazer para ponderação os interesses dos usuários da internet e do público em geral de ter livre acesso à informação, tutelado pelo art. 11 da Carta de Direitos Fundamentais, considerando o relevante papel da imprensa em uma sociedade democrática. Por isso, o BGH frisou na decisão que o interesse do público à informação tem peso maior que os interesses econômicos do site de busca.

A Corte afirmou que o uso da internet – e a obtenção de informação pelo público – depende totalmente da existência de instrumentos de busca, tendo em vista a quantidade infindável de informações disponíveis na web. A internet não faz mais sentido sem mecanismos de busca, disse o BGH, pois eles permitem ao usuário encontrar informações – e dados pessoais – que de outra forma não seriam acessados.

Além disso, não se pode ignorar que os sites de busca têm participação decisiva no tratamento global de dados pessoais, pois eles tornam esses dados acessíveis a qualquer usuário por meio de determinados critérios de busca, permitindo, em maior ou menor medida, uma visão sobre o perfil detalhado da pessoa.

Diante de tantos direitos fundamentais em conflito, concluiu o Tribunal que não se pode presumir a prioridade da proteção dos direitos da personalidade – e, conseqüentemente, do direito ao esquecimento – sobre os demais direitos fundamentais com ele colidentes.

(...)

e) No caso concreto: prevalência do interesse público na informação

Diante desses pressupostos, a Corte realizou a ponderação dos direitos fundamentais em jogo à luz de diversos critérios, como a relevância pública da informação, o transcurso do tempo, o impacto

da matéria sobre a vida privada e o desenvolvimento do ofendido, a forma como os *links* eram exibidos no resultado de busca etc.

De início, o BGH alertou que deixaria de analisar o critério da veracidade da informação, porque a questão não fora levantada pelas partes, com o que se podia admitir que as informações publicadas eram verídicas. Em seguida, o Tribunal analisou a relevância social da informação, vale dizer, o interesse público na informação. E aqui pesou o fato de a lide girar em torno de matéria jornalística envolvendo importante associação beneficente da Alemanha.

Não se tratava de uma instituição qualquer, mas de regional da Liga Samaritana, que enfrentou grave problema financeiro durante a gestão do ofendido, provocando a demissão de funcionários e a redução das atividades filantrópicas, além de exigir longo processo de saneamento da entidade. E a população, na visão da Corte, tem interesse legítimo em se informar sobre o caso, mesmo passados sete anos do acontecido.

Em relação ao critério do decurso do tempo, elemento importante para a configuração do direito ao esquecimento, o Tribunal observou que ele pode impactar e modificar tanto a relevância do interesse público, quanto a intensidade da restrição ao direito fundamental do titular dos dados pessoais. Por isso, o significado do decurso do tempo só pode ser medido no caso concreto, no âmbito do processo de ponderação dos direitos fundamentais em colisão e, nesse caso, o BGH considerou que, apesar do transcurso de sete anos, ainda persistia interesse legítimo do público no assunto.

Peso relevante tem principalmente o objeto e o impacto da informação na vida privada e no desenvolvimento da pessoa. Em regra, quanto mais a informação impactar e interferir negativamente na vida privada e no desenvolvimento do afetado, maior a necessidade de tutela de sua privacidade. O mesmo vale quando a informação diz respeito à esfera privada da pessoa. Quando, porém, ela diz respeito a aspectos da esfera social do envolvido, maior será tendencialmente o interesse público na permanente acessibilidade da informação.

No caso em tela, a informação dizia respeito prevalentemente à atividade profissional do autor à frente da instituição de caridade, justificando-se a menção expressa de seu nome enquanto diretor e (co)responsável pela difícil situação financeira pela Liga Samaritana, afirmou a Corte.

As informações não impactaram negativamente a vida privada e/ou as possibilidades de desenvolvimento do autor, pois as matérias jornalísticas apenas mencionavam o afastamento por problemas de saúde, explicando sua ausência durante o difícil período de saneamento da entidade. Dessa forma, antes de importunar, elas explicavam sua ausência durante a crise, evitando especulações em torno do assunto, afirmou o *Bundesgerichtshof*.

A legitimidade da informação não se altera com a menção de que o autor se afastara da instituição por problemas de saúde, pois a ausência e os motivos do afastamento do ex-diretor da Liga Samaritana durante a crise financeira são de grande interesse público, afirmou a Corte. Ademais, os jornais traziam informações inespecíficas sobre a doença, as quais não permitiam quaisquer conclusões acerca do tipo e da gravidade da moléstia, não impactando negativamente na vida privada do autor, que não tem a pretensão de ser percebido na seara pública de acordo com suas aspirações pessoais, acentuou o Tribunal.

Last but not least, o BGH frisou que o transtorno da notícia para a pessoa não se mede abstratamente pelo simples fato de que há uma informação na web acessível por qualquer um de alguma forma, mas precisa ser analisado concretamente, verificando como a informação está sendo de fato espalhada. No caso, somente com a busca combinada por nome e local podia-se ter acesso aos resultados impugnados pelo autor. A referência isolada a seu nome não levava diretamente aos *links* questionados, os quais apareciam abaixo de outros *links* no resultado de busca, relativizando seu potencial lesivo.

f) Síntese

Em suma, o *Bundesgerichtshof* concluiu que, embora a informação sobre o autor dissesse respeito a dados pessoais, inclusive dados sensíveis (saúde), a relevância social da notícia, aliada a sua baixa potencialidade lesiva, se sobrepõe ao direito ao esquecimento, afastando a pretensão de desindexar do resultado de buscas do Google *links* de notícias de jornais informando que a instituição enfrentou, durante sua gestão, grave crise financeira e que o mesmo afastou-se da direção por problemas de saúde.

Embora reconhecendo a existência do direito ao esquecimento, o BGH negou-o no caso concreto após ponderação das diversas posições jusfundamentais em colisão. Antes de fragilizar o direito

ao esquecimento, a decisão o reforça, acentuando sua natureza jusfundamental, que justifica a ponderação no caso concreto, até porque não há primazia apriorística nem da liberdade de expressão e informação, nem do direito à proteção de dados pessoais. (...). (FRITZ. Karina Nunes. *Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof*. Revista eletrônica Migalhas. 11 de nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/germanreport/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto-diz-bundesgerichtshof>. Acesso em: 3.2.2021)

Nesses termos, o direito à intimidade, à vida privada à proteção à imagem, como atributos do direito de personalidade e da dignidade da pessoa humana, em oposição ao direito à liberdade de imprensa e de informação, deve considerar algumas balizas: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; o interesse histórico, social e público atual na divulgação dos fatos e dados pessoais; o grau de acessibilidade da informação; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação.

Em resumo, deve ser permitida a divulgação jornalística, artística ou acadêmica de fato histórico distante no tempo, incluindo os dados pessoais, desde que estejam presentes o interesse histórico, social e público atual, observado o grau de acessibilidade, e possa ocorrer a desnaturação da informação em caso de anonimização do fato (ausência de identificação de determinada pessoa em quaisquer dos elementos que compõe a personalidade – nome e demais dados pessoais, além de voz ou imagem), de sorte que, não havendo essa desnaturação, no processo de anonimização, esta tornar-se-ia imperiosa, devendo, nesse caso, assegurar-se o direito de resposta e/ou indenização, na mesma linha da ADI 4.815 (biografias não autorizadas).

Com todas as vênias, penso que aqui a discussão deve assumir outro olhar dos debates já realizados neste julgamento, sob o prisma de analisar eventual preponderância do interesse público, social ou histórico *atual* em retratar ou reescrever fatos – ou interpretações destes – do passado remoto ou distante de outrem que, na maioria das vezes, se quer esquecer, incluindo a discussão sobre a forma, o meio e a abrangência da divulgação.

Assim sendo, *a posteriori*, deve-se perscrutar a finalidade de uso ou divulgação dos dados pessoais, analisando se, na divulgação do fato (remoto ou longínquo) – e das circunstâncias deste – restava presente interesse público, histórico ou social atual, que necessite ser relembrado ou mais bem esclarecido.

Além disso, a abrangência da acessibilidade da informação ao público também deve ser ponderada à luz do caso concreto. Quanto menor for aquela, maior deverá ser a liberdade de informar; ao revés, quanto maior a acessibilidade do público, maior deverá ser o crivo da análise sobre a (des)necessidade de identificação dos envolvidos no fato.

Exatamente por essa razão (“que o filme não permitia a identificação do queixoso”), o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1999, negou o pedido de impedir a exibição de programa sobre crime notório após considerável transcurso do tempo, diante da preponderância da proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão. (BVerfGE 348/98, Caso *Lebach II*, j. 25.11.1999, Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/rk19991125_1bvr034898.html. Acesso em: 3.2.2021)

Nesses termos, no que se refere ao modo ou à forma de divulgação, tenho que deve ser resguardada a intimidade e vida privada do envolvido em determinado fato pretérito *destituído* de interesse público, social ou jornalístico, aferido por justificativas atuais, pois a exposição do participante principal ou de coadjuvantes do fato com descrição dos atributos de sua personalidade, tais como nome e/ou qualificação (descrições que facilmente identifiquem o envolvido), vulnera os arts. 1º, III, c/c art. 5º, X, da CF e merece reparos, *a posteriori*, para evitar novas exposições negativas, vexatórias e/ou degradantes, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Sendo assim, entendo que é possível compatibilizar o direito fundamental à privacidade e ao resguardo da imagem, além da dignidade da pessoa humana, com a liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal, mormente ao assegurar que os fatos remotos ou distantes no tempo, que interessem à memória da sociedade, possam ser divulgados, desde que presentes o interesse público, histórico ou social atual(is) e observado o grau de acessibilidade da informação, de forma que, sem que ocorra a desnaturação da informação, seja possível anonimizar o fato ou qualquer outro elemento de identificação dos autores e das vítimas de delitos ou circunstâncias vexatórias, intimidatórias ou humilhantes, assegurando, assim, a adequada proporcionalidade da concordância prática com o direito à liberdade de expressão e de comunicação, resguardando-se a via resoluta do direito de resposta ou indenização, *a posteriori*, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento.

3) CASO CONCRETO

In casu, tal como apontado nas instâncias originárias, a reportagem parece indicar e repete, várias vezes, que a suposta ingenuidade da vítima teria sido uma das circunstâncias que teriam colaborado para o desenrolar dos acontecimentos, o que denota uma leitura humilhante e vexatória dos fatos para a família da vítima, cuja atitude não pode sequer ser vista ou interpretada como uma das concausas determinantes de crime tão bárbaro.

Tal fato está muito bem descrito no voto-vencido da Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro (eDOC 10, p. 80/87), o que não configura revolvimento do quadro fático probatório – vedado pela Súmula 279 desta Corte –, mas perfaz mera requalificação jurídica de acordo com o panorama fático-probatório descrito pelo acórdão recorrido (reenquadramento jurídico dos fatos), que é aceita pela jurisprudência do STF. A conferir os precedentes de ambas as Turmas e do Plenário:

AÇÃO PENAL. Denúncia e condenação por tentativa de extorsão. Recurso do assistente da acusação. Provimento pelo STJ. Condenação por delito consumado. Admissibilidade. *Mera requalificação jurídica dos mesmos fatos reconhecidos na instância de origem. Nulidade inexistente.* Voto vencido. *Não é nulo acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, sem rever nem rediscutir os fatos da causa, lhes confere, nos exatos termos e limites proclamados na instância de origem, nova qualificação jurídica,* condenando o réu pelo delito de extorsão consumada, posto denunciado e condenado por tentativa. 2. **AÇÃO PENAL.** Defensor constituído. Contrarrazões a recurso de assistente da acusação. Não apresentação, apesar de intimado. Cerceamento de defesa e nulidade processual. Inocorrência. HC indeferido. Interpretação do art. 5º, LIV e LV, da CF, art. 261 do CPC e da súmula 523. Voto vencido. Não constitui cerceamento de defesa, nem produz, por consequência, nulidade processual, o fato de, regularmente intimado, o defensor constituído do réu não apresentar contrarrazões a recurso interposto pelo assistente da acusação. (HC 83.292, Redator do acórdão Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 23.4.2004, grifo nosso)

CONSTITUCIONAL. FUNDAÇÃO PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE. ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CUMPRIDO ATÉ O ADVENTO DA EC 19/98. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADO ÓBICE DAS SÚMULAS 279, 282 E 356 DO STF. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I O tema constitucional versado nos autos foi objeto de debate e decisão prévios pelo Tribunal de origem. Não incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. *II A decisão atacada não revolveu fatos e provas constantes nos autos, mas sim realizou o enquadramento jurídico dos fatos relatados na espécie, o que é possível nessa estreita via extraordinária.* III - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 802.046, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 25.11.2010, grifo nosso)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 279/STF. *Valoração, caracterização, classificação e requalificação de dados constantes nos autos, que não importem a necessidade de reabertura da fase instrutória, não se confundem com reexame de fatos e provas, vedado no julgamento de recurso extraordinário.* Agravo regimental ao qual se nega provimento. (AI 677.843 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 14.11.2011, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO SANCIONATÓRIO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE

REVER A EXONERAÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA EM VIRTUDE DA NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. SUPOSTA DECISÃO-AGRAVADA ULTRA-PETITA. INFRAÇÃO AO REGRAMENTO DAS OPERAÇÕES CAMBIAIS. COBERTURA CAMBIAL. DECRETO 23.258/1933. Segundo precedentes desta Suprema Corte, é cabível o controle jurisdicional da intensidade das punições pecuniárias aplicadas, à luz da vedação do uso de exação com efeito confiscatório, da razoabilidade e da proporcionalidade. *Requalificação do quadro fático-jurídico não se confunde com reexame de fatos e de provas. O erro de interpretação presente no acórdão recorrido é incontroverso e não demanda reabertura da instrução probatória* (não recepção de legislação por vício de forma – necessidade de lei ou de lei complementar para dispor sobre aduana – ausente tal requisito da Constituição sob a qual a pena fora criada). Por outro lado, o caráter confiscatório, no sentido técnico, não foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de origem. De fato, houve reconhecimento do caráter desproporcional ou irrazoável da punição, no caso concreto. A decisão que restabelece parcialmente o valor da multa pretendida, sem ultrapassar o limite imposto pelo pedido formulado pela então recorrente, não é ultra petita. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 595.553 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 4.9.2012, grifo nosso)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil. *Reavaliação da prova pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Reenquadramento jurídico dos fatos. Possibilidade. Certidão cartorária. Negativa de fé pública. Não ocorrência. 1. A reavaliação da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, a par do conteúdo de certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 820.433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 30.5.2016, grifo nosso)*

No caso dos autos, extrai-se que era totalmente desinfluyente para a comunicação do desenrolar dos fatos o histórico de vida, além da exposição de fotos pessoais da vítima, sem contar a versão da suposta ingenuidade desta em aceitar subir à cobertura de um edifício na companhia de outra pessoa.

Nesse caso, ao meu ver, a matéria pode ter extrapolado o direito de informar e trouxe uma visão deturpada ao público, expondo indevida e vexatoriamente a vítima, em programa televisivo de cadeia nacional.

Sendo assim, a meu ver, com as vênias de estilo, é caso de dar parcial provimento ao apelo extremo, para registrar que viola o direito à intimidade, à vida privada e a proteção ao nome e à imagem como atributos do direito da personalidade, a exposição de fotos e histórico pessoal, mediante interpretação indevida e vexatória de fatos em reportagem televisiva que expõe e rememora fatos ocorridos em passado distante, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem para apreciar o pedido de indenização por danos morais, sob tais premissas e nos termos do art. 20 do Código Civil.

4) VOTO

Ante o exposto, pedindo vênias ao relator, voto pelo provimento, em parte, do recurso extraordinário, acompanhando na conclusão o Min. Nunes Marques, ao entendimento de que é moralmente indenizável a exposição humilhante e/ou vexatória de dados pessoais (imagem, nome e demais elementos de identificação) de pessoa (autor ou vítima) envolvida em fato ocorrido há décadas, em matéria televisiva de alcance nacional, ainda que presente interesse histórico, social ou público atual, com fundamento no direito à intimidade, à vida privada e à proteção ao nome e à imagem, determinando a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que aprecie o pedido indenizatório por danos morais, nos termos do art. 20 do Código Civil.

Como proposta de tese, apresento a seguinte sugestão:

“1. Na hipótese de conflito entre normas de igual hierarquia constitucional (direito à liberdade de imprensa e de informação em oposição aos direitos da proteção à imagem, honra e vida privada, além da dignidade da pessoa humana), deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento; e

2. Devem ser considerados como fatores preponderantes desse balizamento: o decurso do tempo entre o fato e a publicização; a existência de interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade ao público; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos fatos sem que se desnature a essência da informação.”

É como voto.

11/02/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não estive presente, justificadamente, nas sessões de 3 e 4 do corrente mês, já que me submeti, ante acidente doméstico – diga-se, a fim de não se imaginar alguma doença –, a cirurgia para recomposição dos ligamentos do ombro, mas me declaro habilitado a votar neste caso.

E lembraria – não sei se participou desse seminário o ministro Luís Roberto Barroso – que fizemos, no Instituto de Altos Estudos do UniCEUB, seminário versando esse tema, ou seja, o direito ao esquecimento.

A ação foi ajuizada buscando-se indenização. E devemos assentar, de início, uma premissa: indenização pressupõe a prática de ato ilícito. É o que decorre do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, no que revela invioláveis a intimidade e a privacidade.

Vivemos ares democráticos. Daí, a meu ver, o insucesso do pedido, nesta ação, no Juízo e no Órgão revisor, no Tribunal de Justiça. Insucesso considerado o disposto no artigo 220 da Constituição Federal, inserido em capítulo importantíssimo, que sinaliza a preservação de direitos fundamentais: o Capítulo “Comunicação social.”

O que nos vem desse artigo? Que a manifestação do pensamento, a criação e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição, observado o previsto na Constituição.

O que houve? Em programa televisivo – programa que não costumo, em virtude da sobrecarga de processos, acompanhar –, o *Linha Direta Justiça*, retratou-se o lamentável episódio da década de 1950, em que houve a morte de Aída Curi. E retratou-se, evidentemente, de forma jornalística, talvez ressaltando determinados aspectos ligados à espécie.

Disse a ministra Cármen Lúcia que o Brasil deve contar com memória e deve fazê-lo considerados fatos positivos e negativos, não apenas aquilo que agrada, em termos de visualização, à sociedade. E foi o que ocorreu nesse programa.

Em situação como essa, em que apenas se observou o direito de informar – e de informar às novas gerações –, não cabe simplesmente passar a borracha e partir-se para verdadeiro obscurantismo, partir-se para retrocesso em termos de ares democráticos.

Tenho até mesmo ressaltado em pronunciamentos – sei que essa óptica talvez não mereça endosso da maioria dos Colegas – que o sigilo, uma vez quebrado na origem, chegando a matéria ao veículo de comunicação, não prevalece. O veículo de comunicação tem o dever de retratar o que ocorrido, o que verificado, o fato que lhe chegou às mãos.

Desprovejo o recurso interposto, entendendo que as duas decisões proferidas – repito – pelo Juízo e pelo Órgão revisor não merecem censura, em termos da conclusão de que não houve ato ilícito. E não vamos rever, no julgamento de recurso extraordinário, os fatos; não vamos reanalisar o programa para, fora da moldura do acórdão impugnado mediante o extraordinário, chegar ao acolhimento do pedido formalizado nas razões.

Desprovejo o recurso.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Eu também, Ministro Marco Aurélio, em razão da abertura do Ano Legislativo, não assisti às sustentações orais. Mas também, mais ou menos na mesma posição de Vossa Excelência, procurei me inteirar do feito. E tive até a boa vontade de alguns servidores, que me sintetizaram as razões aqui expostas.

Então, devo também ressaltar que a posição do Presidente, num momento como este, numa questão polêmica, é realmente uma situação mais confortável do que a dos demais Colegas, porque já pude ouvir todas as teses aqui sustentadas, sem prejuízo de ter me inteirado das sustentações orais brilhantes, que foram aqui feitas pelos eminentes professores de Direito, com alguns dos quais eu tenho até convivência na comunidade acadêmica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Queria parabenizá-los pelas sustentações que foram aqui proferidas.

Mas não poderia deixar de saudar o eminente Ministro, meu estimado amigo Dias Toffoli, pela profundidade do voto que trouxe em relação a um tema tão instigante, como *só* ser o tema relativo ao direito ao esquecimento. Seu voto foi realmente primoroso – depois, tive oportunidade de lê-lo.

Também, até por uma questão de justiça com o meu sentimento, eu li e reli tudo quanto aqui se apresentou, como pareceres dos próprios expositores, advogados. Li, reli e tresli, mas confesso que ontem, depois do voto do Ministro Nunes Marques, que considerei uma pérola de voto, voltei a rever todos os aspectos da causa. Fiquei também muito impressionado com todos os argumentos trazidos pelo Ministro Nunes Marques.

Então, nós temos aqui argumentos profundos do Ministro Dias Toffoli, que esgotou o tema, e os argumentos trazidos numa divergência hercúlea pelo Ministro Nunes Marques, também bastante contundentes, que caracterizam a dificuldade da nossa tarefa de julgar.

Feitas essas homenagens justas, eu gostaria de destacar o fato em si. Eu sou do Estado do Rio de Janeiro e esse fato passou a compor a história de Copacabana, porque, no dia 14 de julho de 1958, aproximadamente às 9h, no Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, Copacabana, a jovem Aída Curi, então, com 18 anos de idade, sofreu abuso sexual por parte de dois rapazes, auxiliados pelo porteiro.

As condenações foram pífias. O porteiro sumiu, um dos partícipes era menor e o outro sofreu uma condenação absurdamente incompatível com a gravidade do fato. Mas a verdade é que esse fato tomou conta do cenário nacional como um fato

relevantíssimo, no tocante à criminalidade contra a mulher, o abuso sexual contra a mulher, o assédio contra a mulher, de tal sorte que, na minha juventude, convidado para realizar um júri simulado, procurei ler uma das obras magníficas do Advogado Romeiro Neto, que funcionou exatamente neste caso, denominada *Defesas penais*. Então, vejam os Senhores, o fato adquiriu uma relevância tão notória que passou a constar de inúmeros livros, inclusive para a instrução acadêmica e pedagógica dos alunos de Direito.

Esta é uma questão que, no meu modo de ver, cria um *distinguishing*, porque há fatos que são notórios e importantes para a história de um país e há fatos que são irrelevantes. Por exemplo, se, eventualmente, hoje, um grande empresário foi morador de rua, utilizou-se de drogas e pretende ser reconhecido como grande empresário, é um indiferente público e social relembrar que ele foi um morador de rua e cheirou cola. Isso só traria, digamos assim, uma imagem que o denegriria perante a comunidade dos empresários, da qual ele passou a participar. Mas esse caso Aída Curi, não. Esse caso Aída Curi assumiu uma relevância histórica, uma relevância tão histórica que passou a constar de inúmeros livros, e o que a memória me traz de mais vivo é esse livro do saudoso Advogado Romeiro Neto.

Sem prejuízo e pedindo vênias às opiniões em contrário, só no tocante à questão científica e acadêmica, eu gostaria de apenas lembrar, porque evidentemente os Colegas têm isso muito aceso na memória, que, após os estudos seminais do Professor Ronald Dworkin sobre *Freedom's law*, depois, digamos assim, aprimorado pelo Professor Alexy, o ordenamento jurídico passou a ser composto com normas subdivididas em princípios e regras. Onde há regra constitucional, não incide o princípio, mas, na lacuna, os princípios constitucionais, que hoje integram o ordenamento jurídico e têm força normativa, são aplicáveis. Com relação a este aspecto de natureza acadêmica, eu gostaria de destacar que a própria Constituição, após a previsão de todos os direitos fundamentais, expõe que:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros – ou seja não excluem outros direitos e garantias – decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados – pela Constituição.

Então, no meu modo de ver, com a devida vênias, é inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica da tutela da dignidade da pessoa humana. Se ele vai ser aplicado num caso ou noutro, isso é outra questão. Mas o direito ao esquecimento está enraizado no núcleo essencial de tutela da pessoa humana.

E entendo, inclusive, sob esse ângulo da dignidade da pessoa humana, que, se, por exemplo, Ronaldo, Cássio e o porteiro, que participaram desse evento, fossem os autores desta ação, evidentemente não teriam direito ao esquecimento, porque essa tutela da suposta dignidade estaria sendo invocada, no meu modo de ver, de forma absolutamente equivocada.

Mas o direito ao esquecimento pode vir a ser aplicado em casos outros. Verifiquem, por exemplo, o seguinte: aqui vários Colegas citaram o exemplo do julgamento do Tribunal Europeu, citaram o exemplo do julgamento do caso Lebach. Esses casos citados visam proteger e garantir a ressocialização dessas pessoas, são casos que visam a ressocialização dessas pessoas. Não são casos em que se apagou da memória, são casos em que se atendeu, numa ponderação de interesses, o interesse prevalente da ressocialização do soldado que foi acusado de matar outros soldados alemães, e outros casos em que uma pessoa, por exemplo, neste caso do Tribunal Europeu, o cidadão sofrera uma execução, sofrera arresto de bens.

Qual é o interesse público? Qual é o interesse social de se divulgar isso? Para quê? Então aí se aplica, sim, no meu modo de ver, de forma escorreita, como aplicaram o Tribunal Europeu e o Tribunal Alemão, a tutela, a possibilidade de ressocialização da pessoa como consectário do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana.

Então, no meu modo de ver, sob determinado ângulo, é sim possível que haja, digamos assim, um direito consectário da dignidade da pessoa humana que se cognominou direito ao esquecimento. Não sei se é o melhor nome, mas achei interessante, porque hoje nós falamos em direito à busca da felicidade. Por que não dizer que há um direito ao esquecimento como uma forma de não gerar infelicidade? Eu confesso que não tenho muitas razões críticas em relação ao *nomen iuris* que se deu ao direito ao esquecimento.

Por outro lado, anoto aqui, por tudo que ouvi – daí a facilidade, porque eu pude anotar dos votos de todos os Colegas –, que, comparando o fato do arresto de bens de um cidadão devedor, que constava ainda no noticiário e nas buscas digitais, e o crime cometido contra Aída Curi são fatos completamente diferentes.

Não interessa à história do Brasil saber quem são os devedores que tiveram bens arrestados. Agora, interessa à história do Brasil, inclusive sob o ângulo pedagógico, como destacou o Ministro Dias Toffoli, esse episódio de feminicídio, demonstrando a cultura brasileira sobre o tratamento do homem em relação à mulher. Nós assistimos recentemente que, no caso da pandemia, aumentou muitíssimo o número de feminicídios. Então, esse caso, além de histórico, é um caso pedagógico. É um caso que se encaixa no direito que a população tem de conhecer fatos históricos, fatos célebres, no caso aqui, crimes célebres, que são retratados diuturnamente.

E o problema da contemporaneidade é um problema que não nos deve iludir porque, na verdade, o valor da reportagem está exatamente no resgate histórico desse crime para o efeito pedagógico, demonstrar que o Brasil caminha a passos largos para eliminar esses fatos e esses episódios, e também um caráter didático. Esse caso consta de livros de Direito, consta de livros de Sociologia, consta de livros de História, de livros de Antropologia. Quem quiser resgatar esse caso pode ir à Biblioteca Nacional. Há livros, jornais e revistas que ainda mantêm viva a história desse lamentável caso da Aída Curi.

Vários dos eminentes Colegas destacaram aqui que realmente nós estamos em caso típico de ponderação de interesses, de ponderação de valores: o direito ao esquecimento e o acesso integral e livre à informação, que é um dos pilares da democracia, um dos pilares do regime republicano, máxime em uma época em que nós estamos lutando contra as *fake news*. Então, a informação é exatamente um instrumento muito eficiente no combate às notícias falsas.

Evidentemente, na ponderação entre o direito ao esquecimento de um fato importantíssimo para a realidade social brasileira e o direito à informação, como agora o Ministro Marco Aurélio destacou no seu voto, há de gozar do que se denomina, no sistema anglo-saxônico, de *preferred position*, o direito à informação, o direito à liberdade de pensamento, o direito à liberdade de imprensa, que são valores que superam exatamente o direito ao esquecimento neste caso concreto. Neste caso concreto, é importante que se tenha conhecimento de que, na história da criminologia brasileira, não só para os estudantes de Direito Penal, para os estudantes de Direito, mas para os estudantes de diversas ciências, houve, há cinquenta anos, um caso de feminicídio muito grave.

Até por justiça, é preciso dizer que as violências físicas foram muito maiores, porque não se consumou o ato sexual. Aída Curi morreu estatelada numa calçada, casta e virgem. Então, na verdade, a punição se deu pela violência física praticada contra ela, constatada nos autos, e por ela ter sido, evidentemente, jogada da janela para não denunciar esse conluio criminoso travado entre aqueles jovens e o porteiro do prédio.

Encontra-se efetivamente em toda a doutrina, e aqui foi muito bem explorada essa questão, foi trazida no voto do Ministro Nunes Marques, mas eu li as sustentações orais dos eminentes professores que aqui estão e que se dedicam ao tema – o Professor Anderson Schreiber, é um especialista nesse tema. Procurei ouvir todas as sustentações e verifiquei que hoje é inegável que a doutrina consagra o direito ao esquecimento. No caminhar dos anos, nós vamos chegar à conclusão de que esse direito é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que hoje ilumina o universo jurídico e é o centro de gravidade do Direito. Só que aqui nós estamos diante de confronto entre valores constitucionais e, neste confronto entre valores constitucionais, ainda que eles não sejam antinômicos, é preciso, nesta ponderação de valores, à luz dos critérios constitucionais, eleger um deles para prevalecer no caso concreto.

Eu anoto inclusive aqui, pelo que ouvi dos votos e fui anotando, que o próprio Marco Legal da Internet traz um dispositivo regulando todo o acesso ao meio digital, e nós vamos chegar a um ponto da justiça cem por cento digital, em que se assegura exatamente o resgate histórico de casos que ocorreram em nosso País. Há uma redação que eu anotei, que é muito interessante, que está no art. 2º, reiterada nos art. 3º e 4º, do Marco Civil da Internet:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão. (...)

E quando nós falamos em liberdade de expressão, *a fortiori*, nós estamos falando em liberdade de imprensa e estamos falando também em interdição à censura, como bem destacou o Ministro Alexandre de Moraes na abertura do seu voto. É uma interdição à censura.

Ora, há fatos que são efêmeros, mas há fatos que são históricos, há crimes célebres que passam a integrar a cultura enciclopédica de um país. E, como muito bem destacado pelo Ministro Dias Toffoli, é preciso que determinados fatos não sejam obstados da sua divulgação em nome do direito ao esquecimento.

E não quero cometer aqui uma irritualidade. Não me lembro qual foi o eminente Colega que citou, mas o direito ao esquecimento foi muito bem destacado pelo Professor Elie Wiesel, quando recebeu o Prêmio Nobel da Paz. Ele afirmou, no seu discurso de premiação, que o Holocausto só ocorreu por força do direito, não do direito ao esquecimento, mas por força do esquecimento, por força da indiferença, daí ter denominado o seu discurso de *Os perigos da indiferença*. Então, o direito ao esquecimento pode conduzir à indiferença de um caso extremamente relevante, mercê de ter de compor a história de um país.

Eu chego mesmo a afirmar que esse fato já assumiu o domínio público. Ora, se esse fato assumiu o domínio público, está em livros, revistas, jornais, livros didáticos, livros práticos de Direito, se efetivamente esse fato notório já está sob o domínio público, como é que nós vamos conciliar um fato que está no domínio público vedando a sua veiculação se a Constituição Federal, nos direitos fundamentais, é textual no sentido de que é uma garantia individual o acesso à informação? E no art. 220, quando trata da comunicação social, a Constituição Federal é clara:

Art. 220 (...)

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística. (...)

O que era o *Linha Direta*? O *Linha Direta* era um programa de cunho jornalístico.

Agora, recentemente, a Netflix lançou um documentário dos crimes mais famosos cometidos no Estado de São Paulo e que foram apurados com eficiência pela Polícia de São Paulo exatamente numa época, se não me engano, alguns deles, em que o Ministro Alexandre de Moraes era Secretário de Segurança. E eu cheguei a ligar para Sua Excelência, porque a nossa vida, às vezes, impõe-nos uma reclusão, e um grande momento de usufruir dessa reclusão é assistindo a essas séries que hoje são veiculadas. Uma das grandes séries hoje é exatamente sobre os maiores crimes ocorridos e a apuração da Polícia. E eu cheguei mesmo a ligar para o Ministro Alexandre de Moraes para me mostrar entusiasta da atividade policial, com a perfeição que ela alcançou hoje para descortinar crimes que antigamente não eram descobertos.

Então, digamos assim, parafrazeando o Ministro Edson Fachin, nós estamos aqui numa ponderação de valores. E, nesta ponderação de valores, em razão de a liberdade de imprensa e a liberdade de informação gozarem de uma posição preferencial no ordenamento constitucional brasileiro, não vejo como se possa interditar a veiculação desse fato, por mais dramático que tenha sido para a família. Acredito que, cinquenta anos depois, a rememoração desse fato não é mais dramática do que a que ocorreu contemporaneamente a ele, quer dizer, em data próxima, em meses, em anos próximos a esse bárbaro assassinato de Aída Curi.

De sorte que, concluindo e pedindo vênias aos Colegas, porque a Presidência deve ser minimalista também nos seus votos, principalmente quando vogal – procurei sintetizar a minha compreensão consoante o voto de todos os Colegas, inclusive à luz também da divergência que foi aberta pelo Ministro Nunes Marques, um voto belíssimo –, cheguei à conclusão de que o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado e nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de informação e a liberdade de imprensa, porque este é o estágio atual da jurisprudência da Suprema Corte, principalmente depois do memorável acórdão da Ministra Cármen Lúcia com relação às biografias não autorizadas, quando Vossa Excelência usou uma expressão coloquial muito interessante sobre o *“cala a boca, que não existe mais.”* E este estágio atual a que chegou a jurisprudência da Suprema Corte é um estágio que não pode retroceder, porque é um estágio em que hoje são concedidas as liberdades públicas que, na época da minha juventude, eram suprimidas do povo brasileiro.

Então, com essa abordagem mais genérica, mas me valendo do voto de cada um dos eminentes Colegas, e também, de certa forma, estando de acordo com aqueles que sustentam o direito ao esquecimento em determinados casos, não em fatos que viraram casos célebres na história do Brasil, peço vênias à divergência, que já foi aqui por mim destacada, para acompanhar a maioria no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário nos termos do erudito e magnífico voto de Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli, Relator deste Recurso Extraordinário 1.010.606.

É como voto.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Eminentíssimos pares, ilustre representante do Ministério Público e senhores advogados, cinge-se a controvérsia à existência do direito ao esquecimento na esfera civil quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

O direito ao esquecimento, de caráter excepcional, pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 como corolário da dignidade humana, mas revela um valor que se contrapõe ao rol das liberdades constitucionais, máxime a liberdade de expressão e de imprensa, manifestação do pensamento e acesso à informação, a que a sólida jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assegura proteção constitucional reforçada (*preferred position*).

O juízo de ponderação avalia a *relevância atual* do interesse público na divulgação desses fatos *pretéritos*, de modo que o direito ao esquecimento pode ser compreendido como “*pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas, de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado.*” (SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019)

Tradicionalmente, o direito ao esquecimento se relaciona aos chamados *crimes célebres*, que ocuparam as páginas dos noticiários policiais da época em que ocorreram e que muito tempo depois, tornaram a ser explorados pela mídia impressa ou televisiva. É o caso concreto versado nos autos, que justificou o enquadramento da controvérsia sob o Tema 786 da Repercussão Geral – “*Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera cível quando for invocado pela própria vítima ou por seus familiares.*”

Espaço reservado ao direito ao esquecimento: a proteção à dignidade da vítima e seus familiares

O direito ao esquecimento não pode reescrever o passado, nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de se informar ou a liberdade de imprensa. No entanto, como admite Daniel Sarmento, em parecer acostado aos autos, “*é possível reconhecer um campo residual para o ‘direito ao esquecimento’ – embora esta denominação não seja lá muito adequada – como uma manifestação específica do direito à proteção de dados pessoais, em casos que não envolvam interesse público.*”

Os casos excepcionais em que a ponderação pende para a proteção individual são aqueles em que, para além de o tempo ter enfraquecido a relevância social dos fatos e de não se tratar de eventos célebres, quando então a exposição desnecessária pode afetar o núcleo mais essencial da dignidade do sujeito, em que *a busca da felicidade pressupõe a reconstrução da identidade*, a partir da superação de uma memória traumática relegada a um passado distante.

No caso *Lebach* (BVerfGE 35), *leading case* de restrição à divulgação jornalística de crime célebre, discutia-se a exposição televisiva, com menção expressa a nomes e fotografias, do documentário “O Assassinato dos Soldados de Lebach,” que aborda crime no qual foram assassinados quatro soldados do grupo de guarda do depósito de munição do Exército, próximo a Lebach, enquanto dormiam, e se lhes subtraiu

armas com as quais se pensava realizar outros atos delitivos. A divulgação ocorreria às vésperas da soltura, após o cumprimento da pena, de um dos partícipes, que se insurgiu contra a exposição televisiva na qual era mencionado expressamente e apareciam fotografias, porque poria em perigo a sua ressocialização.

O caso Lebach se tornou paradigmático pela metodologia de ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, que constatou que, no caso de *“repetição de uma informação sobre um delito grave, que não responde já a interesses atuais de informação”* e *“que põe em perigo a ressocialização do autor,”* tem precedência a proteção da personalidade frente a liberdade de informação, o que, no caso, implica a proibição dessa informação. O enunciado de precedência se divide em quatro condições (*repetição, interesse atual na informação, fato delituoso grave, perigo para ressocialização*): *“uma informação televisiva repetitiva (s1), que não responde a um interesse atual de informação (s2) sobre um fato delitivo grave (s3) e que põe em risco a ressocialização do ator (s4) está jusfundamentalmente proibida.”* Robert Alexy, ao tratar do caso, destaca a importância de se decidir diante das circunstâncias do caso, o que permite a identificação de algumas balizas. (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 98).

O direito de não ser reavivada à memória coletiva fatos estigmatizantes foi suscitado, presentes determinadas circunstâncias, por condenados que cumpriram pena (Caso Lebach) e absolvidos que se envolveram em processo-crime (Candelária). O direito ao esquecimento, no entanto, enquanto limite à veiculação por meios de comunicação de fatos históricos, *oscila ao sabor de uma certa culpabilidade ou reprovabilidade social*. É de extrema relevância, portanto, que, no caso Aída Curi, pugna-se pelos direitos de personalidade da vítima e de seus familiares.

Tratando-se de vítimas de crimes e seus familiares, *com mais razão ainda*, deve ser reconhecido, como direito de não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram feridas inesquecíveis. É que, como aponta a PGR, em sua manifestação, *“caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.”*

Quanto à proteção de terceiros, a Corte Constitucional da Colômbia asseverou a necessidade de que jornalistas e meios de comunicação desenvolvam maior sensibilidade sobre os tópicos tratados, tomando cuidado para, ao publicar uma notícia, não ferir a honra, o bom nome ou a dignidade daquele sobre quem se informa, nem de terceiros que podem ser afetados pela notícia. Em especial, destacou que uma categoria óbvia que justifica a limitação da liberdade de expressão é o direito dos outros. (*Sentencia T – 439-09*)

No caso concreto, uma cidadã colombiana havia concedido entrevista, em 1996, para um programa de televisão sobre movimentos de guerrilha ocorridos no país. Para proteger sua privacidade, solicitou ao jornalista que distorcesse sua voz e rosto, o que foi devidamente atendido. Doze anos depois, suas declarações foram incluídas no

documentário “*Colombia Vive – 25 años de resistência,*” transmitido pela *Caracol Televisión S.A.*, sem qualquer distorção de áudio ou de imagem, o que provocou grave rejeição social e diversos prejuízos à testemunha. Em complemento, a sentença aduz, *in verbis*:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PASSAGEM DE TEMPO – O significado de um fato ou ação pode variar ao longo do tempo

A passagem do tempo no âmbito da liberdade de informação tem ocupado a doutrina na medida em que tais difusões podem prejudicar a vida presente das pessoas envolvidas. (T-2.008.189. Acción de Tutela instaurada por María en contra de Caracol Televisión S.A. y Publicaciones Semana S.A. Julgado em 07-07-2009)

Em sentido semelhante, Anderson Schreiber aponta, em parecer acostado aos autos pelo IBDCivil, que a colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento somente pode se resolver por uma aplicação técnica do método da ponderação, sem que seja possível estabelecer em abstrato qual dos direitos deve prevalecer. Sugere, então, que, sob o prisma da necessidade de proteção ao direito ao esquecimento, sejam considerados os seguintes aspectos, *in verbis*:

31. Na hipótese que se examina, cumpre responder às seguintes indagações:

a. Sob o prisma da liberdade de informação:

a.2. O modo como o relato e/ou encenação pública do crime ocorreu era necessário ao (*rectius*: razoavelmente exigível para o) atingimento da finalidade informativa, documental e histórica? Mais especificamente:

a.2.1. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário identificar nominal ou visualmente a vítima ou seus familiares?

a.2.2. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário detalhar aspectos do episódio esperadamente sensíveis, como excessos de violência, caráter sexual do delito ou repercussão emocional do crime sobre a vítima ou seus familiares?

a.2.3. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário retratar cenas mórbidas (cenas de cadáveres, retratos de enterros, lápides etc.)?

b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:

b.2. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública afetam necessariamente (ou razoavelmente) o modo como os envolvidos são identificados pela sociedade? Mais especificamente:

b.2.1. Trata-se de crime que invade a esfera íntima da vítima ou seus familiares, pela natureza (crimes sexuais, por exemplo) ou intensidade (requintes de violência)?

b.2.2. Trata-se de vítima ou familiares que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou, ao contrário, de pessoas que somente tem projeção pública pelo envolvimento no crime?

b.2.3. Trata-se de crime vinculado a sentimento de impunidade ou revolta em relação à solução estatal, capaz de ainda afetar a vítima ou seus familiares?

A ponderação de direitos realizada pela jurisprudência nacional e estrangeira quanto ao exercício da liberdade de expressão na mídia, ante a divulgação de fatos pretéritos desabonadores, considera alguns parâmetros, *para além daqueles que já informam a liberdade de imprensa*, tais como: (a) critério da repercussão histórica do fato; (b) critério abalo à identidade pessoal dos envolvidos; (c) critério da detalhada identificação dos envolvidos; (d) critério da ausência de fama prévia dos envolvidos; (e) critério da impunidade dos responsáveis; (f) a contemporaneidade da notícia, (g) a vedação à crítica com o intuito difamatório, (h) a indissociabilidade da vítima com o fato narrado, (i) a importância do fato para a história, (j) o interesse público na divulgação da notícia; e (l) a forma como o fato foi narrado, em especial se houve retratação de aspectos sensíveis, reprodução de cenas mórbidas ou de atos de violência sexual. Muitos caminhos são, então, possíveis.

O *Tribunal de Justiça da União Europeia*, no Processo C-131/12 (Google Spain e Google Inc vs AEPD – Agência Espanhola de Proteção de Dados), determinou a retirada de dados pessoais do cidadão espanhol González do índice de buscas *Google Search* e a impossibilidade de acesso futuro a tais dados. No caso, as pesquisas realizadas no buscador pelo nome do cidadão retornavam como resultado *links* para duas páginas do jornal *La Vanguardia*, com a notícia, publicada há mais de 10 anos, de realização de arresto e hasta pública, decorrentes de pendências com o órgão de Seguridade Social. Observa-se que esse fato pretérito atingia a honorabilidade do devedor, sem nenhum caráter histórico e sem nenhuma repercussão social.

O Tribunal Europeu, ao fundamentar o direito de que a informação deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados, consignou algumas premissas: (i) esse direito não se estende a *pessoa pública*; (ii) é irrelevante que o conteúdo tenha sido originalmente publicado ou inserido por terceiros; que o nome ou outras informações pessoais tenham (ou não) sido prévia ou simultaneamente apagados dessas páginas; e que a publicação nas referidas páginas seja lícita; (iii)

o direito independe de a inclusão dessa informação causar *efetivo prejuízo*; e (iv) *o operador do motor de busca é considerado responsável pelo tratamento de dados pessoais* de pessoas singulares, o que suscita aplicação da legislação de proteção da privacidade de dados.

No Brasil, o *Marco Civil da Internet* sinaliza, em seu art. 2º, com reiteração nos arts. 3º e 4º, que “*a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão.*” Mais específico, porém, é o procedimento cuidadoso para a remoção forçada de conteúdo, consentâneo com o objetivo declarado de “*assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura,*” tanto que o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 exige decisão judicial que especifique inequivocamente o material a ser removido, sob pena de nulidade.

O *caráter de atualidade da informação* que se pretende divulgar foi pontificado pela corte constitucional como fator determinante para eventual precedência pontual da liberdade de informar. Embora a divulgação pretérita de nomes e informações não encontre proteção no direito ao esquecimento, “*a divulgação desnecessária de dados pessoais, em especial quando se trata de informações sobre familiares, inclusive crianças e adolescentes, expondo-os a toda sorte de constrangimentos, pode implicar eventual sanção.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* 2019)

É que não raro a matéria jornalística se limita a descrever hábitos rotineiros da vítima, utilizando o delito como subterfúgio para expor o cotidiano da família, inclusive crianças e adolescentes. Em outros casos, o programa veiculado, de questionável cunho jornalístico, explora de forma sensacionalista o lamentável fato ocorrido há várias décadas com *objetivo meramente comercial*, de que exsurtem inegáveis danos morais à vítima e sua família.

Quanto à imprescindibilidade de se expor os *dados pessoais dos terceiros envolvidos*, é possível apontar também para a diferença entre crimes célebres e crimes históricos. Sobre o ponto, merece destaque as considerações do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.335.153: “*Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressaltando-se – como aqui se ressaltou –, a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.*” (REsp 1.335.153, relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 10.09.2013)

Outro exemplo de critério relevante para avaliar a preponderância da liberdade de informação consiste na *fama prévia*. Deve-se verificar se se trata de vítima ou familiares que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou de pessoas cuja projeção pública decorre do envolvimento no crime. A proteção à vítima do assassinato de JFK evidentemente não é a mesma de Aída Curi e seus familiares, pessoas que não tinham qualquer projeção pública antes do crime.

Ainda que, diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, seja incabível a tese do direito ao esquecimento para o

fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas a fatos que se tornaram públicos, sob pena de configuração de censura prévia, a exploração midiática de dados pessoais da vítima ou de seus familiares constitui violação do direito de retorno ao convívio social.

Assim, a publicação de reportagem com conteúdo voltado primordialmente à divulgação de fatos privados da vida contemporânea de vítima e de seus familiares revela abuso do direito de informar, previsto pelo artigo 220, § 1º da Constituição Federal, e viola o direito à privacidade, consolidado pelo artigo 21 do Código Civil, por representar indevida interferência sobre a vida particular dos personagens retratados, dando ensejo ao pagamento de indenização.

A ponderação já consagrada quanto à liberdade de imprensa

A Constituição da República garante o direito de acesso à informação, no qual se compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado, tendo por corolário o direito a obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos, de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos (art. 5º, XIV), *verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação.”

O direito de informar, assim como o de ser informado, relaciona-se mais diretamente com conteúdo jornalístico ou literário, sendo facetas ativa e passiva dessa liberdade de imprensa. O *direito de informar* refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que livremente poderá receber dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, que possam interferir no direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a cogitações legítimas. Já o *direito de ser informado* concerne àquele que recebe o teor da comunicação, tornando-se ator no processo de liberdade crítica e responsável por suas opiniões e, a partir delas, por suas ações.

Por sua vez, o *direito de se informar* relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema de interesse do cidadão, abrangendo, ainda, a liberdade de pesquisa acadêmica e investigação científica. O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece, em seu artigo 13, 1, que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão” e que “[e]sse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.” É essa a dimensão do acesso à informação que mais reflete os limites do direito ao esquecimento em buscadores da Internet na novel sociedade tecnológica de informação.

É curioso notar que o ordenamento jurídico brasileiro já limita expressamente a cinco anos o prazo máximo para manutenção do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito. O prestígio do esquecimento pelo legislador ordinário decorre do reconhecimento de que a restrição imposta ao direito de personalidade – no caso, o

bom nome – deve se submeter a limites de razoabilidade temporal, diante dos efeitos erosivos do tempo sobre a utilidade da informação gravosa agora desatualizada.

O direito à informação, protegido pela liberdade de imprensa e, mais genericamente, pela liberdade de expressão, configura a mais forte arma para *formação de uma democracia sólida*. A teoria democrática preconiza que o direito à livre formação de opinião e à manifestação compõem a dignidade do cidadão e o habilitam a construção da sociedade justa. São pressupostos para a democracia pela deliberação coletiva, tal qual prega a ética do discurso de Habermas. E aqui se enquadra o caráter exemplar do caso trágico na cultura da violência doméstica.

Oren Fiss, professor da *Yale Law School* e expoente do tema *free speech* e estruturas sociais, destaca que o propósito do acesso à informação é, antes de uma autoatualização individual, *“a preservação da democracia e o direito de um povo, como um povo, decidir que tipo de vida deseja viver,”* como *“um meio ou instrumento de autodeterminação coletiva.”* (FISS, Owen M., *Free Speech and Social Structure Iowa Law Review* 71. p. 1410)

A proteção jurídica do esquecimento, em que pese sirva ao intitulado direito à busca da felicidade, obstaculiza o direito à memória, de eminente relevância na *formação da identidade política do país*. O lema *para que jamais se esqueça e para que não se repita* é o que mantém viva a memória do Holocausto e conjura o perigo da indiferença a que se refere o Nobel da Paz, Professor Elie Wiesel.

O relevante risco que decorre do esquecimento é *“uma forma de manipulação psicológica em que uma pessoa ou um grupo secretamente semeia sementes de dúvida em um indivíduo ou grupo alvo, fazendo-os questionar sua própria memória, percepção ou julgamento, muitas vezes evocando neles dissonância cognitiva e outras mudanças, incluindo baixa autoestima.”* O *Gaslighting*, sem tradução para o português, é um fenômeno que tem obtido expressiva projeção. Em tempos extremos de *fake news*, a preservação da memória se apresenta como mecanismo de preservação das conquistas civilizatórias.

A análise do *valor histórico da informação* é feita em retrospectiva, de modo que o novo contexto pode auxiliar a distinguir, não de antemão, mas fundamentadamente, os dados que se tornaram *irrelevantes* e podem ser descartados, afastando alegações de subjetividade.

Por oportuno, vale mencionar a ADI 4815, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inexistente a *autorização prévia para a publicação de biografias*. Ao dar interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, a Corte prestigiou os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Confira-se a respectiva ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE

ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. (...) 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. (...) 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4815, Relator CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, DJe 01-02-2016)

Como destaquei em meu voto, na medida em que cresce a notoriedade dos fatos, reduz-se a esfera de privacidade das pessoas. *A notoriedade do fato e dos sujeitos, adquirida pela comunhão de sentimentos públicos, transmuda o fato em evento histórico* que revela a suma importância de informar e ser informado e, conseqüentemente, reflete-se na proteção intensa à liberdade de informação e de imprensa, como cânones fundamentais do Estado Democrático de Direito.

In casu, discute-se o direito à indenização, postulado pela família da vítima, quanto a crime de grande repercussão social, que ocorrerá há mais de cinquenta anos e fora reportado por programa televisivo de jornalismo investigativo. As peculiaridades do caso concreto descortinam relevantes critérios de ponderação, a exemplo do elemento temporal, do propósito da divulgação, da relevância e interesse coletivo na divulgação, da notoriedade e veracidade dos fatos, aspectos que também constituem balizas da liberdade de imprensa em outros precedentes desta Corte e de outros tribunais nacionais. O foco da controvérsia, portanto, *não se refere à possibilidade de se questionar a publicação de conteúdo falso ou impreciso*, ou ainda a emissão de opiniões que, pela forma de exteriorização, possam ser consideradas ofensivas aos direitos da personalidade.

A divulgação do crime bárbaro, à época da sua consumação, restou plenamente lícita e amparada na liberdade de informação, diante da relevância do interesse social na informação enquanto o fato se fazia atual. O direito ao esquecimento impõe que se reavalie *se a divulgação atual de um fato pretérito se mantém relevante socialmente* ou se o decurso do prazo desborda do interesse público que então lhe emprestava fundamento.

Ainda que tais questões possam ser suscitadas em conjunto com o chamado direito ao esquecimento, esse último tem um objeto próprio: é invocado na tentativa de justificar a supressão de informações verdadeiras, cuja divulgação foi ou teria sido considerada perfeitamente válida à época dos acontecimentos. Em outras palavras, não se trata de apagar material que seja considerado ilícito por seu próprio teor, mas de especular se *o decurso do tempo faria surgir uma pretensão ao ocultamento de fatos*, que, embora causem grave desconforto ou humilhação ao titular do direito, já se tornaram notórios.

Em discussão estão, especialmente, a produção de documentários de valor histórico e a veiculação das retrospectivas jornalísticas. O fundamento é o de um interesse atemporal e da natural curiosidade que despertam no grande público. Os crimes célebres vão além da natural curiosidade, tornando-se instrumentos de estudos jurídicos, sociológicos e antropológicos. Deveras, o caso in foco foi encartado em periódicos, revistas e livros que podem hodiernamente ser acessados.

Enfim, o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado, nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de se informar e a liberdade de imprensa. Esse é o estágio atual dos julgados da Corte, guardiã das liberdades outrora suprimidas.

Ex positis, propunha-se o desprovimento do recurso extraordinário.

É como voto.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

PROPOSTA (TESE)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Senhor Presidente, cumprimento todos os eminentes Colegas. Já vai longe o momento em que terminei minha fala, ainda na semana passada, mas estou honrado e sou grato pelas menções feitas a meu voto. Também cumprimento todos os Colegas por seus votos, especialmente os divergentes, que sempre reafirmam a necessidade do olhar plural e do debate enriquecedor sobre tema tão importante.

Senhor Presidente, já na semana passada, li a tese e a enviei aos Colegas. A proposta de tese que apresentei e ratifico no momento atual é a seguinte:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social, analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e civil.

Essa é a proposta de tese, em dois parágrafos, Senhor Presidente.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os eminentes Pares e o eminente Ministro Dias Toffoli, Relator.

Gostaria apenas de registrar, nesse momento de discussão e votação, que, em linha geral, tenho, mesmo vencido, acompanhado a tese quando entendo que ela espelha a percepção majoritária do Plenário.

No caso presente, com a devida vênia, há uma miríade de fundamentos distintos nos votos. Se revermos as diversas fundamentações, como o voto eruditamente proferido por Vossa Excelência, no qual não se nega a existência do direito ao esquecimento, há uma miríade de posições.

Por essa razão, peço toda vênia ao eminente Ministro-Relator para, neste caso, não subscrever a tese proposta.

É como voto quanto à tese.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Dias Toffoli, eu sempre verifiquei que Vossa Excelência é sensível às opiniões e não se opõe a alguns ajustes. Mas como o caso é muito complexo, realmente, para Vossa Excelência ter agora a memória de tudo quanto foi aqui inserido nos votos dos Colegas, para sintetizar a sua tese, pode ser, talvez, um pouco complexo nós ficarmos discutindo essa questão.

Eu, por exemplo, acompanhei Vossa Excelência, mas entendi que há o direito ao esquecimento, ressalvados os fatos que adquirem relevância histórica. Então, por exemplo, não é qualquer fato que pode ser eventualmente publicado. Se, por exemplo, uma pessoa contraiu uma doença, que é algo que está encartado na privacidade daquela pessoa, e que esse fato não tem relevância social nem política, não precisa ser divulgado. A síntese de Vossa Excelência não contempla essa exceção, porque não é abuso, não haverá excesso; há uma realidade, a pessoa está doente. Mas até que ponto o direito à reserva, o direito à privacidade viabiliza que se divulgue que uma pessoa está doente? Isso não vai ter nenhuma repercussão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Senhor Presidente, acompanhei os votos dos Colegas. E meu entendimento, pelos votos dos Colegas, é que há seis votos claros no sentido da não existência ou da não previsão do direito ao esquecimento na Constituição ou na legislação.

As exceções, o segundo parágrafo de minha proposta de tese deixa bem claro que já estão previstas na Constituição e na lei e são decorrentes do direito da personalidade em geral: proteção à honra, à imagem e à privacidade. Isso será verificado caso a caso.

Eu acho que seria muito importante, depois de quatro sessões de debates, que nós encerrássemos o julgamento hoje, com a fixação da tese. Ainda temos meia hora de sessão. Eu ratifico a tese formulada e a mantenho na íntegra tal como foi apresentada. É evidente que sempre algum Colega pode divergir, como já o fez o

Ministro *Edson Fachin*, pode até pedir vista do processo para analisar a tese, mas eu sou contrário à ideia de suspensão para discussão posterior. Eu sugeriria a Vossa Excelência colher individualmente os votos, diante da divergência surgida com a posição do Ministro Luiz *Edson Fachin*.

Ratifico a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Obrigado, Ministro Dias Toffoli. Nós vamos submeter a sua tese.

Eu gostaria de conceder a palavra a alguns Colegas que pediram para se pronunciar.

Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência quer fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: O Ministro Marco Aurélio pediu antes, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Desculpe-me, Ministro Marco Aurélio, não tinha atentado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, penso que o caso não é propício à edição de tese. E a proposta formulada pelo Relator contempla mais exceções do que regras, por isso penso não caber a edição de tese.

Acompanho, no particular, o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Presidente, quero me colocar ao lado do que disse o Ministro Dias Toffoli.

Nós discutimos, em quatro sessões, efetivamente duas questões importantes: primeiro, se existe, ou não, o direito ao esquecimento de forma abstrata – e a maioria dos votos, pelo menos até aqui, afastou a existência do direito ao esquecimento –; e o segundo ponto, que inclusive Vossa Excelência concordou agora, é que, mediante a ausência de interesse público, a ausência de informações atualizadas, mediante degradação, informações falsas, se existe a possibilidade de retirar um programa do ar, se existe a possibilidade de se retirar uma matéria e nunca censurar previamente.

Então, com todo o respeito às posições em contrário, chegarmos agora sem uma edição de tese em relação ao direito ao esquecimento, na verdade seria afastar a repercussão geral e julgar esse caso específico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, eu concordo com a tese, desde que seja realmente uma tese, considerado o que apreciado.

Qual foi a conclusão do Plenário? Não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento. E vamos parar, então, aqui. Fico nessa tese. E, evidentemente, casos futuros serão apreciados em processos subjetivos e aí sopesadas as questões envolvidas.

O Supremo – penso – bateu o martelo nesse sentido, de não se harmonizar com a Constituição Federal o direito ao esquecimento. Se a tese for essa, sufrago a proposta.

O SENHOR LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência quer ter a palavra?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Presidente, sem embargo de a tese eventualmente vir a ser alterada, como muitos Colegas, ao longo de seus votos, manifestaram-se sobre a tese que eu já havia proposto, eu aguardaria até o final para ver como fica a posição do colegiado.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Dias Toffoli, eu sempre verifiquei que Vossa Excelência é sensível às opiniões e não se opõe a alguns ajustes. Mas como o caso é muito complexo, realmente, para Vossa Excelência ter agora a memória de tudo quanto foi aqui inserido nos votos dos Colegas, para sintetizar a sua tese, pode ser, talvez, um pouco complexo nós ficarmos discutindo essa questão.

Eu, por exemplo, acompanhei Vossa Excelência, mas entendi que há o direito ao esquecimento, ressalvados os fatos que adquirem relevância histórica. Então, por exemplo, não é qualquer fato que pode ser eventualmente publicado. Se, por exemplo, uma pessoa contraiu uma doença, que é algo que está encartado na privacidade daquela pessoa, e que esse fato não tem relevância social nem política, não precisa ser divulgado. A síntese de Vossa Excelência não contempla essa exceção, porque não é abuso, não haverá excesso; há uma realidade, a pessoa está doente. Mas até que ponto o direito à reserva, o direito à privacidade viabiliza que se divulgue que uma pessoa está doente? Isso não vai ter nenhuma repercussão.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Senhor Presidente, acompanhei os votos dos Colegas. E meu entendimento, pelos votos dos Colegas, é que há seis votos claros no sentido da não existência ou da não previsão do direito ao esquecimento na Constituição ou na legislação.

As exceções, o segundo parágrafo de minha proposta de tese deixa bem claro que já estão previstas na Constituição e na lei e são decorrentes do direito da personalidade em geral: proteção à honra, à imagem e à privacidade. Isso será verificado caso a caso.

Eu acho que seria muito importante, depois de quatro sessões de debates, que nós encerrássemos o julgamento hoje, com a fixação da tese. Ainda temos meia hora de sessão. Eu ratifico a tese formulada e a mantenho na íntegra tal como foi apresentada. É evidente que sempre algum Colega pode divergir, como já o fez o Ministro Edson Fachin, pode até pedir vista do processo para analisar a tese, mas eu sou contrário à ideia de suspensão para discussão posterior. Eu sugeriria a Vossa

Excelência colher individualmente os votos, diante da divergência surgida com a posição do Ministro Luiz Edson Fachin.

Ratifico a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Obrigado, Ministro Dias Toffoli. Nós vamos submeter a sua tese.

Eu gostaria de conceder a palavra a alguns Colegas que pediram para se pronunciar.

Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência quer fazer uso da palavra?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: O Ministro Marco Aurélio pediu antes, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Desculpe-me, Ministro Marco Aurélio, não tinha atentado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, penso que o caso não é propício à edição de tese. E a proposta formulada pelo Relator contempla mais exceções do que regras, por isso penso não caber a edição de tese.

Acompanho, no particular, o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência tem a palavra.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Presidente, quero me colocar ao lado do que disse o Ministro Dias Toffoli.

Nós discutimos, em quatro sessões, efetivamente duas questões importantes: primeiro, se existe, ou não, o direito ao esquecimento de forma abstrata - e a maioria dos votos, pelo menos até aqui, afastou a existência do direito ao esquecimento -; e o segundo ponto, que inclusive Vossa Excelência concordou agora, é que, mediante a ausência de interesse público, a ausência de informações atualizadas, mediante degradação, informações falsas, se existe a possibilidade de retirar um programa do ar, se existe a possibilidade de se retirar uma matéria e nunca censurar previamente.

Então, com todo o respeito às posições em contrário, chegarmos agora sem uma edição de tese em relação ao direito ao esquecimento, na verdade seria afastar a repercussão geral e julgar esse caso específico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, eu concordo com a tese, desde que seja realmente uma tese, considerado o que apreciado.

Qual foi a conclusão do Plenário? Não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento. E vamos parar, então, aqui. Fico nessa tese. E, evidentemente, casos futuros serão apreciados em processos subjetivos e aí sopesadas as questões envolvidas.

O Supremo - penso - bateu o martelo nesse sentido, de não se harmonizar com a Constituição Federal o direito ao esquecimento. Se a tese for essa, sufrago a proposta.

O SENHOR LUIZ FUX (PRESIDENTE): Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência quer ter a palavra?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Presidente, sem embargo de a tese eventualmente vir a ser alterada, como muitos Colegas, ao longo de seus votos, manifestaram-se sobre a tese que eu já havia proposto, eu aguardaria até o final para ver como fica a posição do colegiado.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Presidente, estou de acordo com a tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli, porque ele, nela, enuncia a incompatibilidade da ideia de um direito ao esquecimento com a Constituição. Logo após, explicita – e esse foi um traço marcante do voto de Sua Excelência – o que está sendo, no caso, entendido como direito ao esquecimento: o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Depois, ressalva a hipótese de excessos.

Com todas as vênias, embora também, digamos assim, posicionando-me favoravelmente à tese do Ministro Marco Aurélio, acompanho, em função de meu voto, a tese proposta pelo eminente Relator.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Presidente, acompanho o eminente Relator. Apresentei divergência em relação a sua posição, mas entendo que traduz o que foi decidido.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, ante as ressalvas contidas na proposta, desconhece-se dado importantíssimo: a imprensa não pode comer barriga. Ela não é órgão investigativo, para saber se um dado que lhe chega é verídico

ou não. Descabe mitigar e admitir o direito ao esquecimento a partir de veicular-se algo que posteriormente se mostre ilícito.

A imprensa tem, como disse, observado o disposto no artigo 220 da Constituição Federal, o direito-dever de informar, de estampar o que lhe haja chegado. Não cabe colocar verdadeira espada de Dâmoçles sobre a cabeça da imprensa, somente placitando o que ela tiver investigado e concluído, como está na proposta, verídico ou obtido lícitamente.

Vou repetir: se a imprensa for compelida a isso, não informa à sociedade brasileira, porque vai ter de parar, vai chegar a um *stand-by*, para contratar investigadores e, então, um laudo a respeito do fato que lhe chegou às mãos.

Creio que temos de parar apenas na tese. O que se buscou, a rigor, considerada a inicial, foi o reconhecimento do direito a se esquecer o episódio, o lamentável episódio.

A tese ou bem pacífica a matéria ou não pacífica. Ela não pode ser editada para confundir ainda mais o que se tem no cenário. Por isso entendo que ou bem ficamos na primeira parte da proposta, revelando ser incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, ou não editamos tese, porque não refletirá propriamente uma tese, mas dados relativos aos votos proferidos, dados concretos. E não é isso que se objetiva quando se pensa na edição de uma tese. A tese enunciada pelo Supremo visa pacificar a matéria e, como está redigida, não pacifica matéria alguma.

Foi o que disse. As exceções são em maior número do que o que se entende como regra, do que é a síntese, em si, do julgamento. Abstratamente a tese é única: não há direito ao esquecimento. Agora, evidentemente, caso a caso, apreciar-se-á a situação e se decidirá a respeito.

Penso, repito, que o caso não é propício a se descer a minúcias na edição da tese. Tem-se, como tese propriamente dita, apenas esta visão: não se harmoniza com a ordem jurídica, com a Constituição Federal de 1988, o direito ao esquecimento.

11/02/2021
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE): Não obstante eu tenha consagrado e tenha enxergado o direito ao esquecimento, em razão da decorrência dos princípios consagrados constitucionalmente – vou fazer juntada de voto –, entendo que o Presidente está aqui para somar e não para dividir. Eu me curvo, pois, à colegialidade e vou também cancelar a tese do Ministro Dias Toffoli que, com essas abordagens que foram feitas, também não deixa ao desabrigo a possibilidade de se rediscutir, num caso específico, se é relevância social ou interesse público o direito ao esquecimento.

Então, também vou cancelar a tese do Ministro Dias Toffoli, em nome da colegialidade.

**11/02/2021
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606 / RIO DE JANEIRO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Presidente, fico vencido na primeira parte, alusiva a ter-se caso à feição para o Tribunal editar tese. Suplantada essa visão, sufrago a primeira parte da proposta do Relator, no sentido de que “é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos.” Paro aqui, considerada até a dispersão de fundamentos nos votos proferidos. Evidentemente, quem estiver atuando no setor jurídico consultará esses votos para uma conclusão a respeito.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): NELSON CURI E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): ROBERTO ALGRANTI (15590/RJ) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ADV.(A/S): JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA (075342/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO - ABRAJI

ADV.(A/S): TAÍS BORJA GASPARIAN (74182/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO (ITS RIO)

ADV.(A/S): RONALDO LEMOS (166255/SP)

AM. CURIAE.: ARTIGO 19 BRASIL

ADV.(A/S): CAMILA MARQUES BARROSO (0325988/SP)

AM. CURIAE.: IBDCIVIL - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ADV.(A/S): ANDERSON SCHREIBER (110183/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): EDUARDO MENDONÇA (130532/RJ) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: INSTITUTO PALAVRA ABERTA

ADV.(A/S): OSCAR VILHENA VIEIRA (112967/SP)

ADV.(A/S): RAFAEL FREITAS MACHADO (20737/DF)

AM. CURIAE.: PLURIS - INSTITUTO DE DIREITO PARTIDÁRIO E POLÍTICO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (54244/DF, 67219/SP)

ADV.(A/S): SIDNEY SÁ DAS NEVES (19033/BA, 33683/DF)

ADV.(A/S): RAFAEL MOREIRA MOTA (17162/DF)

AM. CURIAE.: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (62698/DF, 183747/RJ, 208205/SP)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (26452/DF, 148366/RJ, 147702/SP)

AM. CURIAE.: VERIZON MEDIA DO BRASIL INTERNET LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA.)

ADV.(A/S): ANDRÉ ZONARO GIACCHETTA (147702/SP)

ADV.(A/S): CIRO TORRES FREITAS (208205/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO VLADIMIR HERZOG

ADV.(A/S): ADRIELE PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO (23490/DF)

Decisão: Após o início do voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorrentes, o Dr. Roberto Algranti Filho; pela recorrida, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo *amicus curiae* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza; pelo *amicus curiae* IBDCivil – Instituto Brasileiro de Direito Civil, o Dr. Anderson Schreiber; pelo *amicus curiae* Google Brasil Internet LTDA., o Dr. Eduardo Mendonça; pelo *amicus curiae* Instituto Palavra Aberta, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; pelo *amicus curiae* PLURIS – Instituto de Direito Partidário e Político, o Dr. José Eduardo Martins Cardozo; pelo *amicus curiae* Verizon Media do Brasil Internet LTDA. (atual denominação de Yahoo! do Brasil Internet LTDA.), o Dr. André Zonaro Giacchetta; pelo *amicus curiae* Instituto Vladimir Herzog, a Dra. Adriele Ayres Britto; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros, Vice-Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, indeferia o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida e fixava a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786): “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de

informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível,” o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 04.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que divergia parcialmente do Ministro Dias Toffoli (Relator) e dava parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, a ser fixado na instância de origem, dada a natureza infraconstitucional e fática dos elementos necessários para a aferição do seu valor monetário; dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber, que acompanhavam o Relator para negar provimento ao recurso; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente a ação para reconhecer a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento constitucional brasileiro, e negar, no caso concreto, que a pretensão dos requerentes triunfe sobre a posição de preferência da liberdade de expressão e do direito à informação, o julgamento foi suspenso. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 10.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 786 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulado contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível,” vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 11.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.344.583 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

EMENTA

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ABSTENÇÃO DE REALIZAR GASTOS PÚBLICOS RELACIONADOS AO CUSTEIO DE EVENTOS RELIGIOSOS. DEMONSTRAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DO REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II – A mera alegação, nas razões do recurso extraordinário, de existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, desprovida de fundamentação adequada que demonstre seu efetivo preenchimento, não satisfaz a exigência prevista no art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil/2015.

III – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão do conjunto fático-probatório dos autos e das normas infraconstitucionais locais aplicáveis ao caso, consoante as Súmulas 279/STF e 280/STF.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de maio de 2022.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

16/05/2022
SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.344.583 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão por meio da qual neguei seguimento ao recurso extraordinário com agravo, tendo em vista a ausência de fundamentação apta a demonstrar a repercussão geral das questões suscitadas nos autos.

Ademais, decidiu-se pela incidência das Súmulas 279/STF e 280/STF (doc. eletrônico 34).

A agravante sustenta que:

[...] demonstrou a repercussão geral do recurso extraordinário em comento, tendo apontado as razões pelas quais entendeu que a questão seria relevante, sob o ponto de vista político, social e jurídico, cumprindo o requisito previsto no art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil (p. 6 do doc. eletrônico 36).

Ademais, aduz a desnecessidade da análise do conjunto fático-probatório dos autos, pois:

[...] a pretensão veiculada na ação civil pública de origem não versa sobre qualquer questionamento a respeito da validade do ato administrativo de contratação dos eventos religiosos subvencionados pela municipalidade, tampouco quanto a sancionamento decorrente de ato de improbidade administrativa, matérias que, em certos casos, podem até suscitar o debate acerca da necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório (p. 7 do doc. eletrônico 36).

Por fim, alega não ser o caso de incidência da Súmula 280/STF, porque:

[n]ão se questiona a interpretação dada à legislação infraconstitucional local pertinente, mas, sim, a afronta à regra constitucional que prevê a neutralidade do Estado frente às instituições religiosas, vedando a concessão de subvenção a cultos religiosos ou igrejas (p. 14 do doc. eletrônico 36).

É o relatório.

16/05/2022
SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.344.583 /
RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem reexaminada a questão, verifico que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Isso porque, conforme consignado na decisão agravada:

[...] o recorrente, apesar de afirmar a existência de repercussão geral no recurso extraordinário, não demonstrou as razões pelas quais entende que a questão constitucional aqui versada seria relevante, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e ultrapassaria os interesses subjetivos do processo.

Desse modo, a mera alegação de existência do requisito, desprovida de fundamentação adequada que demonstre seu efetivo preenchimento, não satisfaz a exigência prevista no art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil/2015. Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados de ambas as Turmas desta Corte:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF.

1. *Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.*

2. *A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.*

3. *A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário).*

4. *Agravo interno a que se nega provimento (ARE 1.009.564-Agr/ES, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma – grifei).*

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CARUARU. SUPRESSÃO DE QUINQUÊNIOS. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL COM

FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 280/STF.

1. *A parte recorrente não apresentou mínima fundamentação quanto à repercussão geral das questões constitucionais discutidas, limitando-se a fazer observações genéricas sobre o tema, o que não atende ao disposto no art. 1035 do CPC/2015.*

2. A petição de recurso extraordinário não prescinde da observância do disposto no art. 1.035 do CPC/2015, nem mesmo nos casos em que esta Corte já tenha reconhecido a existência de repercussão geral da matéria debatida nos autos (ARE 663.637-AgR-QO, Rel. Min. Ayres Britto).

3. Dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, faz-se necessário a análise da legislação infraconstitucional local aplicada ao caso, procedimento vedado neste momento processual nos termos da Súmula 280/STF. Precedentes.

4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. Tal verba, contudo, fica com sua exigibilidade suspensa em razão do deferimento da assistência judiciária gratuita a parte agravante, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/2015.

5. Agravo interno não conhecido, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (ARE 1.211.042-AgR/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma – grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMINAL. DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – *A mera alegação, nas razões do recurso extraordinário, de existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, desprovida de fundamentação adequada que demonstre seu efetivo preenchimento, não satisfaz a exigência prevista nos arts. 102, § 3º, da CF; 1.035, § 2º, do CPC; e 327, § 1º, do RISTF.*

II – Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 1.102.012-AgR/PR, de minha relatoria, Segunda Turma – grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 6.4.2017. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO.

1. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, cabe à parte recorrente demonstrar fundamentadamente a existência de repercussão geral da matéria constitucional em debate no recurso extraordinário, mediante o desenvolvimento de argumentação que, de maneira explícita e clara, revele o ponto em que a matéria veiculada no recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

2. Revela-se deficiente a fundamentação da existência de repercussão geral de recurso extraordinário que se restringe a alegar de forma genérica que a questão em debate tem repercussão geral.

3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, em virtude da não fixação de honorários advocatícios nas decisões anteriores (RE 993.775-AgR/AM, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma – grifei).

Além disso, verifico que o acórdão recorrido decidiu as questões postas nos autos com fundamento na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei Municipal nº 1.930/2015), bem como no conjunto fático-probatório constante dos autos. Dessa forma, o exame da alegada ofensa ao texto constitucional envolve a reanálise da interpretação dada àquela norma pelo Juízo *a quo*, além de incidir, na espécie, as Súmulas 279 e 280/STF, o que também inviabiliza o extraordinário. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATERIAL PROBATÓRIO, DE CLÁUSULAS DO EDITAL E DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULAS 279, 280 E 454/STF.

1. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem, seria necessária uma nova interpretação das cláusulas do edital do certame, bem como da legislação infraconstitucional pertinente (Lei Complementar estadual nº 84/2014), demandando, ainda, o reexame de material fático-probatório. Incidem, no caso, as Súmulas 279, 280 e 454/STF.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se deve confundir interpretação de normas legais com a declaração de inconstitucionalidade dependente da observância da cláusula de reserva de plenário

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

4. Agravo interno a que se nega provimento (RE 1.296.657-AgR/AP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Responsabilidade do Estado. Danos morais e materiais. Dissídio coletivo. Descumprimento de acordo. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. Agravo regimental não provido (ARE 1.182.799-AgR/SP, Min. Rel. Presidente Dias Toffoli, Tribunal Pleno).

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA.

1. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário).

2. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão do recurso extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente.

3. Agravo Interno a que se nega provimento (RE 1.314.563-AgR/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma).

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA. SERVIDOR PÚBLICO. PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE. QUOTA DE ESFORÇO FISCAL COLETIVO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO

FÁTICO-PROBATÓRIO E DA LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279/STF E 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos.

II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais locais que fundamentam o acórdão recorrido, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 280/STF.

III – Agravo regimental a que se nega provimento (RE 1.330.540-AgR-segundo/PR, de minha relatoria, Segunda Turma).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. Alienação fiduciária. IPVA. Responsabilidade tributária. 4. Matéria debatida pelo Tribunal de origem restringe-se ao âmbito local. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Matéria infraconstitucional. 5. Reexame do acervo fático-probatório. 6. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental. Verba honorária majorada em 10% (ARE 1.035.390-AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF) (doc. eletrônico 34 – grifos no original).

Percebe-se, pois, que o presente recurso revela o mero inconformismo do agravante com o resultado que não lhe foi favorável. Nesses termos, a decisão atacada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA**

**SEGUNDO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.344.583
PROCED.: RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 6.5.2022 a 13.5.2022.

Composição: Ministros Nunes Marques (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e André Mendonça.

Hannah Gevartosky

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*
Nº 158.808 / RIO DE JANEIRO (2021/0408111-2)

RELATOR: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

RECORRENTE: LUIZ STEVÃO COUTO DOS SANTOS (PRESO)

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA. NULIDADE. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DO ROL DE TESTEMUNHAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPRESSÃO. NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. EXISTÊNCIA DE OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS. ART. 28-A, § 2º, II, DO CPP. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA *IN CASU*. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inicialmente, em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constata-se que o recorrente foi condenado a 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 35, c/c o art. 40, IV, da Lei de Drogas, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Destaco, ainda, que a Corte de origem já julgou, inclusive, o recurso de apelação e os embargos de declaração opostos contra a apelação. Assim, em razão da prolação da sentença, a alegação de excesso de prazo encontra-se superada.

2. No tocante à alegação de arrolamento intempestivo das testemunhas, tem-se que o Tribunal de origem, ao analisar o *habeas corpus*, não se manifestou a respeito do tema, o que torna inviável o debate diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.
3. Com relação ao não oferecimento do acordo de não persecução penal, tem-se que o Tribunal de origem destacou a existência de outras anotações criminais, incidindo, assim, a vedação do art. 28-A, § 2º, II, do CPP.
4. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.
5. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência ao fato de o recorrente integrar associação voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, a prisão se faz necessária para garantir a ordem pública, evitando o prosseguimento das atividades criminosas desenvolvidas.
6. Conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009).
7. Condições subjetivas favoráveis do agente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória.
8. Os fundamentos adotados para a imposição da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.
9. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador

Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de maio de 2022 (data do julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 158.808 / RIO DE JANEIRO (2021/0408111-2)

RELATOR: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

RECORRENTE: LUIZ STEVÃO COUTO DOS SANTOS (PRESO)

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por LUIZ STEVÃO COUTO DOS SANTOS desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n. 0053972-45.2021.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Luiz Zveiter).

Depreende-se dos autos que o recorrente encontra-se em custódia preventiva pela prática, em tese, do delito de associação para o tráfico de drogas.

Narram os autos que (e-STJ fl. 114):

Desde data não precisada, mas até o dia 18 de abril de 2021, por volta das 17h e 40min, na Avenida Sargento Isanor de Campos, Deodoro, nesta Comarca, o denunciado, de forma livre e consciente, associou-se de forma estável e permanente, aos traficantes da localidade, para o fim de praticar o crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11343/06, tanto que foi apreendido com ele um rádio transmissor, objeto usualmente utilizado para avisar aos traficantes sobre a chegada da Polícia e sobre a movimentação na localidade, conforme registro de ocorrência de fls. 03/04.

O crime de associação para fins de tráfico de drogas acima narrado, perpetrado pelo denunciado, foi praticado com emprego de arma de fogo, haja vista que o mesmo portava uma arma de fogo, a saber: uma pistola da marca HS, calibre 9mm, com numeração suprimida,

um carregador e 03 munições do mesmo calibre, conforme registro de ocorrência de fls. 03/04.

Policiais Militares realizavam patrulhamento de rotina, ocasião em que avistaram indivíduos empreendendo fuga para o interior da Comunidade do Muquiço, em razão da aproximação da viatura.

Após breve perseguição, os agentes conseguiram deter o acusado e, mediante revista pessoal, encontraram um rádio comunicador e uma pistola de arma de fogo em sua cintura, sendo certo que em seu bolso foi arrecadado um carregador sobressalente.

Assim agindo, o denunciado está incurso na sanção penal do artigo 35, c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/06.

Impetrado prévio writ na origem, a ordem foi denegada. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fls. 47/49):

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE E DENUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, MAJORADO POR TER SIDO COMETIDO COM O EMPREGO DE ARMA DE FOGO, PREVISTO NO ARTIGO 35, COMBINADOS COM ARTIGO 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI Nº. 11.343/06. PEDIDO DE RELAXAMENTO OU DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, QUE NÃO MERECE PROSPERAR. DECRETO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NO PRESENTE CASO, CONFORME NARRADO NA DENÚNCIA, “POLICIAIS MILITARES REALIZAVAM PATRULHAMENTO DE ROTINA, OCASIÃO EM QUE AVISTARAM INDIVÍDUOS EMPREENDO FUGA PARA O INTERIOR DA COMUNIDADE DO MUQUIÇO, EM RAZÃO DA APROXIMAÇÃO DA VIATURA. APÓS BREVE PERSEGUIÇÃO, OS AGENTES CONSEGUIRAM DETER O ACUSADO E, MEDIANTE REVISTA PESSOAL, ENCONTRARAM UM RÁDIO COMUNICADOR E UMA PISTOLA DE ARMA DE FOGO EM SUA CINTURA, SENDO CERTO QUE EM SEU BOLSO FOI ARRECADADO UM CARREGADOR SOBRESSALENTE”. PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA QUE DECORREM DA PRISÃO EM FLAGRANTE, O QUE TRADUZ A CERTEZA VISUAL DO EVENTO DELITIVO, ALÉM DE TODO O CONJUNTO DE PROVAS COLHIDAS EM SEDE POLICIAL. ADEMAIS, O CRIME IMPUTADO AO PACIENTE POSSUI PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS, PREENCHENDO, PORTANTO, A HIPÓTESE DESCRITA NO INCISO I, DO ARTIGO 313, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DE OUTRO LADO, A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA MANUTENÇÃO DE SUA PRISÃO CAUTELAR NÃO MERECE PROSPERAR. NO CASO, NÃO SE VERIFICOU A OCORRÊNCIA DE NENHUMA PARALISAÇÃO INDEVIDA NA TRAMITAÇÃO DO FEITO, O QUAL

SEGUE SUA MARCHA PROCESSUAL REGULAR, CONFORME NOTICIADO PELO JUÍZO DE ORIGEM EM SUAS INFORMAÇÕES.

DESSA FORMA, ANTE A HIGIDEZ DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR E A INEXISTÊNCIA DO ALEGADO EXCESSO DE PRAZO, A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR É MEDIDA QUE SE IMPÕE.

ORDEM DENEGADA.

Daí o presente recurso ordinário, no qual alega a defesa a ocorrência de excesso de prazo, tendo em vista que o recorrente está preso há mais de três meses, com previsão para início da instrução apenas em agosto (e-STJ fl. 79).

Sustenta a ilegalidade da custódia preventiva ante a falta de fundamentação idônea da decisão de prisão cautelar.

Destaca que o recorrente é primário e portador de bons antecedentes.

Afirma que o recorrente faz jus ao acordo de não persecução penal, que teria sido negado pelo Ministério Público sem fundamentação concreta (e-STJ fl. 84).

Aduz que, caso condenado, será fixado o regime inicial aberto.

Afirma que o pedido do Ministério Público de arrolamento de testemunhas seria intempestivo.

Diante dessas considerações, pede, liminar e definitivamente, a revogação da prisão preventiva, o oferecimento do acordo de não persecução penal e o reconhecimento da nulidade em razão da juntada intempestiva do rol de testemunhas. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso. O parecer foi assim ementado (e-STJ fl. 151):

Recurso em habeas corpus. Associação para o tráfico, majorado pelo emprego de arma de fogo. Prisão preventiva. Requisitos do art. 312 do CPP. Observância. Excesso prazal. Inocorrência. Inexistência de flagrante ilegalidade. Parecer pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 158.808 / RIO DE JANEIRO (2021/0408111-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Inicialmente, em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constata-se que o recorrente foi condenado a 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 35, c/c o art. 40, IV, da

Lei de Drogas, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Destaco, ainda, que a Corte de origem já julgou, inclusive, o recurso de apelação e os embargos de declaração opostos contra a apelação.

Assim, em razão da prolação da sentença, a alegação de excesso de prazo encontra-se superada.

No tocante à alegação de arrolamento intempestivo das testemunhas, tem-se que o Tribunal de origem, ao analisar o *habeas corpus*, não se manifestou a respeito do tema, o que torna inviável o debate diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

No concernente ao pedido de oferecimento de acordo de não persecução penal, tem-se que o Tribunal de origem destacou que (e-STJ fl. 60):

Da mesma forma, ao contrário do alegado na peça de impetração, não se trata de paciente que faz jus ao Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, ex vi da proibição contida no artigo 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal, eis que, como visto, o paciente foi flagrado portando uma arma de fogo municada e com carregador sobressalente, além de um radiotransmissor em área dominada por facção criminosa, à plena luz do dia, sendo certo que, segundo consta de sua FAC acostada no documento eletrônico nº 12 da pasta anexo 1, o evento em apuração parece não constituir evento isolado em sua vida, pelo que a prisão impugnada constitui efetivo óbice da reiteração criminosa. (Grifei.)

Como se vê, o recorrente não faz jus ao acordo de não persecução penal, tendo em vista que possui anotações criminais pela prática de outros delitos, incidindo, assim, a vedação do art. 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ALCANÇADO. OFERECIMENTO A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA QUALIDADE DE TITULAR DA AÇÃO PENAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acordo de não persecução penal é possível quando o acusado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima cominada seja inferior a quatro anos, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição de pena. A proposição do acordo é feita pelo Ministério Público, que deverá analisar se a medida é suficiente para a reprovação do delito.

2. Neste caso, o órgão acusador não ofereceu o acordo em razão da presença de anotações desabonadoras nos registros criminais do agravante, de modo que os requisitos subjetivos não foram atendidos, não havendo que se falar em falta de fundamentação para a recusa da oferta por parte do Parquet.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 622.527/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/2/2021, DJe 1º/3/2021.)

No mais, com relação aos fundamentos da prisão preventiva, insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

Em consulta ao sítio processual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, constata-se que o recorrente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 35, c.c art. 40, IV, da Lei de Drogas, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade.

No caso, são estes os fundamentos invocados para a manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória, *in verbis*:

Mantenho a custódia cautelar do réu, já que ele respondeu por todo o processo preso e estão mantidos os requisitos da medida cautelar. Outrossim, não há sentido que o réu tenha respondido a todo o processo preso e venha ser solto após sentença condenatória.

[...]

Outrossim, o emprego de arma de fogo demonstra de forma concreta a periculosidade do acusado sendo motivo para a manutenção da prisão.

O decreto preventivo, por sua vez, dispôs que (e-STJ fl. 119):

Com efeito, à luz dos elementos informativos contidos na comunicação da Prisão em Flagrante do indiciado, entendo que sua Prisão Preventiva deverá ser decretada para a garantia da ordem pública, para a conveniência da instrução criminal, bem como para assegurar aplicação da Lei Penal.

O “fumus comissi delicti” decorre da materialidade delitativa e dos indícios de autoria comprovados através dos depoimentos colhidos em sede policial e autos de apreensão.

O “periculum in libertatis” decorre da necessidade de se resguardar a instrução criminal e para assegurar a aplicação de eventual sanção penal, bem como para a garantia da ordem pública, considerando-se a reprovabilidade in concreto das supostas condutas do agente, em razão de estar associado à organização criminosa responsável pelo tráfico de drogas da Favela do Muquiço, sendo flagrado com um rádio comunicador, além de uma pistola HS-9, calibre 9mm, com a numeração suprimida, municiada com 3 cartuchos intactos e com um carregador sobressalente.

Os fatos são gravíssimos em razão do indiciado estar, em tese, colaborando com a facção criminosa atuante no local, responsável por graves cenas de violência urbana, bem como por gerar dependência à diversas pessoas e afetar a saúde dos usuários. A reprovabilidade dos fatos é altíssima considerando que a função exercida é de extrema importância para atuação da organização criminosa no local, garantindo a realização do comércio de entorpecentes no local. Ainda, majorada a reprovabilidade em razão do armamento apreendido, pronto para uso e de altíssimo potencial lesivo.

É de se ressaltar que os fundamentos da prisão cautelar não guardam qualquer similaridade com os fundamentos da prisão por cumprimento de pena. Assim, o novel “princípio da homogeneidade” não tem aplicação prática nenhuma. Havendo, como há, risco, aos direitos sociais previstos no artigo 312 do CPP, deverá ser decretada a prisão provisória, independentemente de qualquer pretensão premonitória sobre o resultado de eventual processo, que sequer teve início.

Ante todo o exposto, por considerar insuficientes quaisquer outras medidas cautelares diversas da prisão, indefiro o pedido de liberdade, e CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA, vez que estão presentes os requisitos previstos no art. 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se mandado de prisão. (Grifei.)

Portanto, em razão das características da conduta delituosa narrada, o decreto prisional demonstrou que o ora recorrente seria membro de organização criminosa especializada na prática de tráfico de drogas.

O Juízo de primeiro grau destacou que o “periculum in libertatis” decorre da necessidade de se resguardar a instrução criminal e para assegurar a aplicação de eventual sanção penal, bem como para a garantia da ordem pública, considerando-

se a reprovabilidade in concreto das supostas condutas do agente, em razão de estar associado à organização criminosa responsável pelo tráfico de drogas da Favela do Muquiço, sendo flagrado com um rádio comunicador, além de uma pistola HS-9, calibre 9mm, com a numeração suprimida, municiada com 3 cartuchos intactos e com um carregador sobressalente” (grifei).

Tal circunstância autoriza a decretação da prisão preventiva pois, conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.” (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009)

Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. MODUS OPERANDI DELITIVO. ARTICULADA ORGANIZAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A necessidade da custódia cautelar está fundamentada na garantia da ordem pública, evidenciada pelo modus operandi da organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, da qual, supostamente, o paciente faz parte, eis que, após um mês de investigações, identificou-se que ele e outros corréus transitavam entre os territórios/brasileiros e de Riviera/Uruguai na venda de drogas.

[...]

3. Ordem denegada. (HC n. 353.594/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 16/5/2016.)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É possível a decretação da prisão preventiva quando se apresenta efetiva motivação para tanto.

2. Na espécie, a prisão preventiva foi decretada tendo em vista as peculiaridades do caso concreto (agente supostamente integrante de complexa organização criminosa, voltada à disseminação de grande quantidade de drogas, as quais são adquiridas no Paraná com a finalidade de distribuição em Minas Gerais, tendo sido apreendidos 231 kg de maconha).

3. *Recurso em habeas corpus improvido.* (RHC n. 65.669/MG, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 9/5/2016.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME CONTRA ECONOMIA POPULAR. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO ORIUNDO DE ROUBOS E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NECESSIDADE DE INTERROMPER AS ATIVIDADES DO GRUPO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO ÀS CORRÉS. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL DISTINTA RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. Mostra-se fundamentada a prisão como forma de garantir a ordem pública em caso no qual se constata a existência de organização criminosa destinada a lavagem de dinheiro oriundo de delitos graves, como roubos e tráfico de entorpecentes, e estruturada com nítida divisão de tarefas, mormente pelo fato de que as atividades ilícitas permaneceram mesmo após a prisão de um de seus líderes (Tiago Gonçalves, companheiro da ora recorrente), evidenciando o alto risco de reiteração delitiva e a necessidade de desestruturar a organização criminosa a fim de interromper a atividade ilícita.

3. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que se justifica a decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper as atividades do grupo.

[...]

8. *Recurso ordinário improvido.* (RHC n. 83.321/RS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 1º/9/2017.)

No mais, frise-se que as condições subjetivas favoráveis do acusado, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória. Nesse sentido:

[...] *2. Condições pessoais favoráveis do recorrente não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia cautelar.*

3. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC n. 64.879/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/3/2016, DJe 21/3/2016.)

De igual forma, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. O mesmo entendimento é perfilhado por esta Corte Superior, a exemplo destes precedentes:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto dos fatos, a conferir lastro de legitimidade à custódia.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 68.535/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 12/4/2016.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA POSTERIOR. MANTIDOS OS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. MODUS OPERANDI DOS DELITOS. VIOLÊNCIA REAL CONTRA UMA DAS VÍTIMAS, NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. *Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.*

[...]

6. *É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.*

7. *Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.*

Habeas corpus *não conhecido*. (HC n. 393.464/RS, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJE 4/9/2017.)

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso em *habeas corpus* e, *nessa extensão, nego-lhe provimento*.

É o voto.

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2021/0408111-2

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 158.808 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0053972-45.2021.8.19.0000 00539724520218190000
00869767020218190001 202114100995 539724520218190000

EM MESA

JULGADO: 10/05/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE SOUZA QUEIROZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: LUIZ STEVÃO COUTO DOS SANTOS (PRESO)

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

HABEAS CORPUS Nº 662.690 / RIO DE JANEIRO (2021/0126576-1)

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO

ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS

PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVIOABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.

2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar

o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.

4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.

5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).

7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseqüente, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do *writ* e, nessa extensão, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO (P/PACTES).

Brasília, 17 de maio de 2022 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

HABEAS CORPUS Nº 662.690 / RIO DE JANEIRO (2021/0126576-1)

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO

ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS

PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVOLABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.
2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.
3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.
4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.
5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.
6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).
7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseguinte, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS e ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, proferido no julgamento da Correição Parcial n. 0080179-18.2020.8.19.0000, assim ementado:

Reclamação correicional. Insurgência ministerial contra decisão que indeferiu o requerimento demandado de busca e apreensão, quebra de sigilo de dados, “com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ)”. Hipótese que se resolve em favor do Reclamante. Investida correicional que se traduz em instrumento genérico e subsidiário de impugnação recursal, previsto no art. 219 do CODJERJ, destinado a hostilizar erro de ofício ou abuso de poder praticado por juiz de direito e capaz de gerar inversão da ordem legal do processo. Cabimento da correicional em casos como tais, sobretudo pela inexistência de previsão específica de recurso hostilizador (STJ), seja através de apelação, seja por recurso em sentido estrito (TJERJ). Mandado de busca e apreensão que pressupõe a observância dos requisitos do art. 240, do CPP. Quebra de sigilo de dados regulada pela Lei nº 9.296/96, a qual, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XII), retrata autêntica providência extraordinária, de interpretação sabidamente restritiva, a exigir, para a sua autorização, a demonstração da imprescindibilidade da medida (Lei nº 9.296/96, art. 2º, II), além de “indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal” (art. 2º, I) punível com reclusão (art. 2º, III). Caso dos autos que evidencia hipótese de investigação em procedimento, apurando a prática de crime do art. 10 da lei nº 9.296/96. Oitiva de testemunha no bojo de procedimento em que se apura a morte da vereadora

Marielle e do motorista Anderson, cuja advogadas promoveram escuta ambiental do depoimento prestado, mesmo advertidas do sigilo incidia sobre a espécie. Gravação ambiental espúria que, através de perícia preliminar, atribuiu sua realização a uma das advogadas presentes, situação que deflagrou o requerimento, posteriormente indeferido em juízo. Situação sob investigação que se subsume, ao menos em caráter preliminar, ao tipo do art. 10 da lei nº 9296/96 (redação dada pela Lei n. 13869/19). Exame exaustivo do direito invocado que há de merecer a devida reflexão em momento procedimental futuro, uma vez submetido ao contraditório das partes, visualizando-se, por agora, a necessidade da outorga dessa autêntica providência cautelar de emergência, cuja tônica pode ser bem resumida segundo o magistério de Cândido Dinamarco: “entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação”. Positivização da plausibilidade teórica do direito invocado, além do correlato periculum in mora, a fim de que não se perca o timing e o desenvolvimento da investigação em curso, evidenciando, por igual, que a prova requerida não se mostra alcançável por outros meios disponíveis e menos invasivos. Reclamação correicional a que se dá provimento, para cassar a decisão reclamada e deferir busca e apreensão nos endereços descritos às fls. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ-cf. fls. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art. 7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma. (fls. 272/273)

Foi instaurado em desfavor das pacientes procedimento investigativo em que se apura suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

No presente *writ*, a defesa alega a atipicidade da conduta, tendo em vista que a realização da gravação do depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil – CPC.

Também defende a violação ao devido processo legal e a impossibilidade do recurso utilizado pelo *Parquet*, visto que “o Ministério Público estadual, ao invés de interpor o recurso cabível, lançou mão de um conhecido subterfúgio ao ajuizar a reclamação correicional como sucedâneo recursal, o qual é autuado e julgado sem o estabelecimento de contraditório ou ampla defesa, além de estar em flagrante descompasso com a norma processual vigente” (fl.52).

Em caráter liminar, clamou pelo sobrestamento das investigações do Procedimento Investigatório Criminal – PIC n. 2020.00659710 e, no mérito, pelo seu trancamento, bem como a declaração de nulidade da busca e apreensão realizada, além da restituição dos bens que foram apreendidos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 332/334).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da impetração e, subsidiariamente, pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 339/349).

VOTO

Preambularmente, ressalto que os procedimentos administrativos criminais (PICs) possuem natureza de investigações criminais, diferenciando-se dos inquéritos policiais pela circunstância de terem curso no âmbito do Ministério Público, sem interveniência ou auxílio da autoridade policial.

Portanto, não são meros procedimentos de natureza administrativa, porquanto têm natureza de inquérito e se submetem, sim, ao controle jurisdicional do sistema acusatório previsto no Código de Processo Penal, especialmente para garantia dos direitos fundamentais dos investigados.

Nessa conformidade e por substanciar providência salutar, que se revela promissora ao aperfeiçoamento de sistema acusatório brasileiro, a fim de que não paire dúvida interpretativa, devo consignar ser inquestionável a legitimidade e legalidade de sua instauração pelo *Parquet*, como, aliás, também o reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

(RE n. 593.727, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 8/9/2015).

Firmadas essas premissas, desde logo, friso que a impetração merece ser parcialmente conhecida e deferida, conforme fundamentos a seguir articulados.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público ajuizou correição parcial, com espeque nos artigos 219 e seguintes do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ), em face de decisão exarada pelo Juízo da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferira pedidos de medida cautelar de busca e apreensão e quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos, no bojo de Procedimento Investigatório Criminal – PIC n. 2020.00659710, instaurado pelo GAECO-MPRJ.

Ao julgar a correição parcial, o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, conheceu e deu provimento à impugnação anômala aforada pelo Ministério Público Estadual:

[p]ara cassar a decisão recorrida e deferir a medida cautelar de busca e apreensão nos endereços descritos às fls. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ- cf. fls. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art. 7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além de outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma.

Pela via do *habeas corpus*, o Impetrante aponta a existência de constrangimento ilegal, aduzindo, em síntese: a) a ausência de tipicidade da conduta atribuída às pacientes, na medida em que o ato de gravar o depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil e com o artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), sendo o caso de trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710; b) a nulidade da busca e apreensão realizada; c) a impossibilidade de utilização de reclamação correicional pelo *Parquet* como sucedâneo recursal, a caracterizar violação concomitante aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

1. DA ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL COMO SUCEDÂNEIO DO RECURSO

Não obstante o empenho da defesa quanto à alegada irregularidade na interposição da correição parcial, não medra a arguição de violação dos preceitos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da legalidade estrita.

Embora não se ignore o majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido do cabimento de apelação contra decisões “com força de definitiva”, a adequação da correição parcial no caso concreto não é incogitável. Impugnação de

natureza híbrida (administrativa-jurisdicional), viabiliza-se pelo enfoque oblíquo do ato judicial em testilha (inquinado de tumultuário ou abusivo). Seu cabimento, nessa senda, é questão de perspectiva, o que pode alterar o referencial de pressupostos de uma ou de outra modalidade de impugnação.

Não se há falar, pois, em teratologia, daí não ser censurável o conhecimento da correição parcial em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando, da mesma forma, óbice à garantia do contraditório, que pode ser diferido no quadro processual presente, haja vista que a decisão vergastada foi de controle judicial de legalidade de procedimento *inquisitivo*.

2. DA INVIOABILIDADE DO ADVOGADO

Um dos elos da corrente argumentativa dos impetrantes invoca a inviolabilidade do advogado como reforço jurídico para a conclusão sobre a legalidade da indigitada gravação ambiental e, por via de consequência, a bradada atipicidade das condutas investigadas, a caracterizar o constrangimento ilegal a reclamar o remédio constitucional.

Sem razão, contudo. Isso porque, ao menos aprioristicamente, não se afigura fundamento válido para tanto, na medida em que se confundem, no contexto da solenidade levada a efeito pelo Ministério Público, a atuação das advogadas como assistentes jurídicas do testificante e seu comportamento pessoal (abstratamente considerado), taxado de infracional pelo *Parquet*, o que levou as pacientes à condição de investigadas.

Como sabido, a inviolabilidade não pode servir de escudo para a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, o qual o advogado assume o compromisso formal de sempre defender, *ex vi*, Artigo 8º, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

A propósito, lembra o Ministro Edson Fachin que, embora “*não caiba ao Estado o deferimento de medida de busca e apreensão para o fim [de] devassar informações sigilosas de interesse dos clientes de advogados*”, nos termos da Lei n. 8.906/1994, *essa inviolabilidade “é limitada quando o próprio advogado é o investigado [...]*. Isso porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos” (HC n. 169.505/PR, DJe de 19/12/2019).

3. DAS FUNDADAS SUSPEITAS A AUTORIZAR A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL N. 2020.00659710 E A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA INDIGITA ÀS PACIENTES

Nos termos do art. 240, § 1º, “e”, primeira parte, do CPP, “*proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: “[...] descobrir objetos necessários à prova de infração [...]”*. Evidentemente, por ter natureza invasiva, referida

medida somente deve ser autorizada quando demonstrados indícios razoáveis de materialidade e autoria, da prática delitiva, lastreados em prova pré-constituída, que justifiquem a necessidade da medida. Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 1.712.852/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/9/2020.

Aliás, como se vê especificamente das alíneas “d” e “e”, do § 1º, do art. 240, do CPP, existem expressas menções à “prática de crime” e “prova da infração”, sendo intuitivo que as “fundadas razões” devem recair sobre um mínimo de prova preexistente relativa a um determinado crime ou infração penal que se pretenda apurar.

No caso concreto, uma vez refutada a adequação típica alvitrada na portaria de instauração do procedimento investigatório, esse pressuposto lógico da medida se esvai, acarretando a ilegitimidade do ato.

Em suma, uma análise técnica, interna e unilateral do Ministério Público do Rio de Janeiro concluiu que uma gravação que, supostamente, estaria circulando em estabelecimentos penitenciários do Estado, tratar-se-ia de “escuta ambiental” clandestina, realizada pela paciente Eloisa, durante inquirição da testemunha Jorge Moreth, por si juridicamente assistida, em repartição ministerial. O ato foi formalmente reduzido a termo e formalmente gravado em equipamento audiovisual.

Realmente, diante da análise técnica feita pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, era razoável admitir-se que a advogada Eloisa poderia ter sido a autora da gravação ambiental, suspeita posteriormente confirmada na própria peça de impetração do *writ*.

Ainda com maior relevância para a compreensão dos fatos e exame de legalidade da conduta investigada, tem-se por incontroverso que a advogada participou do ato, o que inclusive é usado pelos técnicos do MP para concluir ser ela a autora, repetindo-se que a gravação ambiental, mesmo que clandestina, por parte de um dos interlocutores, não se amolda à figura típica alvitrada pelo *Parquet* como pressuposto para a deflagração da investigação quanto às condutas das advogadas e que deu azo, ainda, à busca domiciliar.

Nesse contexto, aduziu o Ministério Público existir sigilo juridicamente decretado na investigação, extensível ao procedimento administrativo instaurado pelo GAECO/RJ para controle externo da atividade policial. A propósito, eis a assertiva da portaria de instauração do processado:

Considerando que os fatos em apuração sugerem a prática, em tese, de crime previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, qual seja, “promover escuta ambiental ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sem prejuízo da identificação de outras condutas delitivas no curso da investigação.”

Todavia, a premissa maior do encadeamento lógico do Ministério Público, encampada pela decisão judicial inquinada de abusiva, se revela inconsistente. Com

efeito, o sigilo tutelado pela norma do art. 10, da Lei n. 9.296/1996 é tão somente aquele atinente às gravações obtidas a partir de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas ou, ainda, a realização de interceptação telefônica ou escuta ambiental sem a ordem judicial legitimadora.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA IMPUTADA A MEMBRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. ADMISSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PARA A FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OITIVA DO DENUNCIADO NA FASE INQUISITORIAL. FACULDADE QUE NÃO É REQUISITO PARA A VALIDADE DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO PROCESSUAL DE JUÍZO DE DELIBAÇÃO E NÃO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO FATO E DOS INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA A FIM DE DEMONSTRAR A JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO.

1. Cuida-se de denúncia ofertada em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pela suposta prática de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e integrar organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), descrevendo a exordial que o acusado teria praticado os delitos mediante o recebimento de valores em troca de facilitação e favorecimento para a aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado.

2. A escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ademais, o denunciado não nega a realização da reunião nem o conteúdo da gravação, tampouco alega que ela teria sido editada ou adulterada para fins de acusação, limitando-se a dizer que se trata de

gravação clandestina e que as conversas foram retiradas do verdadeiro contexto de seu significado, o que não cabe ser avaliado nesta fase de recebimento da exordial acusatória.

[...]

(APn 869/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 1º/3/2018).

Em primeiro lugar, ressalta-se que a realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

Em segundo lugar, por força da aplicação analógica do § 5º do mesmo artigo, a gravação realizada pelo Ministério Público já deveria ter sido integralmente disponibilizada às advogadas. Portanto, não haveria, também por esse motivo, sentido lógico algum na responsabilização pela conduta a elas imputada:

Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

[...]

§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Conquanto seja essa diretriz inquestionavelmente dirigida aos atos judiciais, sua aplicação analógica às audiências realizadas no âmbito de procedimentos investigatórios do Ministério Público é ululante e dispensa maiores digressões. Daí não se conceber como válida a exigência de prévia autorização pela autoridade incumbida do ato e, por conseguinte, a ilegalidade da captura do áudio da solenidade.

Portanto, há de se fazer estreme de dúvida tratar-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e dos representantes do Ministério Público, inclusive se manifestando oralmente durante

a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina ou inadvertida, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, escuta ambiental, muito menos interceptação telefônica, mas apenas gravação ambiental.

Essa é a concepção doutrinária majoritária:

Escuta ambiental é a captação de uma comunicação feita por terceiro em local público ou privado com o consentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação. Por exemplo, imagine-se a hipótese de cidadão vítima de concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função.

[...]

Gravação ambiental “é a captação da comunicação ambiental no ambiente em que ocorre feita por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro, daí por que é conhecida como gravação clandestina (ex. gravador, câmeras ocultas etc.)”

[...]

Por outro lado, não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 a gravação ambiental clandestina, espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente. Prova disso, aliás, é o fato de, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, o art. 10-A, § 1º, da Lei n. 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, dispor expressamente que não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores. Evidentemente, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido.

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume único, 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2021, p. 721/722).

Em reforço argumentativo, ainda que se desconsiderasse a extensão do permissivo do artigo 387, § 6º, do Código de Processo Civil às inquirições realizadas em procedimentos administrativos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público, mesmo assim não se haveria presumir a ilegalidade da gravação ambiental, conforme lição sagaz de MENDRONI:

Na gravação clandestina, ao contrário da interceptação, que é praticada por terceira pessoa, um dos interlocutores realiza a gravação. Participa, portanto, da conversa e assim divide a intimidade com a outra pessoa. Assim considerado, nada impede o faça sem autorização judicial. Não se pode interpretar, neste caso, a existência de violação de intimidade ou privacidade, já que esta é na verdade compartilhada e, uma vez externada, ou mesmo confidenciada ao conhecimento do seu interlocutor, aberto também o seu sigilo, resta ao outro (interlocutor) tão somente a confiança pela manutenção do sigilo. Não pode, por isso mesmo, ser considerada prova produzida por meio ilícito, já que o ilícito reside no fato de se invadir conversa alheia e não própria.

[...]

Não há, portanto, qualquer ilícito no fato de um dos participantes da conversa gravá-la. Para tanto, não há necessidade de autorização judicial. A gravação nestas condições poderá ser admitida como prova lícita, tanto no âmbito da investigação preliminar como também no âmbito do processo penal, servindo tanto como prova para a Defensoria como para o Ministério Público, conforme o conteúdo e a posterior valoração judicial no momento oportuno.

(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 236/238, E-book [1]).

A distinção valorativa entre as modalidades de gravação, no mesmo sentido argumentativo da impetração, também é remansosa na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRETENDIDA NULIDADE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ademais, o arresto impugnado consignou que a autoria delitiva não foi constatada apenas com base na gravação ora impugnada, o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a contaminar a ação penal.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 422.285/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/10/2018, DJe 11/10/2018).

No mesmo diapasão, há muito o Supremo Tribunal Federal já consolidara seu entendimento, cristalizado no Tema com Repercussão Geral 237:

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Em arremate, não se há confundir situações completamente diferentes. Não se tratou de registro clandestino de áudio de uma reunião qualquer, mas, isto sim, de depoimento formal, em procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. Esse ato, inquestionavelmente, sujeita-se à ordenação geral do Código de Processo Civil.

Premissa diversa é a suposta violação do sigilo judicialmente decretado, teoricamente concretizada a partir do espreiamento da gravação encartada aos autos e atribuída, unilateralmente, pelo Ministério Público à paciente Eloisa.

Nesse aspecto, as meras ilações e conjecturas não revelam a imprescindível justa causa à persecução. Por sinal, a inconsistência desses fundamentos põe-se em evidência pela própria motivação do Ministério Público para a instauração do indigitado procedimento investigatório criminal:

[...] fontes humanas levaram ao conhecimento deste grupo de atuação especial que a oitiva realizada no dia 10/09/2020 foi clandestinamente gravada e enviada para acautelados no estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 [...] o áudio da oitiva do custodiado, transmitido para internos do estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 foi encaminhado por informante a este órgão de execução, confirmando-se a veracidade das informações.

Com sagacidade, o juízo singular, ao indeferir o pedido de busca e apreensão, ponderou a inexistência das elementares típicas da hipótese de incidência penal que embasou o pedido do Ministério Público:

De fato, não se tem notícia de qualquer interceptação telefônica legal e judicialmente autorizada nos autos, e mesmo que houvesse, a conduta

que se pretende incriminar tivera por objeto gravação que não decorreu de nenhuma interceptação telefônica regular. Ao contrário, trata-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e da ilustre representante do MP, inclusive se manifestando oralmente durante a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, podendo apenas a sua divulgação ser incriminada com base em outro tipo penal, tais como os arts. 153 e 325, do CP, os quais, aqui também não oferecem qualquer adequação típica à conduta.

Enfim, embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação inadvertida, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

Concluindo, tenho que a instauração do PIC n. 2020.00659710 pelo GAECOMPRJ, sem a menor plausibilidade da adequação típica alvitada no ato de instauração, configurou patente abuso de autoridade, violador das garantias constitucionais das pacientes à ampla defesa e ao devido processo legal.

Diante de todo o exposto, conheço em parte do *writ* e, nessa extensão, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancamento do procedimento investigatório criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando, de consequente, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada. Determino, ainda, a restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0126576-1

PROCESSO ELETRÔNICO HC 662.690 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00801791820208190000 02090921520208190001
2090921520208190001 801791820208190000**

EM MESA

JULGADO: 17/05/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO

ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS

PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Medidas Assecuratórias - Busca e Apreensão de Bens

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO (P/PACTES)

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, conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 1897180 / RIO DE JANEIRO
(2021/0145720-8)**

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE: VIAÇÃO FORTALEZA LTDA.

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO - DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA - DF018785

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: MÁRCIA LATGE MANNHEIMER E OUTRO(S) - RJ053520

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROVIDO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. LIMITES DA LIDE. DECISÃO MANTIDA.

1. A invocação do direito à indenização não está contida dentro dos limites objetivos da lide que, mesmo diante da alegação de direito superveniente, não pode ser ampliado a critério do julgador, ou seja, a aplicação do art. 462 do CPC só seria possível observados os limites do art. 128 do mesmo diploma legal. A recorrida não apresentou reconvenção à presente ação, não formulou pedido indenizatório, a parte contrária não teve oportunidade de contestá-lo. Assim, jamais poderia o E. Tribunal *a quo* determinar o pagamento pelo Estado do Rio de Janeiro de eventual indenização pela nulidade da concessão sem licitação sem a existência de pedido do autor expresso nesse sentido, sob pena de violação ao art. 460 do CPC.

2. O contrato firmado entre a Viação Fortaleza Ltda. e o DETRO/RJ constitui apenas um contrato de permissão DE CARÁTER PRECÁRIO, portanto sem qualquer licitação, submetendo-se, o permissionário, a todos os riscos inerentes de tal repugnante prática. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "é indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988." (REsp 886925/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21.11.2007). Dessa forma, conclui-se ser indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso.

3. Saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. Precedente: REsp 443.796/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 03.11.03.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/05/2022 a 16/05/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 16 de maio de 2022.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1897180 / RIO DE JANEIRO (2021/0145720-8)

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

AGRAVANTE: VIAÇÃO FORTALEZA LTDA.

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO - DF006717
SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615
RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA - DF018785
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: MÁRCIA LATGE MANNHEIMER E OUTRO(S) - RJ053520

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROVIDO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. LIMITES DA LIDE. DECISÃO MANTIDA.

1. A invocação do direito à indenização não está contida dentro dos limites objetivos da lide que, mesmo diante da alegação de direito superveniente, não pode ser ampliado a critério do julgador, ou seja, a aplicação do art. 462 do CPC só seria possível observados os limites do art. 128 do mesmo diploma legal. A recorrida não apresentou reconvenção à presente ação, não formulou pedido indenizatório, a parte contrária não teve oportunidade de contestá-lo. Assim, jamais poderia o E. Tribunal *a quo* determinar o pagamento pelo Estado do Rio de Janeiro de eventual indenização pela nulidade da concessão sem licitação sem a existência de pedido do autor expresso nesse sentido, sob pena de violação ao art. 460 do CPC.

2. O contrato firmado entre a Viação Fortaleza Ltda. e o DETRO/RJ constitui apenas um contrato de permissão DE CARÁTER PRECÁRIO, portanto sem qualquer licitação, submetendo-se, o permissionário, a todos os riscos inerentes de tal repugnante prática. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que “é indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988.” (REsp 886925/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21.11.2007). Dessa forma, conclui-se ser indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso.

3. Saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. Precedente: REsp 443.796/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 03.11.03.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

VIAÇÃO FORTALEZA LTDA. interpôs agravo interno contra decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, conforme a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. LIMITES DA LIDE.

1. A invocação do direito à indenização não está contida dentro dos limites objetivos da lide que, mesmo diante da alegação de direito superveniente, não pode ser ampliado a critério do julgador, ou seja, a aplicação do art. 462 do CPC só seria possível observados os limites do art. 128 do mesmo diploma legal. A recorrida não apresentou reconvenção à presente ação, não formulou pedido indenizatório, a parte contrária não teve oportunidade de contestá-lo. Assim, jamais poderia o E. Tribunal *a quo* determinar o pagamento pelo Estado do Rio de Janeiro de eventual indenização pela nulidade da concessão sem licitação sem a existência de pedido do autor expresso nesse sentido, sob pena de violação ao art. 460 do CPC.

2. O contrato firmado entre a Viação Fortaleza Ltda. e o DETRO/RJ constitui apenas um contrato de permissão DE CARÁTER PRECÁRIO, portanto sem qualquer licitação, submetendo-se, o permissionário, a todos os riscos inerentes de tal repugnante prática. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que “é indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988.” (REsp 886925/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21.11.2007). Dessa forma, conclui-se ser

indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso.

3. Saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. Precedente: REsp 443.796/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 03.11.03

4. Agravo conhecido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

A agravante insurge-se contra o provimento do recurso especial, aduzindo o cabimento da indenização pretendida. Assevera (e-STJ, fls. 2.450/2.462):

Ora, se o pleito do Ministério Público é a condenação do DETRO/RJ a realizar as licitações com observância da Lei Federal nº 8.987/1995, resta claro que eventuais modificações ou acréscimos introduzidos nesta norma, após a propositura da ação, devem ser aplicados ao caso dos autos, por caracterizar direito superveniente que, à obviedade, encontra-se dentro dos limites objetivos da lide, havendo total compatibilidade da ação civil pública com o pleito aviado na petição inicial e com o direito superveniente deferido.

Portanto, não há que se falar em violação ao artigo 460 do CPC/1973 pelo colendo Tribunal *a quo*, pois a norma que estabeleceu o direito superveniente a eventual indenização encontra-se contida nos pedidos formulados pelo Ministério Público.

(...)

No caso dos autos, o deferimento do direito superveniente a eventual indenização à ora agravante, em face dos investimentos ainda não amortizados, previsto nos parágrafos do artigo 42 da Lei Federal nº 8.987/1995, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.445/2007, observou integralmente os artigos 19 da Lei Federal nº 7.347/1985, 462 do CPC/1973 e a jurisprudência desse colendo Superior Tribunal de Justiça.

(...)

Outrossim, cumpre ressaltar que o artigo 42 e seus parágrafos da Lei Federal nº 8.987/1995, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.445/2007, não conferem ou asseguram qualquer direito de indenização aos concessionários e permissionários, cujos serviços

venham a ser interrompidos. O § 3º apenas e tão somente determina sejam feitos os levantamentos necessários à realização do cálculo de eventual indenização devida aos permissionários e concessionários, restrita "... aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas em ergentes da concessão".

Os parágrafos 4º a 6º do aludido artigo 42 versam sobre o pagamento da eventual indenização, se ela vir a ser devida.

Fácil, portanto, constatar que a parte dispositiva do r. Aresto da apelação não determinou ao Estado do Rio de Janeiro o pagamento de qualquer indenização à Viação Fortaleza Ltda., bem como que a aplicação dos parágrafos do artigo 42 da Lei nº 8.987/1995 ao caso dos autos não ensejará a obrigação de pagamento de qualquer indenização, pois apenas ordenou sejam feitos os levantamentos necessários para o cálculo de eventual indenização, cujo pagamento se dará no futuro, se for o caso.

(...)

Portanto, não há que se falar em obstáculo constitucional ou infraconstitucional ao direito da ora agravante à mencionada eventual indenização prevista nos parágrafos do artigo 42 da Lei Federal nº 8.987/1995, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.445/2007, seja porque as normas constitucionais que obrigam a licitar contidas nos artigos 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput* e § único, inciso I, da Carta Magna, não vedam o pagamento de indenização ao contratado não submetido a processo licitatório, seja porque o § único do artigo 59 da Lei Federal nº 8.666/1993 assegura o direito de indenização ao contratado da Administração mesmo na hipótese de ser declarado nulo o contrato firmado.

Em soma, é importante destacar que a manutenção das permissões da Viação Fortaleza Ltda., estabelecida por meio de contrato de adesão firmado com o DETRO/RJ, respalda-se na exceção contida dentro da regra geral que obriga a licitar, inscrita no artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal, que permite à lei ordinária dispensar em casos específicos a prévia licitação, tal como ocorreu no caso da ora agravante, cujo artigo 42, § 2º, da Lei Federal nº 8.987/1995, permitiu a continuidade da prestação de serviços públicos pelo período mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, deixando a critério da Administração a fixação do prazo máximo.

(...)

Em soma, especificamente quanto ao r. Acórdão do AgInt no REsp nº 1.441.169/RJ, da relatoria da Exma. Ministra Assusete Magalhães, cuja ementa foi transcrita na r. Decisão ora agravada, é importante ressaltar que tal r. Aresto simplesmente não decidiu sobre o tema da possibilidade ou não de aplicação do artigo 42, § 2º, da Lei Federal nº 8.987/1995, às permissões, para fins de indenização ao permissionário contratado sem prévio procedimento licitatório.

E mais, o referido r. Acórdão do AgInt no REsp nº 1.441.169/RJ contém ementas de outros r. Arestos do colendo Superior Tribunal de Justiça, mas todos eles simplesmente ignoraram a existência do artigo 40 da Lei Federal nº 8.987/1995, não se amoldando ao caso dos autos.

Por estas razões, a Viação Fortaleza Ltda. pede e espera seja reconsiderada a r. Decisão ora agravada para reconhecer que o artigo 42, § 2º, da Lei Federal nº 8.987/1995, aplica-se às permissões, por força do § único do artigo 40 da mesma Lei. E, nesse passo, deve ser julgado improcedente o recurso especial do DETRO/RJ quanto ao tema do direito superveniente a eventual indenização deferida pela Corte de origem à ora agravante.

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada ou apreciação do agravo interno pelo órgão colegiado.

Houve impugnação.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A insurgência não merece prosperar.

Ao decidir a controvérsia, o Tribunal de origem amparou-se na jurisprudência consolidada do STJ sobre o tema, tanto quanto à inexistência de pedido de indenização, dentro dos limites objetivos da lide, como quanto à inadmissibilidade da indenização pretendida uma vez inexistente prévio procedimento licitatório, em se tratando de permissão de serviços públicos. Nesse cenário, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECARIIDADE. PRORROGAÇÃO. ART. 42, § 2º, DA LEI N. 8.987/1995. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ consolidou o posicionamento de que a exigibilidade da licitação é proveniente da Constituição Federal, devendo a legislação infraconstitucional ser compatibilizada com os preceitos insculpidos nos arts. 37, XXI, e 175 da Carta República, não podendo admitir-se um longo lapso temporal, com respaldo no art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, uma vez que o comando constitucional deve ser plenamente cumprido.

2. Logo, não houve ofensa ao art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, pois a interpretação que foi conferida ao normativo é a mais consentânea com os princípios da administração pública e com o sistema de outorga introduzido pelo citado diploma legislativo.

3. Esta Corte tem asseverado que “não há que se falar em violação ao princípio da reserva de plenário, uma vez que o Tribunal *a quo*, ao julgar nulo o ato administrativo que renovou a concessão do serviço público sem licitação, o fez, principalmente, com fundamento nos artigos 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal e na Lei nº 8.987/95, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.445/07, mencionando, como mais um argumento, a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Estadual nº 2.831/97, que violava o princípio da obrigatoriedade da licitação” (AgRg no AREsp 481.094/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/5/2014).

4. Não merece reparos a decisão agravada a respeito do que ficou decidido quanto à alegação de violação do art. 535, II, do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada, resolvendo a respeito da alegação de cerceamento de defesa.

5. Sendo assim, não há que se falar em omissão, obscuridade, contradição ou erro material do aresto. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pela parte recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ela propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

6. No que pertine à alegação de violação dos arts. 130 e 330, I, do CPC/1973, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando constatada a existência de provas suficientes para o convencimento do magistrado. Nesse contexto, para rever a conclusão da Corte *a quo*, a fim de verificar se houve cerceamento de defesa na espécie, seria necessário analisar o

conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1358742/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. DELEGAÇÃO POR MEIO DE PERMISSÃO PRECÁRIA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO. ART. 42, § 2º, DA LEI N. 8.987/1995. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO.

1. A jurisprudência do STJ, em casos idênticos ao que aqui se analisa, consolidou-se no sentido de que o art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995 apenas tem aplicação na hipótese de concessão (regularmente precedida de procedimento licitatório) e, por isso mesmo, não pode servir como supedâneo ao pagamento de indenização nos casos em que a exploração do serviço de transporte público coletivo foi delegada por permissão precária. Precedentes: AgInt no REsp 1.368.403/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 30/11/2017; REsp 1.374.541/RJ, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; AgRg no REsp 1.358.744/RJ, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 15/12/2016 e REsp 1.422.656/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/3/2014 (dentre tantos outros).

2. Agravo interno da empresa não provido.

(AgInt no REsp 1818147/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2020, DJe 06/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECARIIDADE. ART. 42, §§ 2º e 3º, DA LEI N. 8.987/1995. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. PRÉVIA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NOVA LICITAÇÃO. REALIZAÇÃO IMEDIATA. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o DETRO/RJ e 108 empresas permissionárias de transporte coletivo intermunicipal de passageiros

por ônibus, em que postula a declaração de nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados sem prévia licitação.

2. Referida ação foi desmembrada em 108 ações idênticas e o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar vários recursos especiais oriundos dessas ações, tendo firmado entendimento sobre as diversas controvérsias suscitadas nesses recursos, no sentido adiante exposto.

3. Este Tribunal entende ser “indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso” (REsp 1.354.802/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013).

4. A jurisprudência desta Corte reconheceu que, ausente o procedimento de licitação, a administração não deve indenizar as empresas permissionárias, mormente quando se busca mera adequação de serviço público à legislação de regência e à Carta da República.

5. Por outro lado, o acórdão de origem não estabeleceu termo inicial para a realização de licitação. Com efeito, verifico que tanto a sentença quanto o acórdão combatido apenas fixaram prazo máximo (1 ano a partir do trânsito em julgado) para que a recorrente cumpra a obrigação, sem que houvesse determinação de que a licitação somente poderia ser promovida após certo prazo.

6. Ainda que assim não fosse, a jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que “a prorrogação do contrato de permissão por longo prazo, fundamentada na necessidade de se organizar o procedimento licitatório, não pode ser acolhida para justificar a prorrogação efetuada, visto que tratam de suposto direito econômico das empresas que não podem se sobrepor ao preceito constitucional que obriga a licitar e visa garantir e resguardar o interesse público da contratação precedida de licitação. [...] Declarada a nulidade da permissão outorgada sem licitação pública, não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação” (REsp 1.422.656/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/3/2014).

7. Portanto, não há óbice para que a licitação seja realizada a qualquer momento, independentemente do trânsito em julgado da ação, uma vez que foi afastada a necessidade de prévia indenização.

8. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1455672/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 02/09/2021)

Dessa forma, a decisão agravada se mantém por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.897.180 / RJ

Número Registro: 2021/0145720-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**Número de Origem: 0118998-17.2003.8.19.0001 01189981720038190001
1189981720038190001 202024501573**

Sessão Virtual de 10/05/2022 a 16/05/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVANTE: VIAÇÃO FORTALEZA LTDA.

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO - DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA - DF018785

AGRAVANTE: DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: MÁRCIA LATGE MANNHEIMER E OUTRO(S) - RJ053520

AGRAVADO: OS MESMOS

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – ANULAÇÃO**

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: VIAÇÃO FORTALEZA LTDA.

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO - DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA - DF018785

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: MÁRCIA LATGE MANNHEIMER E OUTRO(S) - RJ053520

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 10/05/2022 a 16/05/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 17 de maio de 2022



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





PGJ toma posse como Vice-Presidente do CNPG para a Região Sudeste

No dia 9 de junho, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, tomou posse como Vice-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG) para a Região Sudeste. A assinatura do termo se deu durante a 9ª Reunião Ordinária do CNPG, realizada na sede do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA), na cidade de Salvador.

Além de Luciano Mattos, tomaram posse como Vice-Presidentes regionais o Procurador-Geral de Justiça do MPPA, César Bechara (Norte), a Procuradora-Geral de Justiça do MPRN, Elaine Cardoso (Nordeste), o Procurador-Geral de Justiça do MPRS, Marcelo Dornelles (Sul), o Procurador-Geral de Justiça do MPGO, Aylton Vechi (Centro-Oeste), e o Procurador-Geral do Trabalho (MPT), José de Lima Pereira (União). O Procurador-Geral de Justiça do MPAM, Alberto Rodrigues Júnior, presidirá o Conselho Fiscal. Deverão ser definidas até a próxima reunião do Conselho as presidências dos grupos temáticos e das diferentes comissões do CNPG.

Este foi o primeiro encontro do colegiado sob a presidência de Norma Cavalcanti, empossada no dia 04/05 como presidente do CNPG para o período 2022/2023. Presidentes de entidades de classe, conselheiros e membros de diferentes unidades do Ministério Público desejaram sucesso e se colocaram à disposição para buscar unidade e enfrentar as lutas pelo fortalecimento do Ministério Público brasileiro.



Luciano Mattos recordou o período em que esteve ao lado de Norma Cavalcanti na Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), ressaltando a certeza de que o conselho está bem representado e aproveitando para agradecer a confiança dos Procuradores-Gerais de Justiça que o elegeram à Vice-Presidência.

Integrando a pauta do evento, houve debates sobre o modelo de implementação da interoperabilidade entre os sistemas dos Ministérios Públicos e do Poder Judiciário, discussões sobre a tramitação no Congresso de propostas de interesse dos integrantes do Sistema de Justiça e a regulamentação do trabalho híbrido. Como a reunião desta quinta-feira foi em continuidade à realizada no dia 4 de maio, a aprovação da ata dos dois encontros será feita na próxima reunião ordinária.

Participaram também do evento o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Vieira; o Presidente da Conamp, Manoel Victor Murrieta; os conselheiros do CNMP Antônio Edílio, Ângelo Fabiano da Costa, Paulo Passos e Rinaldo Lima; o Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, Ubiratan Cazetta; o Procurador de Justiça Achilles Siquara; a Ouvidora do MPBA, Elza de Souza; a Corregedora-Geral do MPBA, Cleonice Lima; a Procuradora da República Eunice Carvalhido, entre outros.



Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins toma posse como Corregedor-Geral do MPRJ

Eleito pelo Colégio de Procuradores, o Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins foi empossado, no dia 22/06, como Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) para o biênio 2022/2024. Com transmissão ao vivo pelo site do MPRJ, a cerimônia foi realizada por videoconferência e contou com a participação de servidores; Promotores e Procuradores de Justiça; Desembargadores; o Corregedor Nacional do MP, Oswaldo D'Albuquerque; Corregedores-Gerais de diversas unidades do Ministério Público; representantes de entidades; entre outras autoridades e amigos do empossado.

A sessão solene foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, e a Procuradora de Justiça Carla Araújo, secretária do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, procedeu à leitura do termo de posse. Em seu discurso de despedida, a Procuradora de Justiça Luciana Sapha, que desempenhava a função anteriormente, afirmou que o período de quatro anos que esteve à frente da corregedoria (2018-2022) se situa entre os mais gratificantes na sua trajetória de 31 anos como membro do MPRJ. Sapha destacou, entre outras iniciativas, a implementação da normativa de acordo de não persecução disciplinar. Também fez um rápido balanço quantitativo do período: foram celebrados 16 acordos de não persecução; feitas 900 correções ordinárias; 164 inspeções com avaliação qualitativa de membros; instaurados cerca de 40 PADs (processos administrativos disciplinares), entre outras realizações.



A saudação ao empossado foi realizada pela Procuradora de Justiça Maria Cristina Tellechea, decana do Órgão Especial. Tellechea destacou que a Corregedoria pode ajudar na busca pela unidade no Ministério Público sem significar a mitigação das garantias derivadas do devido processo legal – o Promotor Natural e a Independência Funcional. Dessa forma, pode incentivar boas práticas, difundir recomendações para o exercício da atividade-fim, além de recomendar a responsabilização funcional. Antes de encerrar, Tellechea lembrou que Ricardo Ribeiro Martins tem uma atuação reconhecidamente exemplar e agradeceu por sua “generosidade de ofertar ao Ministério Público todos os seus talentos.”

Agradecendo o apoio recebido da família, amigos e colegas do Ministério Público, o novo Corregedor-Geral ressaltou a contribuição importante que a Corregedoria pode dar para tornar efetivos os compromissos constitucionais do MP, criando práticas e modelos que possam somar para alcançar melhorias para a sociedade. “Transformação da realidade social soa utópico, ainda mais quando conhecemos a complexidade dos nossos problemas e suas raízes históricas, mas também sei que é o sonho que nos move. As utopias não podem nos desmobilizar; devem nos empurrar para a busca do sonho,” lembrou Ricardo.

“Certamente o que nos guiará não é o *animus puniendi* ou *persequendi*, muito menos a valorização meramente formal da atuação do membro, através de um superficial controle quantitativo e temporal de sua atuação. Nosso norte será a compreensão das reais necessidades e dificuldades do colega em seu órgão de execução,” afirmou o novo Corregedor-Geral, que prosseguiu: “E a vontade de orientar e de fortalecer, principalmente junto àqueles com atividade de predominância extrajudicial, a cultura da proatividade. Visando, sempre que possível, a resolução

consensual dos conflitos, de modo a obter a tão desejada resolutividade. Para isso, mostra-se fundamental que o colega seja estimulado a se libertar dos espaços limitados de seu gabinete.”

Por ocasião do encerramento da sessão, o Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, agradeceu o trabalho desempenhado por Luciana Sapha e parabenizou Ricardo Ribeiro Martins por sua eleição. O PGJ apontou que a Corregedoria é fundamental para somar esforços na implementação de iniciativas que tendem a aprimorar o trabalho do MP e reforçar o princípio da unidade, com orientações para uma atuação mais estratégica e estruturada. “Todos aqui conhecem e acompanham o trabalho do doutor Ricardo Martins e tenho certeza de que a instituição estará muito bem representada na Corregedoria-Geral,” afirmou Luciano Mattos.

Discurso de posse do novo Corregedor-Geral do MPRJ, Procurador de Justiça Ricardo Martins

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza, na pessoa de quem cumprimento os ilustres membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores e todas as autoridades e colegas presentes de modo virtual.

Em especial, o Dr. Oswaldo D’Albuquerque, Corregedor Nacional do Ministério Público; Dr. Claudio Wolff, Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais; Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, representando o Presidente do TJRJ; Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Corregedor-Geral do TJRJ, Dra. Kátia Varela, Corregedora-Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Dr. Claudio Henrique da Cruz Viana, Presidente da Amperj.

Exma. Senhora Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. Luciana Sapha Silveira, na pessoa de quem cumprimento todos os Corregedores presentes.

Aproveito o ensejo, Dra. Luciana, para parabenizá-la e a sua equipe pelo trabalho de excelência que vai marcar de modo indelével sua gestão e aumentar ainda mais a minha responsabilidade. Essa solenidade é também o coroamento de seu trabalho nesses 4 anos. Parabéns.

Não posso iniciar esse breve discurso sem agradecer a todos os responsáveis por esse momento:

Felizmente, não tenho como fugir do lugar comum. Sou um homem de muita sorte por poder compartilhar esse momento com minha mãe, que nos assiste, cheia de saúde e vitalidade nos seus 88 anos. Foi ela que me passou valores e me ensinou a pensar grande, dando-me a certeza de que eu não cabia nas estatísticas e que podia contrariá-las.

A minha esposa Cristina e meus enteados Breno e Stephanie, minha base, meu chão firme e razão de ser de tudo que eu faço.

Minhas tias e tios, primas e primos, em especial a Promotora de Justiça Roberta Rosa Ribeiro, minha afilhada, presente que a família Ribeiro me deu e que tanto me orgulha.

Meus amigos de UERJ, hoje magistrados, Paulo Roberto, Francisco Ricardo e Valéria Pachá, que ao longo da vida se transformaram em irmãos e compadres.

Agradeço, em especial, aos colegas que aceitaram me ajudar nessa empreitada. Viviane Tavares Henrique e Galdino Augusto Coelho Bordallo, Subcorregedores, e os Promotores de Justiça assistentes Andrea Rodrigues Amin, André Farah, Cláudio Cardoso da Conceição, Daniele Medina Maia, Emiliano Rodrigues Brunet, Leonidas Filippone Farrulla Junior, Mariana Luzia de Vasconcelos Zampier e a minha Analista Processual Flávia Vasco. Vocês certamente serão fundamentais nessa jornada.

Por fim, agradeço a todos os amigos que fiz no MP, os quais não tenho como enumerar sem alongar por horas esse discurso que, como recomenda o bom senso, deve ser curto. Por isso, a todos homenageio através de minhas madrinhas Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos e Paula Mello Chagas, eternas referências na minha carreira e na vida.

No dia 30 de outubro de 1986, no Palácio das Laranjeiras, dia da minha posse, não podia imaginar, nem no melhor de meus sonhos, tudo que o Ministério Público representaria na minha vida.

Aqui encontrei minha realização profissional e a oportunidade de, apenas fazendo a minha parte, colaborar para uma sociedade livre, justa e solidária, como preconiza, aliás, o art. 3º da CF. Não sei se consegui fazer como gostaria, mas posso garantir que dei o meu melhor.

Vi essa instituição passar pelo grande desafio trazido pelo novo perfil constitucional e pude participar das lutas institucionais pela democratização interna de nossas estruturas, tudo para permitir que os membros do *Parquet* pudessem fazer a sua parte de modo verdadeiramente independente e cumprir sua missão constitucional.

Fazer a sua parte.

É isso que a sociedade espera de cada um de nós, Promotores e Procuradores. Será que estamos realmente fazendo a nossa parte?

Certamente essa foi a pergunta que tirou o sono da Dra. Luciana e de todos os seus antecessores.

Estamos exercendo o protagonismo constitucional pelo qual tantos colegas lutaram em Brasília nos grandes debates que resultaram na Constituição Cidadã?

A Carta de Brasília, fruto de um acordo celebrado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União, em 2016, reconheceu que as Corregedorias *são garantias constitucionais fundamentais da sociedade e do indivíduo voltadas para a avaliação, a orientação e a fiscalização dos Órgãos Executivos, Administrativos e Auxiliares do Ministério Público brasileiro, de modo que é relevante que atuem de maneira qualificada para tornar efetivos os compromissos constitucionais do*

Ministério Público na defesa dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, criando práticas e modelos que possam contribuir para as tão desejadas transformações sociais.

Contribuir para tornar efetivos os compromissos constitucionais. Esse é, com certeza, o grande desafio que me aguarda e a minha equipe.

Certamente o que nos guiará não é o *animus puniendi* ou *persequendi* e muito menos a valorização meramente formal da atuação do membro, através de um superficial controle quantitativo e temporal de sua atuação.

Nosso norte será a compreensão das reais necessidades e dificuldades do colega em seu Órgão de Execução, a vontade de orientar e de fortalecer, principalmente junto àqueles com atividade de predominância extrajudicial, a cultura da proatividade, visando, sempre que possível, à resolução consensual dos conflitos, de modo a obter a tão desejada resolutividade.

Para isso, mostra-se fundamental que o colega seja estimulado a se libertar dos espaços limitados de seu gabinete.

É difícil. Não aprendemos na faculdade como fazê-lo. Afinal, somos bacharéis em Direito, íntimos das leis e doutrinas e, como partes ou *custos legis*, sempre fizemos um trabalho de excelência.

Mas a verdade é que nos abrimos para a sociedade, que sempre foi nossa parceira e, inclusive, nossa segurança contra os retrocessos, *vide* as PECs 37/13 e 5/21.

É essa sociedade que hoje demanda de nós uma atenção que devemos ter como a nossa mais importante missão, principalmente no plano da proteção e da efetivação dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, por meio de boas práticas que contribuam, como já dito antes, para a transformação da realidade social.

Sei bem que a expressão “transformação da realidade social” soa utópica, ainda mais quando conhecemos a complexidade dos nossos problemas e suas raízes históricas. Mas também sei que é o sonho que nos move.

As utopias não podem nos desmobilizar. Ao revés, devem nos empurrar em busca do sonho. Um dia, lá no século 17, em nosso país, um ser escravizado achava sua liberdade utópica, o homem na lua era coisa de revista de ficção científica e, até pouco tempo atrás, a igualdade entre homens e mulheres, o divórcio e o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram tidos como aberrantes e o racismo nem mesmo era uma pauta a ser considerada.

É a utopia que transforma o mundo.

Nesses meus quase 36 anos de instituição, testemunhei muitas iniciativas sonhadoras e transformadoras de vidas, colegas que, fazendo a sua parte e sem medo de sonhar, mudaram destinos.

Nosso Ministério Público, pelos seus aguerridos membros, muito já fez pela sociedade fluminense, mas as demandas não param e sempre podemos mais.

Não vou discorrer aqui sobre o que cada Procurador e Promotor pode fazer no seu Órgão de Execução, não é a ocasião.

Vou falar apenas de um sonho simples e plenamente alcançável: o de que cada um faça a sua parte.

Vamos transformar a sociedade fluminense? Não sei, mas quero ter a certeza de que tentamos e é isso que a sociedade espera de nós.

Muito obrigado e que Deus me ajude nessa jornada.

Discurso despedida da ex-Corregedora-Geral, Procuradora de Justiça Luciana Sapha

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza, na pessoa de quem saúdo os demais Procuradores-Gerais de Justiça presentes;

Excelentíssimo Senhor Corregedor Nacional do Ministério Público, Dr. Osvaldo d'Albuquerque, na pessoa de quem saúdo os demais Conselheiros presentes;

Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, Dr. Claudio Wolff Harger, na pessoa de quem saúdo os Corregedores-Gerais presentes;

Excelentíssima Senhora Dra. Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, ilustre decana do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em cuja pessoa cumprimento os integrantes do Egrégio Órgão Especial, membros da instituição, magistrados e as demais autoridades do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo;

Exmo. Sr. Corregedor-Geral eleito, Dr. Ricardo Ribeiro Martins;

Assessores, servidores, amigos do Ministério Público, minhas senhoras e meus senhores,

Nossa Instituição se encontra, mais uma vez, num rito de passagem, como determina a Constituição Federal, ao estabelecer a alternância no poder, em mandatos temporários.

Ser Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi um privilégio. Este período de 04 (quatro) anos se situa entre os mais gratificantes de minha trajetória de 31 anos como membro do Ministério Público Fluminense.

Como tenho dito, a causa do Ministério Público é a causa da Corregedoria-Geral, órgão encarregado da vigilância e orientação de Promotores e Procuradores de Justiça e, para tanto, deve manter uma estrutura eficiente para fazer frente à atribuição que lhe incumbe, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, quando necessário, exercer o poder disciplinar.

Na minha gestão, procurei seguir preponderantemente uma política de prevenção e orientação, através de sistemas de controle interno, de avaliações de membros, órgãos e funções e de consensualidade.

Com esse objetivo que foi disciplinado o Acordo de Não Persecução Disciplinar, através da Portaria CGMP nº 91/2020, possibilitando resposta mais célere para desvios de condutas de baixa lesividade, garantindo maior eficiência e desburocratização, grande resolutividade dos conflitos e a realização de eficiente gestão orçamentária, a qual abrange o custo operacional de comissões processantes para condução dos procedimentos disciplinares, no âmbito do Ministério Público.

Desde sua implementação, em julho de 2019, em iniciativa pioneira, foram celebrados 16 acordos de não persecução disciplinar, 12 dos quais já foram cumpridos e arquivados.

Foram realizadas cerca de 900 (novecentas) correições ordinárias e 174 inspeções em Procuradorias de Justiça, com a avaliação qualitativa da atuação do membro, havendo ainda 56 em curso e 165 agendadas para o segundo semestre.

A irrupção da pandemia da Covid-19 no início do ano de 2020 trouxe grandes desafios, mas, com a ajuda de avanços tecnológicos e forte empenho pessoal de todos, membros e servidores, a Corregedoria-Geral conseguiu fazer as adequações necessárias nos calendários e dar continuidade às atividades disciplinar e correccional, no esforço simultâneo de olhar para o membro e cuidar da prestação da tutela do interesse público, na busca da preservação dos interesses institucionais.

Atualmente, o avanço da vacinação e a diminuição do contágio da Covid-19 permitem o retorno gradual às atividades presenciais, sendo certo que a possibilidade do trabalho híbrido não vai invalidar a premência de o membro do Ministério Público residir na comarca de lotação nem o seu comparecimento ao órgão institucional, mantendo, assim, o essencial acesso direto ao público.

Oportuno mencionar, ainda, a edição do Regimento Interno, através da Portaria CGMP nº 160/2022, mediante a compilação das normas que regem a atividade da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a fim de dar ampla publicidade aos membros da Instituição e demais interessados.

Tive a grata oportunidade de presidir o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, onde travei fecundo diálogo com representantes dos diversos ramos e unidades do Ministério Público Brasileiro.

Invocando Cora Coralina, posso dizer que *“Ajuntei todas as pedras que vieram sobre mim. Levantei uma escada muito alta e no alto subi.”* Minha trajetória se deu *“quebrando pedras e plantando flores.”*

Mantive a fé no Ministério Público.

Confiante, deixo a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que segue altaneira, sob as mãos hábeis do novo Corregedor-Geral, Dr. Ricardo Ribeiro Martins.

Receba Vossa Excelência os melhores votos de pleno sucesso e de amplas realizações em suas novas atribuições.

Às Subcorregedoras: Dra. Rita de Cassia Araujo, Dra. Viviane Tavares e Dra. Ana Cintia Lazary;

Aos Promotores Assessores: Dras. Helena Silveira Souza, Clisanger Gonçalves, Tati Costa Torres, Dina Maria Furtado, Dani Medina Maia, João Alfredo Gentil e André Farah Alves; também às excelentes colaboradoras, Dras. Maria Dionísia Almeida Gonçalves e Simone Ferrola;

Ao dedicado corpo de servidores da Corregedoria-Geral, representados aqui pela diretora Dani Scholreck e pelas nossas competentes gerentes Michele, Simone e Geruza;

Bem assim aos órgãos da Administração Superior, valendo um destaque os amigos Marfan Martins Vieira, Virgílio Stravidis e Eduardo Gussem, fica o meu agradecimento.

O agradecimento no nível mais profundo segundo o Tratado de Gratidão de São Tomás de Aquino – quando é criada uma verdadeira obrigação perante o outro.

É nesse sentido que eu quero dizer o meu MUITO OBRIGADA!

Discurso de Dra. Maria Tellechea por ocasião da Cerimônia de Posse do novo Corregedor-Geral

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes;

Exma. Sra. Dra. Luciana Sapha Silveira, Procuradora de Justiça, que deixa a Corregedoria-Geral;

Exmo. Sr. Dr. Ricardo Ribeiro Martins, Procurador de Justiça, Corregedor -Geral eleito para o biênio 2022/2024 e hoje empossado;

Membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça;

Colegas Procuradores e Promotores de Justiça;

Servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro;

Senhoras e Senhores,

Esta sessão solene marca a posse do Excelentíssimo Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, eleito para o biênio 2022-2024, Dr. Ricardo Ribeiro Martins.

Reitero, inicialmente, minhas homenagens à Dra. Luciana Sapha Silveira e sua equipe, que hoje encerram dois vitoriosos mandatos de trabalho árduo e profícuo, deixando na Instituição as marcas de equilíbrio e correção, com reconhecida liderança local e nacional.

Relevante e indispensável a missão reservada à Corregedoria-Geral, no impostergável papel de orientar e de fiscalizar, de conhecer e incentivar as boas práticas, de difundir recomendações aplicáveis ao exercício da atividade-fim, mas também de recomendar a responsabilização funcional nas hipóteses em que esta se justificar.

Responsável pela formação dos novos Promotores de Justiça, a Corregedoria-Geral supervisiona também tecnicamente os mais experientes, para que a unidade institucional ganhe concretude e se materialize a partir da eficiência e da eficácia de nossa atuação.

Unidade institucional esta que há de ter seu conteúdo permanentemente atualizado para indicar que o Ministério Público é instituição una, que se vincula às teses defendidas por todos os seus Membros, em cada fase de atuação, porém sem significar a mitigação das garantias derivadas do devido processo legal – o Promotor Natural e a Independência Funcional.

Todo período histórico tem seus legados, recebendo-os de gerações passadas e deixando outros para o futuro.

Vivemos uma época de relativização incomum dos valores éticos e de fluidez exagerada nas relações interpessoais.

Urge o realinhamento das condições políticas, sociais, empresariais e escolares capazes de levar adiante o chamado individualismo responsável, marcado por interesses legítimos que admitem o embate e a divergência, mas priorizam o diálogo e o compromisso final da convergência.

Este seguramente é o grande desafio atual. E dele somos todos protagonistas.

Não há lugar para a acomodação nem para o distanciamento.

Nosso ofício é por demais estimulante para ceder espaço à desesperança ou à apatia.

Da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, hoje entregue à administração de Ricardo Ribeiro Martins, podemos esperar o exercício responsável do poder, poder que por vezes reprime, pune, mas que também acalenta, protege e incentiva.

Pessoa de extrema retidão e competência, ingressou no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 1986 e, ao longo desses 34 anos, exerceu relevantes funções em nossa Instituição, entre elas a de Coordenador das Centrais de Inquérito, Subcorregedor-Geral, Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais, ocupando, em mais de uma oportunidade, o cargo de Procurador-Geral de Justiça na qualidade de decano eleito do Egrégio Conselho Superior, contribuindo efetivamente para o seu engrandecimento.

Democrático, determinado, reconhecidamente exemplar no ofício ministerial, a todos ouvindo, a todos respeitando, Ricardo Ribeiro Martins sempre se destacou

no contexto da promoção dos direitos sociais, participando de modo eficaz, efetivo e permanente na preservação da ordem jurídica que lhe incumbe defender.

Quem escolhe ser Corregedor-Geral renuncia ao esconderijo e opta por ir ao encontro dos problemas para conhecê-los, administrá-los, superá-los e evitá-los.

É tempo de não nos entregarmos à tentação da comodidade.

É tempo de agir.

É tempo de sonhar, de construir, de transformar.

É de Shakespeare a fala de que *"há quem diga que todas as noites são de sonhos."*

Mas há também quem garanta que nem todas, só as de verão. No fundo, isto não tem a menor importância. O que interessa mesmo não é a noite em si, são os sonhos. Sonhos que o homem sonha sempre em todos os lugares, em todas as épocas do ano, dormindo ou acordado.

Pedindo desculpas pela quebra de protocolo, parabéns, amigo Ricardo, pela coragem de realizar seus sonhos e obrigada pela generosidade de ofertar ao Ministério Público todos os seus talentos.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÕES DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVIZADO

29, 36;

ADMINISTRAÇÃO

26, 39-47, 49-55, 57, 60, 62-68, 75, 93, 97,
99, 148-151, 156, 162, 164-167, 174, 207,
222, 262, 292, 296, 301-303, 392, 500,
522, 524, 612, 614, 616;

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

26, 39-47, 50-51, 53-55, 60, 62-68, 93, 97,
99, 392, 500, 524;

APLICAÇÃO RETROATIVA

19, 24, 28;

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

71, 74-80, 84;

ASSOCIAÇÃO

26, 39, 164, 174, 193, 199, 261, 326, 338-
339, 343, 345, 366, 369, 378, 381, 388,
395, 401, 407, 419, 470, 487, 519, 525,
527, 531, 562, 575-579, 583;

ATO INFRAACIONAL

87-88, 90-94, 97, 101-102, 104-106, 108-
109, 111-114, 116, 119-120, 126-129;

ATO PROCESSUAL

207, 215-216, 227-228;

AUDIÊNCIA VIRTUAL

215;

AUMENTO POPULACIONAL

133-134, 136, 138;

AUTOCOMPOSIÇÃO

62, 96, 109, 116, 121, 123, 128, 171-185,
187, 189-201;

AUTOCOMPOSIÇÃO COLETIVA

171, 173, 175, 179-181, 189, 192, 194,
196-201;

BOAS PRÁTICAS

39-42, 45, 53-57, 59-68, 159;

CARTAS PRECATÓRIAS

207, 216, 218-219, 227-228;

CASA GRANDE

30;

CAUSAS

26, 28, 62, 76, 100, 123, 133, 136, 143,
179, 197, 216, 269-270, 275, 438, 459,
467, 534, 580;

CLASS ACTION

179, 261;

COMARCA

89, 121, 128, 174, 216-218, 220, 223, 295,
577, 596;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

39-41, 44-47, 49-52, 55-56, 58-62, 65-
68, 96, 123, 164, 177, 187, 191, 201, 207-
208, 210-212, 220-221, 226, 291, 340-
341;

CONSTITUIÇÃO

19-25, 27-28, 32-35, 37, 43, 45-47, 49, 51-
52, 61-62, 71-80, 82-83, 89-90, 92-93,
96, 106, 110-111, 113, 124-126, 148-149,
152-153, 156, 160, 164, 166-167, 185,
187, 224, 234-236, 238, 243-244, 249,
252, 262, 264, 273, 290-291, 295, 299-
304, 329-330, 332, 335-338, 341, 343,
353, 372-374, 377-378, 382, 384-385,
389-392, 395-397, 400-401, 403-404,
409, 413-414, 416-418, 425-426, 429,
432, 435, 437, 440-441, 443, 447-448,
452, 454, 456-464, 467, 469-470, 477-
480, 483-484, 503, 505, 508, 514, 521,
523, 525-526, 534, 536, 538, 540, 543,
545, 550-552, 554-563, 572, 593, 608-
610, 612, 614;

CONVICÇÕES POLÍTICAS

263;

CORRUPÇÃO

19-21, 24, 26-28, 48, 149, 152, 166, 263,
322, 324, 434, 599;

CUMPRIMENTO DIGITAL

207, 216, 227-228;

DANO COLETIVO

234;

DANO COLETIVO AMBIENTAL 233, 234-237, 239, 246, 255;	336, 338, 349, 351-352, 355, 358-359, 361, 363-364, 367, 369-370, 372-386, 388-393, 400, 408, 411, 417-418, 420- 421, 424, 428, 433-434, 436-441, 444, 446-448, 452-459, 462-463, 465-467, 473-474, 477-478, 481, 484, 486, 488- 489, 491-496, 498-499, 503-512, 516- 523, 526-527, 529-531, 537-538, 540, 543, 545-548, 551-553, 582, 595;
DANO EXTRAPATRIMONIAL 233-243, 245-249, 251-252, 254-255;	
DECLARAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA 71, 80;	
DEGRADAÇÃO AMBIENTAL 133-134, 137, 239, 246;	DISRUPÇÕES TECNOLÓGICAS 208;
DEMANDA 36, 48, 54, 68, 126, 140, 178, 187, 195, 225, 252, 261, 297, 299, 304, 321, 356, 398, 410, 483, 493, 519, 536;	DOLO ESPECÍFICO 147, 151-155, 163, 166-167;
DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA ACORDADA 87, 116, 118;	ELEMENTO SUBJETIVO 147, 149-152, 154, 156-157, 162;
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DO TRABALHO 29, 34;	ESTABILIDADE AMBIENTAL 133, 144;
DIGNIDADE HUMANA 34, 234, 369, 390, 405, 418, 432, 472, 478, 484, 508, 521, 545;	ESTADO DE EMERGÊNCIA 71, 73-80, 82-86;
DIREITO ADMINISTRATIVO 19-20, 22-23, 25, 42, 75, 154, 157-158, 161, 439, 565, 568, 570-571;	ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 88, 90-91, 97, 102, 105, 108, 111-115, 119- 121, 124, 129;
DIREITO AMBIENTAL 234, 479;	ÉTICA 46, 58, 160, 269, 281-282, 362, 412, 479, 551, 590, 592, 604;
DIREITO INTERNACIONAL 57, 76, 269-270, 388, 414;	EXCLUSÃO 88, 96-97, 102, 104, 111-112, 114, 120, 124, 135, 147, 158-159, 182, 352, 368, 370, 372, 377, 387, 492-493, 496, 509, 513-514;
DIREITO PENAL 19-20, 22-26, 28, 87-88, 90, 93-96, 98- 99, 124-126, 151-152, 154-155, 160, 173, 240, 351, 542, 589, 591;	EXECUÇÃO 45, 49, 51, 54, 58, 60, 71, 82-83, 91, 96, 101, 112, 116, 121, 126, 128, 156, 175, 177, 183, 187-188, 200-201, 287, 292, 299, 324, 370, 502, 541, 603, 615;
DIREITO PENAL JUVENIL 87-88, 90, 93-95, 124, 126;	FONTES DO DIREITO PROCESSUAL 39, 57, 60;
DIREITOS 20-21, 24-25, 27, 29, 32-33, 35, 37, 42, 44-45, 52, 57-58, 63-64, 71-76, 78-83, 86, 88, 90-96, 106, 108, 111, 124, 127- 129, 141-142, 148, 150, 158-159, 172, 174, 176-181, 183-185, 187-188, 192-197, 199, 213, 226, 233-251, 254-255, 269-271, 273-274, 282, 300-301, 304, 328, 333-	GARANTIAS 22-23, 28, 32, 44, 52, 61, 63-64, 66, 71- 73, 76, 78-79, 86, 90, 92-97, 101-102, 104, 106-108, 111, 114-115, 120, 124, 127, 175, 185, 300-301, 304, 389, 417, 420, 456, 463, 501-502, 522, 540, 595, 604;

GUERRA

77-78, 140, 263, 269-272, 341, 468, 488;

IDEOLOGIA PARTICIPATIVA

261-262;

IMPROBIDADE

19-28, 48, 147-164, 166-167, 173, 264, 424-425, 567;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19-24, 26-28, 48, 147-152, 154-158, 161-162, 164, 166-167, 173, 264, 567;

IMPROPRIEDADE DA CULPA

147, 155;

IMORALIDADE ADMINISTRATIVA

162;

INDULTO PRESIDENCIAL

263;

INEFICÁCIA LEGAL

147;

INOVAÇÃO

26, 39-40, 47, 49-54, 56, 61-63, 66, 68, 97, 150, 157, 208, 210-211, 227, 339, 357, 378, 517;

IRRETROATIVIDADE

19, 24, 509;

INSTITUCIONALIZAÇÃO

39, 55-56, 59, 62-68;

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

234, 254, 297;

INTERESSES METAINDIVIDUAIS

261-262;

JUÍZO 100% DIGITAL

47, 61, 64, 67, 207, 212-216, 223-225, 227-228;

LABORATÓRIOS DE INOVAÇÃO

39, 47, 49, 51-53, 63, 66;

LEGITIMIDADE CONCORRENTE

261-262;

LEGITIMIDADE DISJUNTIVA

262;

LEI ÁUREA

30;

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19-20, 22, 24, 147, 150-151, 154, 157-158, 166-167, 173;

LIBERDADES

23, 71-73, 76, 78, 86, 270-271, 358, 375, 383, 389, 428, 433-434, 438, 448, 451, 454-465, 467, 498, 525-526, 544-545, 552-553;

MANDAMUS

207, 220-223, 291, 323;

MANIFESTAÇÃO POLÍTICA

264;

MAQUIAVEL

269, 274;

MARKETPLACE

221, 227, 426;

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

87-90, 94-95, 101-102, 105-110, 112-121, 124-126, 129;

MUDANÇAS LEGISLATIVAS

171, 174, 176;

NATUREZA TRANSACIONAL

88, 109-110, 113-115, 127;

NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19, 24, 147, 158, 173;

NÚCLEOS DE JUSTIÇA 4.0

44, 47, 61, 207, 223, 225;

PANDEMIA

42, 58-59, 71, 80, 84, 89, 210-212, 218, 269, 281-282, 410, 456, 541;

PL N° 1641/21

171, 189;

PLATAFORMA DIGITAL

207, 220, 222, 384;

POBREZA

29-30, 32, 137, 139;

PODER JUDICIÁRIO

39, 41-42, 44, 46-50, 52-56, 62-63, 65, 68, 89, 100, 109, 121, 126, 158, 166, 172, 195-196, 207-208, 210-215, 219-228, 255, 288, 290, 296, 304, 321, 340, 391, 398, 404, 427, 429, 439, 460, 463, 465, 467, 473, 484;

PODER TÉCNICO

264;

PODERES POLÍTICOS

263;

POLÍTICAS PÚBLICAS

21, 30-31, 34, 51-52, 63, 140, 158, 175, 200-201, 208, 456;

PREJUÍZO AO ERÁRIO

147-150, 153, 155-159;

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

71, 74, 76-78, 80, 82-83, 149;

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

29-30, 33-35, 37, 245, 438, 447, 458, 524, 542;

PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

88, 96-97, 109, 111, 121, 124-126;

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

155;

PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

154;

PROCESSO COLETIVO

171-173, 177-185, 189-191, 194, 196-199, 201, 237, 299;

PROCESSO ELETRÔNICO PRIORITÁRIO

221;

QUANTUM DEBEATUR

233-234, 251-255, 413;

REGIME DA SUSPENSÃO

71, 76;

REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL

87-89, 96, 102, 104, 109-110, 113, 120, 124-126;

REMISSÃO QUALIFICADA

87-88, 102-103, 106, 108-109, 111, 113, 115-116, 118, 120-121, 123, 125-126;

RESOLUÇÃO 395/2020 DO CNJ

39, 49, 53, 68;

RESPONSABILIDADE CIVIL

80, 160, 233-235, 236-238, 245, 252-253, 255, 334, 349, 402, 404, 438, 446, 459, 460, 486, 502, 509;

REVOLUÇÃO DIGITAL

208, 223;

REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

133-134, 315, 380;

ROMPIMENTO

55, 133;

SABEDORIA

269, 274;

SANÇÕES

19-20, 22-23, 25-28, 30, 57, 148, 154-156, 160, 166, 175, 245, 362, 466, 499;

SEÇÃO JUDICIÁRIA

223;

SEGURANÇA JURÍDICA

44, 50, 59, 63-34, 79, 147, 150, 157, 160-161, 163, 192, 195, 197;

SOBERANIA POPULAR

269, 273;

SOBREPOPULAÇÃO

144;

SOFT LAW

39-41, 57-59, 66, 68;

SPINOZA

269, 275;

SUPERPOPULAÇÃO

141, 144;

SUPREMA CORTE

263, 321, 325, 342, 346, 353-354, 376, 381, 403, 421, 424, 455, 457, 461, 472, 484, 488, 495, 536, 544;

SUSPENSÃO DE DIREITOS

20, 71-72, 75-76, 78, 83, 148;

TIPO CULPOSO

147, 150, 159;

TIPOS

147, 150-152, 154, 157, 163-164, 167, 225,
374, 405, 408, 448;

TEORIA

23-25, 31, 39, 46, 57-58, 60, 67-68, 72,
74, 89, 140, 154-155, 161, 171-172, 175-
177, 181-182, 184, 189, 192, 195, 199,
201, 238-239, 241, 255, 275, 404, 411,
508, 512, 515-516, 546, 551;

TRABALHO ESCRAVIZADO

29-30, 33-37;

TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA

207, 213, 220, 227;

TUTELA COLETIVA

173-174, 176-187, 189-193, 199-201, 237,
261-262, 285, 293, 295;

VIDEOCONFERÊNCIA

89, 211-212, 214-215, 218-220, 224, 330,
346, 395, 470, 471, 562-563, 591, 605;

VILÃO AMBIENTAL

133, 136;

VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

147, 150-152, 156, 160-164, 166;

WHATSAPP

209, 215.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Aginaldo Alves

Controle Administrativo

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Rodrigo Silva França

Estagiário

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha

Revisão

Karoline Lima

Charles Luiz

Vitória Barboza

Estagiários

Davi Kaptzki

Projeto Gráfico

Jonas Cruz

Design Gráfico

Foto da capa

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista@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