

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 41

Nº 1 - Nov.2024/Abr.2025



José Soriano de Souza Filho
Ministro do STF


EMARF



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 41
Nov.24/Abr.25

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2024 - volume 41, n. 1
(nov.24/abr.25)

Semestral

Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF
(2023-2025)

Diretor-Geral

Desembargador Federal Reis Friede

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretora de Estágios

Desembargadora Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda

EQUIPE DA EMARF

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Aline Mayor Cardoso da Silva

Anderson Braga de Oliveira

Andrea de Moura Garcia

Bruno Benedetti Nicolau

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Roque Bonfante de Almeida

Sergio Mendes Ferreira

Sílvia Regina Assenheimer

Conselho Editorial

Membros Natos (2023-2025)

Diretor-Geral da EMARF

- **Reis Friede**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Diretor de Publicações da EMARF

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Membros Convidados

- **André Ricardo Cruz Fontes**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
 - **Marcelo Pereira da Silva**
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Vice-Presidente

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Corregedora Regional

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MENDES DE FARIA MELLO

Membros

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO

Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

Desembargador Federal ALFREDO HILARIO DE SOUZA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
OS ESFORÇOS HEMISFÉRICOS DA OEA E A JURISPRUDÊNCIA PARA O ESTADO BRASILEIRO	13
Albertina Maria Anastácio	
ANÁLISE DE CASES QUE DEFENDEMOS EM PAD'S NO CNJ – VISÃO DO ADVOGADO A RESPEITO DA DOSIMETRIA DA PENA	55
Alexandre Pontieri	
A JURISDIÇÃO E SUAS RELAÇÕES COM O PODER LEGISLATIVO.....	65
André R. C. Fontes	
A VALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	75
Carlos Henrique Batista da Costa	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	101
Mauro Bolcato Dibe Rodrigues	
REGULAÇÃO AEROPORTUÁRIA NO RIO DE JANEIRO: O CASO SANTOS DUMONT X ANTÔNIO CARLOS JOBIM/GALEÃO A RESTRIÇÃO ARTIFICIAL DE DEMANDA, SUAS ILEGALIDADES, SEUS IMPACTOS E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO EFICIENTE	121
Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr.	
ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO MARKETING DE EMBOSCADA NO BRASIL....	149
Pedro Bulcão da S. Amaral	
A EXEGESE CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES	175
Reis Friede	

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF lança o Volume 41, trazendo mais questões relevantes para o debate jurídico, tão importante ao aprimoramento da magistratura.

Os artigos deste volume versam sobre valiosos temas do Direito, trazendo reflexões sobre as relações entre o Poder Judiciário e o Legislativo; sobre os esforços da OEA em Direitos Humanos e a jurisprudência para o Estado brasileiro; quanto à validade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal; sobre a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência brasileira a respeito do fenômeno jurídico do marketing de emboscada; quanto à exegese Constitucional e seus Princípios Norteadores, apontando para a complexidade e amplitude da interpretação constitucional em relação à lei comum; entre outros temas.

As contribuições deste volume mantém a dedicação ao debate jurídico plural e ao aprimoramento da prestação jurisdicional, como de costume.

Registro mais uma vez os agradecimentos aos autores por fornecerem aos nossos leitores trabalhos de tão alto nível e qualidade.

Reis Friede

Desembargador Federal
Diretor-Geral da EMARF

OS ESFORÇOS HEMISFÉRICOS DA OEA E A JURISPRUDÊNCIA PARA O ESTADO BRASILEIRO

Albertina Maria Anastácio¹

Resumo: A Organização dos Estados Americanos (OEA), através do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) tem buscado encontrar soluções às controvérsias sobre as violações dos direitos humanos, mormente quanto às garantias judiciais e à proteção judicial, por parte de seus Estados-Membros. O Estado brasileiro já sofreu algumas condenações relevantes, que extraídas da realidade interna, alcançaram relevância internacional através da voz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O presente artigo tem como objeto, a jurisprudência da Corte para alguns casos brasileiros, em que o Brasil sofreu essas condenações. A pesquisa tem como objetivo, a partir da jurisprudência da Corte IDH, para os casos brasileiros, refletir via processos lógico-argumentativos, retirando da interpretação da Corte, as suas consequências para a promoção dos direitos humanos no Brasil. Os métodos de abordagem e de procedimentos adotados são o exploratório e o qualitativo, por meio de estudos de casos. Após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial comparada, conclui-se que a Corte Idh tem contribuído para a evolução das normas jurídicas internas do Estado brasileiro, no âmbito dos direitos humanos, a partir da jurisprudência interamericana.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) – Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – Hermenêutica dos Direitos Humanos do Hemisfério Sul – Estudo de Casos Brasileiros Jurisprudenciais.

¹ Doutoranda e Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Assistente de Desembargador Federal do TRF da 2ª. Região.

THE HEMISPHERIC EFFORTS OF THE OAS AND THE JURISPRUDENCE FOR THE BRAZILIAN STATE

Abstract: The Organization of American States (OAS), through the Inter-American System for the Protection of Human Rights (IAHRS), has sought to find solutions to controversies over human rights violations, especially regarding judicial guarantees and judicial protection, by its Member States. The Brazilian State has already suffered some relevant condemnations, which, extracted from the domestic reality, have achieved international relevance through the voice of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). This article has as its object the Court's jurisprudence for some Brazilian cases, in which Brazil suffered these condemnations. The research aims, based on the IACHR's jurisprudence, for Brazilian cases, to reflect through logical-argumentative processes, drawing from the Court's interpretation, its consequences for the promotion of human rights in Brazil. The methods of approach and procedures adopted are exploratory and qualitative, through case studies. After bibliographical and comparative jurisprudential research, it is concluded that the Inter-American Court has contributed to the evolution of the internal legal norms of the Brazilian State, in the area of human rights, based on inter-American jurisprudence.

Keywords: Inter-American Human Rights System (IAHRS) – American Convention on Human Rights (ACHR)– Inter-American Court of Human Rights (IACHR) – Hermeneutics of Human Rights in the Southern Hemisphere - Study of Brazilian Jurisprudential Cases.

“Negar os direitos humanos das pessoas é questionar a própria humanidade delas” (Nélson Mandela)

INTRODUÇÃO

Ab initio, é mister ressaltar o dever dos Estados em garantir o funcionamento do sistema de justiça em casos de violações de direitos humanos, sobretudo no que se refere aos crimes praticados contra a humanidade, devendo relevar a obrigação desses Estados em prestar contas à sociedade sobre essas condutas, transcendendo assim, o território do Estado, palco das violações denunciadas.

Nos tempos hodiernos, a territorialidade penal deixa de se consubstanciar em um princípio absoluto de direito, para abrir espaço, em favor da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) exercer a sua jurisdição. Trata-se,

assim, de um sistema de cooperação internacional, mesmo porque os crimes contra a humanidade, tais como os genocídios, os crimes de guerra, escravidão, tortura são exemplos de jurisdição universal, com natureza complementar a outras jurisdições. O Brasil já se manifestou favoravelmente à jurisdição universal, perante a Assembleia Geral das Nações Unidas.

Ao analisar a jurisprudência da Corte IDH para os casos brasileiros, denota-se os seus esforços hemisféricos em desenvolver um regime de reparações, diferenciado, de forma inovativa, à medida que se distancia do formato clássico no tocante às medidas compensatórias, como reparação às violações de direitos humanos.

Na esteira desse pensamento, deve ser relevado, como exemplo, a determinação, como medida reparadora, para se realizar modificações legislativas no direito interno, do Estado condenado, por responsabilidade das violações apuradas: uma verdadeira reforma legislativa estrutural dos países; o que leva à reflexão sobre a eficácia multidimensional das decisões da Corte Interamericana, mas esse tema não é objeto deste ensaio.

1. A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A integração regional das Américas não é um fenômeno geopolítico novo, na linha do tempo. No início do século XIX, Simão Bolívar buscou criar uma associação de Estados Internacionais do hemisfério, por ocasião do Congresso do Panamá, no ano de 1826. Mais tarde, em 1890, foi criada a União Internacional das Repúblicas Americanas e o Escritório Comercial das Repúblicas Americanas, por ocasião da Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, em 1890, em Washington, Estados Unidos da América (EUA). Em 1910, o Escritório Comercial foi transformado na União Pan-Americana, precursora da OEA.

Originalmente, 21 (vinte e um) países participantes da IX Conferência Internacional Americana assinaram em 30 de abril de 1948, a Carta da OEA. Hoje, todos os 35 (trinta e cinco) Estados Membros das 3 (três) Américas já ratificaram a Carta da OEA, quais sejam: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai e Venezuela. Desde então, os seguintes países se juntaram à OEA: Barbados

(1967); Trinidad e Tobago (1967); Jamaica (1969); Granada (1975); Suriname (1977); Dominica (1979); Santa Lúcia (1979); Antígua e Barbuda (1981); São Vicente e Granadinas (1981); Bahamas (1982); São Cristóvão e Nevis (1984); Canadá (1990); Belize (1991); e Guiana (1991).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), com sede em Washington D. C., tendo sido criada pela OEA, em 1959, reunindo-se, pela primeira vez, em 1960, e foi instalada, em 1979, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), compondo o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (SIDH)

A OEA, em abril de 1948 aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que se consubstancia no primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral.

Com a criação da CIDH, em 1959, a partir de 1961, foi iniciado um processo de visitas locais, pela Comissão, com o fito de observação dos direitos humanos dos países, investigando ainda, situações particulares. Dessas observações *in loco*, a CIDH publica informes especiais concernentes as suas observações gerais sobre a situação de determinado país. A CIDH está autorizada, desde 1965 a receber e processar as denúncias ou petições sobre casos individuais, no tocante às violações dos direitos humanos.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH), que está em vigor desde 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada até janeiro de 2012, por diversos Estados-partes, inclusive o Brasil, a saber: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

A CADH, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica preconiza os direitos humanos que os Estados membros devem respeitar, além de ter criado, em 1979, a Corte IDH, que é um órgão judicial autônomo da OEA, com sede em

San José, Costa Rica, composta por 07 (sete juízes), com competência nos Estados-Partes da CADH, que aceitaram a sua jurisdição internacional nesses países. Essa competência contenciosa da Corte não é obrigatória pelos países; nessa concepção, o Estado internacional pode aderir, ratificar a Convenção, mas, ainda assim, não aceitar a jurisdição internacional da Corte. Pode também, a exemplo, do Estado brasileiro, aderir a Convenção Interamericana (no caso do Brasil, em 1992), ratificar e somente em um momento posterior, aceitar a jurisdição contenciosa da Corte IDH, que no caso brasileiro foi em 10 de dezembro de 1998.

A Corte IDH, na qualidade de órgão judicial, prolata sentenças vinculantes pelos Estados Membros da Convenção Interamericana. O Brasil tem procurado cumprir as sentenças do Tribunal Internacional, inclusive as reparações de natureza simbólica como o erguimento de um monumento, dentre outras, como também, as de reparação pecuniária, em favor das vítimas pelo descumprimento dos direitos humanos, reconhecida pela Corte. Por outro lado, infere-se uma resistência generalizada pelos países, inclusive o Brasil, em dar cumprimento à sentença da Corte IDH quando se trata de criar ou mesmo revogar alguma lei específica. O Brasil também tem encontrado dificuldades em dar cumprimento às reparações de obrigações processuais positivas de matéria penal, impostas pelas sentenças da Corte, quais sejam: investigar, processar e punir os agentes ativos, praticantes de crimes que ofendem os direitos humanos.

3. O BRASIL E O SEGUIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES FORMULADAS PELA CIDH E OS SEUS INFORMES TEMÁTICOS

O Relatório da CIDH “Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 12 de fevereiro de 2021”, foi elaborado, após a visita da CIDH no Brasil, no período de 05 a 12 de novembro de 2018, em cumprimento ao artigo 106, da Carta da OEA. Cumpre esclarecer que a mencionada visita *in loco*, no Brasil, teve como fito, a observação local da situação dos direitos humanos, para fins de diagnóstico, sendo considerada as particularidades de cada região brasileira e a sua grande extensão territorial. Nesse contexto, a CIDH prima em analisar tanto os temas, quanto os grupos específicos, relativos a processos históricos estigmatizados por discriminação e desigualdade estrutural.

Após a visita no Brasil, a CIDH publicou, como de praxe, o Informe do Brasil, constando os seguintes Capítulos: discriminação histórica e discriminação socioeconômica como causas da desigualdade estrutural; outros grupos em situação de risco especial; segurança cidadã; impunidade; institucionalidade democrática e de direitos humanos, e liberdade de expressão e informação, que traçam um perfil detalhado da desigualdade e da vulnerabilidade de populações específicas, selecionadas pela CIDH para estudo, consideradas como vítimas de uma discriminação histórica, ao longo do tempo. A CIDH apresentou algumas conclusões:

1. Malgrado o Brasil ter um Estado de direito, um sistema democrático e instituições de direito humano, o país fazia desafios estruturais, pertinentes à temática da exclusão social, bem como, atinente ao acesso à terra. Nessa concepção, observou a CIDH que como tais problemas geram ciclos de desigualdade e pobreza extrema;
2. infere-se que as situações descritas expõem as pessoas, em situações de vulnerabilidade à violência perpetrada por organizações criminosas, compostas tanto por milícias, quanto por grupos de narcotraficantes, dentre outras formas modernas de escravização;
3. dentre os vulneráveis, a Comissão aponta como grandes vítimas desse processo, as pessoas afrodescendentes, as comunidades quilombolas, os trabalhadores rurais, os povos indígenas, as mulheres, pessoas em situação de rua;
4. os obstáculos apontados geram ainda, como conseqüências, uma repercussão negativa, concernente à segurança da cidade. Isto porque o Estado também apresenta peso, relativo à implantação de políticas de segurança com base em ações punitivas, eivadas de violência, da política militarizada; o que corroboram, ainda mais ao ultraje aos direitos humanos;
5. a situação de pobreza e de pobreza extrema de parte da população observada se consubstanciam em entraves para o exercício do direito ao acesso à justiça, com efetividade, tendo em vista à exposição aos fatores: criminalidade e violência institucional, deixando esses grupos para trás, em relação ao restante da população;

6. as políticas de segurança adotam práticas discriminatórias, quanto à raça, relacionada às pessoas afrodescendentes e aos moradores da periferia, que são as maiores vítimas, das ações violentas de detenções arbitrárias e outros abusos, em relação às demais do país. A Comissão observa que as prisões, os centros prisionais, as unidades socioeducativas e comunidades terapêuticas, estão superlotadas, com frequência e tornam-se ambientes institucionais, onde a prática de tortura e de outros tratamentos cruel, desumano e degradante é permitida e tolerada;
7. a CIDH entendeu haver um elevado nível de impunidade em casos de violência institucionais, que, em sua maioria, não avançaram nas investigações, nas condenações e nas reparações das vítimas pelo sistema de justiça nacional;
8. também foi observado pela CIDH um aumento de crimes de ameaças contra a vida de jornalistas e comunicadores pelas autoridades, sobretudo após as eleições nacionais de 2018 e que também impactou pessoas de orientação sexual, identidade e/ou expressão de diversas características de gênero e sexuais, em virtude de crimes de ódio;
9. a CIDH inferiu avanços para garantir os direitos humanos no país, tais como, a instalação de medidas de prevenção e combater a tortura e reforçar os gabinetes do Ministério Público e as instituições nacionais de direitos humanos; além de valorizar a implementação de políticas pública que buscaram reduzir o fosso estrutural da desigualdade, lutando contra o racismo e a discriminação histórica, como programas de transferência de renda e de acesso à moradia e à terra, além de políticas destinadas ao acesso de afrodescendentes e indígenas ao sistema de ensino universitário;
10. em conclusão, a CIDH apresentou 89 recomendações, com o escopo de consolidar um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos, malgrado tenha alertado ao Estado brasileiro sobre a necessidade de implementar ações voltadas a solucionar problemas estruturais, como o por exemplo, o enfraquecimento de espaços democráticos. (OEA, 2021)

4. AS VÍTIMAS E OS SEUS SUCESSORES

Em conformidade com a OEA, tanto as vítimas ou os seus sucessores, que tiveram violados, inclusive o direito à memória e a verdade da vítima, podem, diretamente, sem advogados apresentar uma petição – uma vez que não se exige a defesa técnica-, denunciar as violações dos direitos humanos à CIDH, para que essa, após analisada a denúncia encaminhar ou não o petitório à Corte IDH, que tem competência contenciosa para apreciar e julgar os fatos apontados. Os sucessores podem, caso assim, optem, ser representados por uma organização não governamental, uma ONG. Cumpre observar que essa ONG para ter legitimidade ativa, com o escopo de oferecer denúncia perante à CIDH precisa estar registrada em um dos Estados membros da CADH, que reconhecem a jurisdição da Corte IDH.

5. DECISÕES DA CORTE IDH

As decisões da Corte IDH são proferidas em 04 (quatro) espécies de formato, conforme se denota no quadro, a seguir:

Quadro 1: Espécies de Decisões da Corte IDH

DECISÕES DA CORTE IDH	
CASOS CONTENCIOSOS	Há um litígio estabelecido entre o Estado-parte e outro Estado-parte e/ou uma vítima de violação, sendo ele levado à Corte por um Estado-pare ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
MEDIDAS PROVISÓRIAS	São antecipações prévias à própria decisão ante a necessidade de evitar um prejuízo irreversível.
SUPERVISÃO DE CUMPRIMENTO	São decisões de acompanhamento das condenações feitas pela Corte verificando se o país está cumprindo adequadamente o determinado ou se é necessário tomar alguma providência.
OPINIÕES CONSULTIVAS	A Corte não decide apenas litígios, mas também emite pareceres, opiniões, a respeito da interpretação da Convenção Americana em situações peculiares.

Fonte: Adaptação de Oliveira e Lazari, 2018, p. 787

Com fins de melhor reflexão sobre o tema, insta explicitar alguns casos contenciosos brasileiros de direitos humanos, que já apresentam julgamento pela Corte IDH.

6. ESTUDO DE ALGUNS CASOS BRASILEIROS DE DIREITOS HUMANOS DA OEA

O Brasil ratificou e internalizou a Comissão de Direitos Humanos em 1992. Somente em 10 de dezembro de 1998 foi reconhecida, no Brasil, a jurisdição da Corte IDH. Cumpre apresentar, a seguir, um estudo dos casos contenciosos brasileiros, julgados pela Corte IDH:

6.1. CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

Trata-se do caso nº 12.237, em que gerou a primeira condenação do Brasil na Corte IDH, no ano de 2006, proposto por Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da vítima Damião Ximenes Lopes, que teve por objeto, o reconhecimento da exposição da vítima a condições degradantes e desumanas em um Centro de Saúde, conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Damião era portador de uma deficiência mental e vivia com a sua genitora, a Senhora Albertina Viana Lopes, na Cidade de Sobral, no Estado do Ceará, quando faleceu com 30 (trinta) anos. Em 1999, Damião foi internado na Casa de Repouso de Guararapes, Clínica privada, mas conveniada ao SUS, com saúde física. Após dois dias de internação, Damião teve uma crise forte e foi contido pelos enfermeiros da Clínica, bem como, por outros pacientes que se encontravam no local, tendo sofrido maus-tratos, ficando assim, bem machucado, cheio de hematomas. No dia seguinte, ao ser visitado por sua mãe, Albertina, Damião relatou o ato de espancamento que sofreu, encontrando-se com hematomas, sangrando e com excrementos, fedendo e com as mãos amarradas, tendo a perícia médica detectado um forte hematoma em sua cabeça. O diretor da Clínica ficou inerte e deram ao Damião um remédio para que ele se acalmasse, vindo a óbito, no mesmo dia, sem qualquer assistência médica no momento do óbito.

O caso de Damião foi tratado com descaso, sem a realização de uma investigação. Assim, foi levado à CIDH pela irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes

e a ONG “Centro de Justiça Global”, em 22 de novembro de 1999 e submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1º de outubro de 2004. Como resultado, a Corte reconheceu a responsabilidade internacional brasileira e condenou o Brasil, em 2006, pela violação do direito à vida (art. 4º) e integridade pessoal (art. 5º) da vítima (Damião) e direito à integridade pessoal (art. 5º), garantias judiciais (art. 8º) e proteção judicial (art. 25) dos familiares de Damião, consoante julgamento proferido em 04 de julho de 2006, com condenação de pagamento de indenização aos familiares da vítima, conforme trecho da decisão, infracitado:

[...]

205. Pelo exposto, a Corte considera que o Estado não dispôs de um recurso efetivo para garantir, em um prazo razoável, o direito de acesso à justiça das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, com plena observância das garantias judiciais.

206. A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. [...] (Corte IDH, 2006, p. 68)

O Brasil foi condenado a investigar o caso e a punir os responsáveis (em prazo razoável); indenizar, por danos materiais e imateriais os familiares de Damião, no prazo de um ano, sem precatório; capacitar melhor os profissionais da saúde que lidem com pacientes que tenham transtornos mentais (garantia de não repetição); obrigação do Estado de estabelecer uma política antimanicomial, como aconteceu pela Resolução n. 487, do CNJ e a aprovação da Lei nº 10.216/2001, sobre a Reforma Psiquiátrica); e a publicação da sentença no Diário Oficial.

Este é o primeiro caso envolvendo violação de direitos humanos de pessoa com deficiência mental, onde é reconhecida a responsabilidade do Estado por atos praticados por particulares, pois a Clínica era particular, embora conveniada ao SUS.

6.2. CASO GILSON NOGUEIRA DE CARVALHO E OUTROS

Este é o segundo caso (de nº 12.058) contra o Brasil, apreciado na Corte IDH, proposto à Comissão em 11 de dezembro de 2007 e por ela, submetido à Corte em 13 de janeiro de 2005. Neste caso, o Brasil não foi condenado; o caso foi arquivado pela Corte.

Na origem, em 20 de outubro de 1996, o advogado ativista de direitos humanos Francisco Gilson Nogueira de Carvalho foi assassinado, com 32 anos, numa emboscada, por um esquadrão da morte, em Macaíba, no Estado do Rio Grande do Norte (RN). A vítima era o coordenador da ONG Centro de Direitos Humanos e Memória Popular (CDHMP) e, na qualidade de defensor trabalhou, inclusive, na denúncia dos “meninos de ouro”, um suposto grupo de extermínio, que seria formado por funcionários e agentes de polícia do gabinete de Maurílio Pinto de Medeiros, que na época da morte da vítima era o Subsecretário de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte (RN). O inquérito policial foi arquivado sem apontar responsáveis pelo crime. Mais tarde, foi reaberto, e assim, foi indicado como autoria, o policial aposentado Otávio Ernesto Moreira, inocentado, em 2002, pelo Tribunal do Júri de Natal.

O CDHMP, o *Holocaust Human Rights Project* e o *Group of International Human Rights Law Students*, em dezembro de junho de 1997, apresentaram uma petição sobre o caso na CIDH; e em 2000, a Justiça Global ingressou como copeticionária, no caso; que buscou apurar a falta de diligências para investigar os fatos apontados como criminosos e punir os responsáveis pela morte da vítima. A Corte Interamericana ponderou ainda, que:

[...]

76. O Tribunal considera que as ameaças e os atentados à integridade e à vida dos defensores de direitos humanos, e a impunidade dos responsáveis por esses fatos, são particularmente graves, **porque têm um efeito não somente individual, mas também coletivo, na medida em que a sociedade se vê impedida de conhecer a verdade sobre a situação de respeito ou de violação dos direitos das pessoas sob a jurisdição de um determinado Estado.** (Oliveira e Lazari, 2018, p. 796-797)

Em resposta, no ano de 2003, a CIDH apresentou uma proposta de solução amistosa, mas o Brasil não se pronunciou quanto à mesma, tendo os peticionários

insistido no prosseguimento da demanda. O processo foi encaminhado para a Corte, pela CIDH, em 13 de janeiro de 2005 para prosseguimento, ante o entendimento dessa Comissão, no sentido de que o Brasil não havia dado fiel cumprimento às Recomendações antecedentes.

Considerando que o evento morte ocorreu antes do reconhecimento da competência da Corte IDH, pelo Estado brasileiro, que ocorreu em 10 de novembro de 1998, o Tribunal só poderia analisar os eventos ocorridos após a data desse reconhecimento e assim, a Corte negou as duas exceções interpostas pelo Brasil e fundamentou a sentença, inclusive, ante à ausência de demonstração de que o Estado teria violado no caso, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8º e 25 da CADH; e por consequência, em 26 de novembro de 2006, arquivou o caso.

6.3. CASO ARLEI JOSÉ ESCHER

Este é o terceiro caso na CIDH, proposto em 20 de dezembro de 2007, peticionado pela Rede Nacional de Advogados Populares e Justiça Global, em nome da Cooperativa Agrícola Avanate Ltda., da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais, além dos trabalhadores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, Eduardo Aghinoni e Outros, tendo como objeto a apuração dos fatos de interceptação e monitoramento telefônico ilegais realizados pela Polícia Militar do Estado do Paraná, sem reparação de danos às vítimas. Neste caso, o Estado brasileiro foi condenado pelo monitoramento e interceptação telefônica ilegais de linhas telefônicas de membros de organizações vinculadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), em 1999, denegação de justiça e falta de reparação adequada às vítimas. A Corte IDH reconheceu a violação da privacidade, honra, reputação, liberdade de associação.

No período entre maio e junho de 1999 (quando o Brasil já tinha reconhecido a jurisdição da Corte IDH), as vítimas, que eram integrantes das Organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda (COANA) e da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON), na Cidade de Querência do Norte, localizada no Estado do Paraná (PR), foram monitorados pela Polícia Militar daquele Estado, por meio de interceptações telefônicas autorizadas

pela Justiça, consubstanciando em atos de ilegalidade. Neste caso, a Corte IDH entendeu o seguinte:

[...]

136. Nesse sentido, a Corte ressalta que, à luz do artigo 144 da Constituição², a investigação dos fatos delitivos indicados no pedido de interceptação, por sua natureza comum, competida exclusivamente à polícia civil. Portanto, as únicas autoridades policiais legitimadas para solicitar a interceptação das linhas telefônicas da COANA e da ADECON eram o delegado de polícia a cargo da investigação ou o secretário de segurança, em substituição ao primeiro. No presente caso, apesar de o ex-secretário Cândido Martins ter avalizado o pedido formulado pelo coronel Kretschmer, este e sua autorização foram juntados aos autos do Pedido de Censura depois que a medida havia sido concluída, anexados ao relatório policial de entrega das fitas gravadas. Dessa maneira, a Vara de Loanda não se manifestou sobre o mesmo. Ao contrário, a juíza Khater emitiu suas autorizações com base nos pedidos apresentados pelo major Neves e pelo sargento Silva, ambos policiais militares, em cujo texto escreveu a simples anotação de que havia apreciado tais pedidos e os concedia (*supra pars.* 91 e 92).

137. Além disso, apesar de a investigação telefônica poder ser determinada de ofício pela magistrada, suas decisões expressam que, ao ordená-la, a juíza atuou autorizando as solicitações por policiais militares, e não por iniciativa própria. Ante o exposto, não se observou o artigo 3º da Lei nº 9.296/96.[...] (Corte IDH, 2009, 42-43)

Quanto ao conteúdo da decisão judicial, a Corte asseverou, ainda:

140. Em detrimento da anterior, a Juíza Khater autorizou as interceptações telefônicas com uma mera anotação de que havia recebido e visto os pedidos e os concedia, “R. e a. Defiro. Oficie-se.” A magistrada não expôs em sua decisão a análise dos requisitos legais nem os elementos que a motivaram a conceder a medida, nem a forma e o prazo em que se realizaria a diligência, a qual implicaria a restrição de um direito fundamental das supostas vítimas em descumprimento ao artigo 5º da Lei nº 9.296/96. (Ibid. 2009, p. 43)

² Constituição da República Federativa do Brasil, *supra* nota 115, folha 4039.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; [...]

Tendo em vista, a duração das interceptações telefônicas, a Corte IDH entendeu haver extrapolação, conforme se pode observar, adiante:

141. Quanto à duração das medidas autorizadas, a Corte constata que as interceptações telefônicas iniciaram a partir da segunda ordem judicial, a qual atendia o pedido de interceptação telefônica, apresentada pelo sargento Silva em 12 de maio de 1999. Essa última ampliava o objeto do pedido de interceptação datado de 3 de maio de 1999, solicitando que se incluísse na diligência também a linha telefônica da ADECON (*supra pars* 90 e 92). Desse modo, conforme explicado pelo próprio Estado, “a primeira autorização judicial (de 5 de maio de 1999), não chegou sequer a surtir efeito, pois foi absorvida pela segunda autorização, concedida no pedido feito pelo (sargento Silva)”. Ante isso, a primeira fase das interceptações, concernentes às duas linhas telefônicas se desenvolveu durante treze dias, entre 14 e 26 de maio de 1999, baseada na segunda autorização judicial já mencionada. A seguinte etapa de interceptações se deu por um período de vinte e dois dias, entre 9 e 30 de junho de 1999 (*supra* para 97), em contrariedade ao artigo 5º, da Lei nº 9.296/96, o qual determina que a medida não poderá exceder ao prazo de 15 dias, podendo ser renovado por igual período de tempo, quando se comprove que a prova é indispensável. Nesse contexto, a Corte ressalta que não consta no procedimento do Pedido de Censura requerimento nem autorização para prorrogar as interceptações telefônicas. [...] (Idem, p. 43-44)

A Corte também observou que em consonância com o artigo 6º, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, depois da concessão do pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação e comunicação da ordem, ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização, mas que no caso concreto, as ordens de interceptações telefônicas não foram notificadas ao *Parquet*, que só teria recebido os autos do Pedido de Censura, em 30 de maio de 2000, ou seja, mais de um ano depois, de quando as ordens haviam sido emitidas e onze meses após as interceptações telefônicas haviam cessado [...], descurando a lei.

Nessa concepção, no âmbito interno, as ações movidas por essas vítimas não apresentaram nenhuma responsabilização daqueles atos ilegais, malgrado o apontamento de múltiplas irregularidades pela promotoria do caso: não se reconheceu a responsabilidade dos policiais militares que vieram a solicitar as interceptações telefônicas ou do Secretário de Segurança Pública que iniciou

o processo de interceptação telefônica, formulando o requerimento; ou ainda, da magistrada que havia autorizado as referidas interceptações telefônicas, sem observar os ditames legais.

Em virtude dessas omissões judiciais, a Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP) e a Justiça Global, em 20 de dezembro de 2000 apresentaram uma petição à CIDH, denunciando as violações aos direitos humanos por essas vítimas do MST. Após análise do caso, a CIDH, em março de 2007, entendeu que o Estado Brasileiro é responsável pelas violações de direitos humanos em detrimento dos membros das Organizações, em comento e emitiu diversas Recomendações. Por seu turno, o Brasil apresentou relatório de cumprimento parcial dessas Recomendações e requereu três prorrogações de prazo para cumprir as demais recomendações.

A CIDH, por fim, considerou a “falta de progresso substantivo”, no cumprimento das demais Recomendações e assim, em dezembro de 2007, encaminhou o caso para à Corte IDH, que condenou o Brasil pela violação dos direitos à vida privada, à honra e à reputação (art. 11), à liberdade de associação (art. 16); às garantias judiciais e à proteção judicial (art. 8º e 25), em relação à obrigação de respeitar e garantir os direitos (art. 1º), previstos na CADH. Entendeu que não houve violação da cláusula federal (art. 28), que preconiza que o país não pode utilizar a sua organização interna como desculpa para o descumprimento de suas obrigações internacionais, mas a Corte não considerou provada essa violação da cláusula federal.

Entre as determinações da Corte, estão a investigação da responsabilidade pela divulgação das fitas com as conversas gravadas, a publicação da sentença e o pagamento de indenização, custas e gastos. O Estado brasileiro foi condenado a pagar a quantia de \$20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas, como medida compensatória pelo conceito de danos imateriais, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da sentença. Como resultado, ninguém ficou responsabilizado pelas interceptações telefônicas apontadas como ilegais, mas a Corte IDH reconheceu que o Brasil fez o que poderia ser feito e cumpriu as recomendações e assim, em 2012, arquivou o caso.

6.4. CASO SÉTIMO GARIBALDI

Cumpra observar que no mesmo ano, 2009, houve duas condenações pela Corte IDH para o Brasil, para a mesma região do Paraná, cujas controvérsias são relativas a conflitos de terras: os casos ESCHER e o SÉTIMO GARIBALDI.

Em 06 de maio de 2003, foi proposto perante a CIDH, o caso de nº 12.478, que foi depois encaminhado à submissão da Corte IDH, em nome da esposa e dos filhos do Senhor Garibaldi, vítima de homicídio por vinte pistoleiros, em 27 de novembro de 1998 (dias antes do início da vigência do reconhecimento da jurisdição da Corte IDH), que atacaram um grupo de trabalhadores sem-terra no Estado do Paraná (PR), que foi acusado por negligência para apurar e punir a morte violenta da vítima, sendo observado o seguinte na sentença:

115. [...] Conforme a jurisprudência do Tribunal, as autoridades estatais que conduzem uma investigação desse tipo devem tentar no mínimo, inter alia: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com a morte, com o fim de ajudar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, assim como qualquer padrão ou prática que possa ter causado a morte; e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. Ademais, é necessário investigar exaustivamente, a cena do crime e realizar autopsias e análises dos restos humanos de forma rigorosa, por profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados. (Corte IDH, 2009, p. 32)

Como o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH ocorreu em 10 de novembro de 1998, o Brasil não pode ser condenado a fatos ocorridos anteriormente à essa data. Em razão disso, o despejo extrajudicial realizado em Querência do Norte, Município do Estado do Paraná, realizado por um grupo paraestatal- seja por milicianos ou outros -, que removeu as famílias que ocupavam a área, em questão, que além do ato criminoso do despejo violento, causou o homicídio. Como o caso ocorreu antes do início da vigência da Corte, o artigo 4º, que trata do direito à vida, não foi considerado.

A Corte reconheceu que o Brasil faltou com o seu dever de investigar o despejo ocorrido, extrajudicialmente. Houve falha na oitiva de testemunhas-chave para a resolução do caso concreto, além de não terem sido realizadas provas técnicas

periciais para esclarecimento dos fatos apontados como criminosos. A Corte considerou a existência de uma demora excessiva para a realização das diligências necessárias. A investigação ficou por muito tempo paralisada e durou mais de 05 (cinco) anos, o que desconfigura o art. 8º e 25, da CADH. Em razão disso, o Brasil foi condenado à satisfação de não repetição dos fatos, como também ao pagamento de indenização aos familiares.

Todas as vítimas e os seus familiares têm os seguintes direitos que precisam ser respeitados: (i) devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidas, (ii) esclarecimento ou elucidação dos fatos com a identificação dos responsáveis pelo homicídio; (iii) sanção dos responsáveis, bem como, (iv) devida reparação. Os deveres da vítima e de seus familiares na participação do processo não afasta o dever de impulso oficial do Estado das investigações para apurar o fato criminoso. A demora excessiva na investigação constitui em violação aos direitos humanos.

6.5. CASO GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA) OU CASO DO AQUÁRIO

O quinto caso brasileiro na Corte IDH foi julgado em 2010. Trata-se do desaparecimento forçado de cerca de 70 (setenta) guerrilheiros na Região brasileira do Araguaia, que é formada pelo sul do Pará (PA), norte do Tocantins (TO) e Maranhão (MA), região conhecida como Bico do Papagaio.

Nos anos de 1972 e 1975, ocorreu a Guerrilha do Araguaia, quando militantes do Partido Comunista do Brasil (PcdoB) se instalaram ao longo do rio Araguaia, na forma de um movimento armado popular, composto por camponeses e trabalhadores rurais, em prol da resistência ao governo militar, quando cerca de 70 (setenta) pessoas, aproximadamente, dentre elas, camponeses e militantes foram torturadas, detidas e desapareceram. Houve impunidade, por parte do Estado quanto aos responsáveis, com fundamento na Lei de Anistia brasileira, tendo sido reafirmada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 07 de agosto de 1995, o caso Gomes Lund e Outros, sobre a Guerrilha do Araguaia foi proposto perante a CIDH, peticionado pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo *Human Rights Watch/Americas*, quando se discutiu a responsabilidade do Brasil pelos crimes cometidos na Guerrilha do Araguaia.

A CIDH realizou diversas recomendações ao Estado brasileiro, que deu cumprimento parcial às mesmas e por consequência, a CIDH submeteu o caso à Corte IDH, em 26 de março de 2009. A Corte deveria decidir se a Lei da Anistia, sancionada em 1979 seria ou não compatível com os direitos consagrados na CADH ou se aquela poderia manter os seus efeitos jurídicos, no que tange a respeito de graves violações de direitos humanos, considerando os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro assumidos no plano internacional, a partir da ratificação da Convenção Americana. A Corte IDH fundamentou a sentença, inclusive pela seguinte redação:

325. [...]

5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2º, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei da Anistia a respeito de graves violações de direito humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma. (Corte IDH, 2010, p. 113-114)

Importa esclarecer que em 26-08-1979 foi publicada a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, denominada como “Lei da Anistia” que, na qualidade de medida de clemência Estatal, concedeu perdão a todos os que cometeram crimes políticos ou praticados por motivação política, ou conexos com esses, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, ficando vedada quaisquer investigações e elucidações referentes a esses crimes. Um dos efeitos da anistia é que trabalhadores militantes de movimentos sindicais fossem reincorporados aos postos de trabalho anteriores, sem punições e estudantes, membros de movimentos estudantis também fossem reincorporados às instituições de ensino, sem punições e extinguiu a inelegibilidade de políticos que tiveram os seus direitos políticos cassados por atos institucionais do Governo, permitindo assim que exilados no exterior, voltassem ao Estado brasileiros, assim como, diversos prisioneiros políticos fossem libertos das prisões brasileiras.

Por seu turno, o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Lei da Anistia, como recepcionada, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, proposta pela Organização dos Advogados do Brasil (OAB), que tinha por escopo o reconhecimento da inconstitucionalidade dessa Lei. A ação foi julgada em abril de 2010 e o STF considerou a ADPF improcedente por 7 (sete) votos a 2 (dois).

A Corte IDH condenou o Brasil a (i) revogar a Lei da Anistia, com fundamento no controle de convencionalidade, considerando que os tratados de direitos humanos têm uma posição supralegal, na hierarquia das normas jurídicas; (ii) criar uma Comissão da Verdade; além (iii) pagar indenizações aos familiares das vítimas, dentre outras providências.

Infere-se, assim, o nascedouro de um conflito entre a decisão do Excelso Pretório e a decisão da Corte IDH. Nessa concepção, até hoje, o Brasil não cumpriu todas as medidas determinadas pela Corte Interamericana, em respeito ao seu ordenamento jurídico interno. Em resposta, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com uma nova ação judicial, a ADPF 320, com o fito de afastar a anistia, sendo que ainda se encontra em pendência de julgamento pelo Excelso Pretório.

De qualquer forma, foi criada, em decorrência desse caso, a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com o fito de esclarecer os episódios de violação de direitos humanos durante o período de 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988, instituída pela Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, instalada, oficialmente em 16 de maio de 2012, aliada à aprovada da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

6.6. CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE

O cenário do caso, em comento, é a Fazenda Brasil Verde, localizada em Sapucaia, no Estado do Pará (PA). Em novembro de 1998, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), encaminharam uma petição para denunciar à CIDH, os fatos apontados como criminosos. Trata-se de um caso de escravidão, que no formato contemporâneo, está enquadrado como “neo escravidão”. O crime de redução à condição de escravo, agora é um crime federal. Foram encontrados, durante uma fiscalização da Fazenda Brasil Verde, realizada em 23 de abril de 1997, 43 (quarenta e três) trabalhadores e

em outra fiscalização, na data de 15 de março de 2000, 85 (oitenta e cinco) trabalhadores, na mesma Fazenda, somatizando, 128 (cento e vinte e oito) trabalhadores rurais, submetidos à redução à condição análoga a de escravo.

É mister relevar que o Brasil ao incriminar a conduta de redução à condição análoga à de escravo, prevista no artigo 149, do Código Penal brasileiro, o Estado brasileiro deu cumprimento ao compromisso internacional assumido, por ocasião da Convenção 29, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada em 25.04.1957, nos termos do artigo 1º, *in verbis*: “Cada Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a eliminar, o mais rapidamente possível, o recurso ao trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas.”

O art. 1º, da Convenção de Genebra sobre a Escravatura, de 1926, Decreto 58.563, de 1º de junho de 1966, conceitua a escravidão, como “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (Comparato, 2007, p. 200). Por seu turno, o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, no bojo da letra c, do inciso 2, do artigo 7º, ainda define escravidão, nos seguintes termos: “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.” (Ibid, p. 474)

A servidão de gleba apresenta previsão na letra b, do art. 1º, da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de Genebra, de 7 de setembro de 1956, *in verbis*: “a condição da pessoa que é obrigada por lei, pelo costume ou por contrato a vier e trabalhar numa terra pertencente a outrem e a prestar-lhes, mediante remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem liberdade para mudar de condição.”

No que tange aos trabalhos forçados, o inciso I, do art. 2º, da Convenção 29, da OIT supracitada preconiza que: “o termo **trabalho forçado ou obrigatório** significa qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente.” Por seu turno, o artigo 149-A, do Código Penal brasileiro importou a *ratio* do Protocolo de Palermo para a sua nova redação, consoante a redação da letra a, do art.

3º, daquele tratado internacional, que equipara o trabalho escravo como uma espécie de tráfico de pessoas, *in verbis*:

a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos; (Protocolo de Palermo, 2000, p.)

Em 04 de março de 2005, a CIDH encaminhou à Corte IDH, o caso nº 12.066, conhecido como o “Caso dos Trabalhadores da Fazenda Verde”. O julgamento pela Corte IDH ocorreu em 20 de outubro de 2016 e o Tribunal condenou o Estado brasileiro, pela primeira vez, a responsabilidade internacional de um Estado pela violação do direito de não submissão à escravidão e ao tráfico de escravos, por violação às garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável e por violação à proteção judicial.

A sentença ressalta que o Estado brasileiro tinha ciência da prática denunciada, em especial na Fazenda Brasil Verde, desde o ano de 1989 e deixou de adotar as medidas necessárias para a sua interrupção e prevenção. A Corte IDH determinou que:

1. A reabertura das investigações e os processos penais relativos aos fatos constatados em março de 2000 para identificar, processar e, se fosse o caso, punir os responsáveis pelos atos criminosos;
2. A adoção das medidas necessárias para garantir que a prescrição não fosse aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e as suas formas análogas.
3. O pagamento de indenização por dano moral de US\$ 40 mil para cada trabalhador encontrado na Fazenda Brasil Verde nas fiscalizações de abril de 1997 e de março de 2000.

6.7. CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

Em consonância com o caso nº 11.566, no dia 18 de outubro de 1994, uma incursão policial foi realizada na Favela de Nova Brasília, no Complexo do Alemão, na Cidade do Rio de Janeiro (RJ), por um grupo de 40 (quarenta) a 80 (oitenta) policiais civis e militares de diversas Delegacias, da Cidade do Rio de Janeiro, tendo sido identificados apenas 28 (vinte e oito) policiais nessa operação militar. De acordo com a sentença:

114. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a : i) disparar contra os ocupantes e levar os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade; ou ii) deter ocupantes para leva-los e posteriormente privá-los da vida e depositar seus corpos na praça da comunidade.³

115. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram meninas de 15 e 16 anos de idade.⁴ (Corte IDH, 2017, p. 31)

Na data de 08 de maio de 1995, foi realizada nova incursão na mesma Favela, por um grupo de 14 (quatorze) policiais civis, tendo havido um grande tiroteio entre os policiais e supostos traficantes de armas; e como resultado da operação, 03 (três) policiais foram feridos e 13 (treze) homens da Comunidade foram mortos.

Trata-se, assim, de uma execução de diversas pessoas, além de estupro de mulheres e o Brasil não apurou devidamente os fatos criminosos. Assim, uma petição foi encaminhada à CIDH, que mais tarde, foi encaminhada, em 15 de maio de 2015, à Corte de IDH, tendo sido condenado, em 16 de fevereiro de 2017, o Estado Brasileiro, pela morte de 26 (vinte e seis) pessoas, por ocasião das operações policiais nas datas de 18 de outubro de 1994, bem como, 08 de maio de 1995, na Favela Nova Brasília, além dos atos de tortura e violência sexual cometidos contra outras 3 (três) vítimas, pelos policiais.

O Brasil foi responsabilizado pelos fatos, sendo obrigado a conduzir eficazmente, a investigação, em curso, sobre os fatos relacionados (i) às mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável

³ Cf. Notas de imprensa e carta da jornalista Fernanda Botelho Portugal (expediente de prova, folhas 144-145).

⁴ Declaração testemunhal de L.R.J., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 154-158), e declaração testemunhal de C.S.S., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 160-164); declaração testemunhal de J.F.C., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 166-171).

para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis; (ii) aos fatos de violência sexual; (iii) oferecer tratamento psicológico e psiquiátrico, gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde às vítimas; (iv) a Corte fixou diversas medidas de reparação e prevenção a serem cumpridas pelo Estado brasileiro, inclusive, ações que possam culminar na redução da letalidade policial, no intuito de reprimir a repetição dos fatos ocorridos. Esta é a primeira sentença internacional em que o Brasil é condenado por violência policial.

6.8. CASO POVO INDÍGENA XUCURU

Trata-se de caso sob o nº 12.278, peticionado pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indígena Missionário (CIMI), em que foi denunciada a violação ao direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru e de seus membros, em decorrência do atraso no processo de demarcação de seu território ancestral e à ineficácia da proteção judicial destinada a garantir o mencionado direito, assim como, da falta de recursos judiciais eficazes e acessíveis para tal. A petição foi encaminhada à CIDH, em 16 de outubro de 2002 e a Comissão decidiu por remeter o caso à Corte IDH, em 16 de março de 2016.

A sentença foi prolatada em 05 de fevereiro de 2018, reconhecendo a responsabilidade do Estado brasileiro, com relação ao povo indígena Xucuru, determinando medidas de reparação, considerando que o Brasil demorou para reconhecer a titularidade e demarcar as respectivas terras, em favor do povo indígena Xucuru, consubstanciando em violação ao direito do povo indígena à propriedade coletiva no território de seus ancestrais. A Corte Interamericana determinou, ainda, o pagamento de indenização ao povo indígena. A Corte apontou, como direitos da Convenção, violados pelo Estado brasileiro:

1. o direito à garantia judicial de tempo razoável nos termos do artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; em conjugação com o artigo 1.1 da mesma, em detrimento povo indígena Xucuru; bem como,
2. o direito à proteção judicial e do direito à propriedade coletiva, nos termos dos artigos 21 e 25, ambos da Convenção, em conjugação com o artigo 1.1 da mesma (Corte IDH, 2018).

Como medidas reparadoras, o Estado brasileiro foi condenado a:

1. garantir, de maneira imediata, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma intrusão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes, que venham a prejudicar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da Sentença;
2. concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer obstáculo ou interferência no território em questão, para fins de garantia do domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da Sentença;
3. realizar as publicações indicadas no parágrafo 199 da sentença, nos termos nela previstos;
4. pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da Sentença, a título de custas e indenizações por danos morais, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da Sentença. (Corte IDH, 2018a)

6.9. CASO VLADIMIR HERZOG

A CIDH recebeu, no dia 10 de julho de 2009, a petição inicial, atribuída o número de caso 12.879, apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL); pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH); pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo e pelo Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo. A CIDH aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 80/12 e o Relatório de Mérito de nº 71/15, em 28 de outubro de 2015.

O caso, em comento, refere-se à responsabilidade do Estado brasileiro, ante a situação de impunidade (em decorrência da aplicabilidade da Lei da Anistia), relativa aos atos de detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975. No dia 22 de abril de 2016, a CIDH encaminhou à Corte IDH.

A sentença foi prolatada pela Corte IDH, em 04 de julho de 2018, reconhecendo a responsabilidade do Estado brasileiro pela falta de investigação, de julgamento e de punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato do jornalista Vladimir Herzog, bem como pela aplicação da Lei nº 6.679/79 (Lei da Anistia) neste caso. Segundo a Corte, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial dos familiares, estabelecidos nos artigos 8º e 25, da Convenção Americana.

6.10. CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS

O caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares refere-se à responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelas violações a diversos direitos humanos, por ocasião da morte de 60 (sessenta) pessoas, somadas aos 06 (seis) sobreviventes da explosão de uma fábrica de fogos de artifícios, no Município de Santo Antônio de Jesus, no Estado da Bahia (BA), assim como a 100 (cem) familiares das pessoas falecidas e sobreviventes da explosão.

Em 11 de dezembro de 1998, ocorreu uma explosão em uma fábrica de fogos de artifício, localizada no Recôncavo Baiano. A fábrica composta por um conjunto de tendas, localizadas em uma área de pasto, com algumas mesas de trabalho compartilhadas. Dentre as vítimas da explosão, encontram-se 60 (sessenta) pessoas e seis sobreviventes; sendo que, das pessoas que perderam a vida, encontravam-se 59 (cinquenta e nove) mulheres, das quais 19 (dezenove) eram meninas; 04 (quatro) gestantes; além de 1 (um) menino. Entre os sobreviventes, encontravam-se 03 (três) mulheres adultas, 02 (dois) meninos e 1 (uma) menina.

Em 15 de julho de 2020, foi prolatada a sentença de condenação do Estado brasileiro, tendo a Corte Idh constatado, como consequência da explosão, a violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias, direitos da criança, à igualdade e não discriminação, à proteção judicial e às garantias judiciais. Isto porque (i) nenhum dos sobreviventes recebeu tratamento médico adequado para se recuperar das consequências do acidente; (ii) a grande maioria das trabalhadoras da fábrica eram mulheres afrodescendentes que (iii) viviam, em condições de pobreza e (iv) tinham baixo nível de escolaridade, (v) tendo sido contratadas, informalmente e recebiam

salários muito baixos; (vi) tampouco lhes era oferecido equipamentos de proteção individual, treinamento ou capacitação para executar seu trabalho.

A Corte considerou que o Estado brasileiro tinha conhecimento de que eram realizadas atividades perigosas na fábrica e não inspecionava nem fiscalizava o local adequadamente, que apresentava graves irregularidades e alto risco e perigo iminente para a vida, integridade pessoal e saúde de todos os trabalhadores. Além das irregularidades citadas, infere-se que a fábrica era exploradora de trabalho infantil, o que violava os direitos ao trabalho e ao princípio da igualdade e não discriminação; malgrado a Constituição brasileira e as normas infraconstitucionais já proibissem o trabalho de crianças nesse tipo de atividade. A sentença determina, ainda, as seguintes reparações:

A Corte estabeleceu que sua sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação. Outrossim, ordenou as seguintes medidas de reparação integral: A) Obrigação de investigar: 1) continuar com a devida diligência e em um prazo razoável o processo penal, as ações cíveis de indenização por danos morais e materiais e os processos trabalhistas; B) Reabilitação: 1) oferecer o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico que requeiram as vítimas; C) Satisfação: 1) publicar o resumo oficial da Sentença no diário oficial e em um jornal de grande circulação nacional, e a sentença, na íntegra, em uma página web oficial do Estado da Bahia e do Governo Federal, e produzir um material para rádio e televisão no qual apresente o resumo da sentença; e 2) realizar um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional; D) Garantias de não repetição: 1) Implementar uma política sistemática de inspeções periódicas nos locais de produção de fogos de artifício; e 2) Desenhar e executar um programa de desenvolvimento socioeconômico destinado à população de Santo Antônio de Jesus; E) Indenizações Compensatórias: 1) pagar os valores fixados na Sentença em função dos danos materiais e imateriais, e 2) o reembolso das custas e gastos. (Corte IDH, 2020, p. 4)

Trata-se de uma sentença histórica, que reconhece padrões de discriminação estrutural e interseccional, como fundamento da responsabilidade do Estado Brasileiro.

6.11. CASO MÁRCIA BARBOSA SOUZA

Esta é a primeira condenação internacional do crime de feminicídio (questão de gênero). A sentença da Corte foi prolatada em 07 de setembro de 2021. Trata-se

de um caso de uso indevido de imunidade parlamentar e omissões injustificadas na investigação do homicídio (hoje, feminicídio) de Márcia Barbosa de Souza, na Paraíba.

Márcia Barbosa de Souza foi morta no dia 17 de junho de 1998, na Paraíba, pelo ex-deputado estadual pela Paraíba, Aécio Pereira de Lima, que deixou de ser parlamentar em 2003, tendo sido condenado em 2007, há 16 (dezesesseis) anos de prisão por homicídio e ocultação de cadáver, não tendo chegado a ser preso, por ter sido encontrado morto, vítima de um infarto, poucos meses depois de sua condenação.

Márcia era uma mulher negra e a Corte IDH entendeu que a sua imagem foi estereotipada durante o julgamento, buscando a sua descredibilização e assim, obstaculizar o andamento do caso; o que para a Corte, ficou evidenciada a discriminação, em virtude de gênero. Em suas considerações, a Corte IDH, ainda ponderou:

161. Por último, o Tribunal recorda que, apesar da existência de uma condenação em primeira instância contra o senhor Pereira de Lima pelo homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba considerou pertinente realizar uma homenagem ao ex-deputado, de modo que seu corpo foi velado no Salão Nobre da Assembleia e foi decretado luto oficial por três dias (par. 81 supra). Nesse sentido, a Corte considera que é evidente que o evento em questão também impactou de forma grave a integridade pessoal dos familiares da senhora Barbosa de Souza, tendo gerado um grave sofrimento. (Corte IDH, 2021, p. 48)

A sentença determina o seguinte:

1. que o Estado brasileiro venha a criar um sistema de coleta de dados, em relação à violência contra a mulher,
2. oferecer treinamento para as forças policiais e aos membros da Justiça;
3. promover a conscientização sobre o impacto do crime de feminicídio, da violência contra a mulher e do uso da figura da imunidade parlamentar;
4. pagar indenização por danos materiais e imateriais para os familiares de vítima, dentre outros. (CNJ, 2021)

6.12. CASO GABRIEL SALES PIMENTA

Gabriel Sales Pimenta era advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá, tendo recebido múltiplas ameaças de morte e assim, solicitou proteção estatal em diversas ocasiões, perante a Secretaria de Segurança Pública de Belém, no Estado do Pará. Em 18 de junho de 1982, em lutas pela reforma agrária no Brasil, Gabriel Pimenta foi assassinado, em um quadro de violência, sendo que a investigação pelo homicídio foi finalizada em 2006, com o reconhecimento da prescrição, ante as omissões Estatais. Por consequência, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT) apresentaram uma petição à CIDH, em 09 de novembro de 2006.

O Estado Brasileiro, em sua defesa, opôs exceção preliminar de incompetência *rationi temporis*, em relação à Corte IDH, em virtude do princípio da irretroatividade, considerando que os fatos ocorreram antes do reconhecimento, pelo Brasil, da jurisdição da Corte. A referida exceção foi rejeitada pela Corte, tendo em vista, o caráter contínuo ou permanente que teve início antes da data do reconhecimento da sua competência contenciosa, por parte do Brasil.

O crime embora tenha ocorrido em 1982, o estado de impunidade que é uma violação permanente para a Corte IDH continuou, inclusive em dezembro de 1998, quando o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte. Nesse contexto, a Corte não pode verificar se houve ou não a participação de agentes estatais no homicídio da vítima, por exemplo, mas pode inferir se o Brasil violou a proteção judicial, um dos direitos humanos consagrados na Convenção. Assim, o Brasil não pode ser condenado pela violação ao direito à vida.

O princípio da subsidiariedade ou da complementariedade dos sistemas internacionais de proteção gera, como subprincípio decorrente deste, o princípio do prévio esgotamento da jurisdição interna. Na esteira desse pensamento, a vítima ou o seu representante legal só poderá apresentar petição de denúncia em Tribunal Internacional, por violação de direitos humanos, após o esgotamento recursal no sistema interno do país.

É mister esclarecer que, quando o caso estava na Corte IDH, o Estado Brasileiro alegou que as vítimas não esgotaram os recursos internos, matéria não alegada perante a CADH. Dessa forma, a Corte considerou que se operou a preclusão. O Estado precisa se manifestar, no início, quando é notificado e assim,

na primeira oportunidade, deverá alegar a falta de esgotamento de recursos internos, prejudicando assim, a admissibilidade do caso na CIDH. Quando não ocorre naquele primeiro momento, como no caso de Gabriel Pimenta, se opera a preclusão. Nesse caso, houve a aplicabilidade do princípio do *estoppel* (em português, “impedimento”), que é o impedimento do comportamento contraditório do Estado, perante a Corte Interamericana, em razão da boa-fé.

A Corte entendeu, ainda que o Estado Brasileiro é responsável por violar os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial e ao direito à verdade, contidos nos artigos 8.1 e 25 da CADH, em relação à obrigação de respeito e garantia dos direitos, estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares da vítima (violação do direito à integridade pessoal, nos termos do artigo 5.1 da CADH). O Brasil foi omissivo, na medida que, na investigação sobre a morte violenta de Gabriel, descumpriu o dever de devida diligência reforçada para investigar crimes cometidos contra as pessoas defensoras de direitos humanos, somados à vulnerabilidade flagrante da garantida do prazo razoável e da impunidade do crime de homicídio.

6.13. CASO TAVARES PEREIRA E OUTROS

Trata-se de outro caso concernente à responsabilidade internacional do Brasil, em virtude do uso desproporcional da força, pela Polícia Militar do Estado do Paraná, contra alguns trabalhadores rurais, protestantes, em marcha, pela reforma agrária. O caso Tavares Pereira versa sobre a responsabilidade do Estado pela impunidade, com relação ao homicídio do trabalhador rural Antônio Tavares Pereiras e das lesões corporais de 184 (cento e oitenta e quatro) trabalhadores rurais (inclusive, crianças), que foram vítimas, no dia 02 de maio de 2000, dos atos de violência da Polícia Militar do Estado do Paraná/PR, durante a repressão de uma marcha pela reforma agrária, por meio do uso desproporcional da força. O caso pela morte de Tavares Pereira foi arquivado e as lesões corporais dos demais integrantes do movimento não foram investigadas.

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), a Comissão Pastoral da Terra (CPT), a Justiça Global e Terra de Direitos ingressaram com uma petição na CIDH, denunciando, em 1º de janeiro de 2004, os atos de violação dos direitos humanos dessas vítimas.

De acordo com a CIDH, os disparos dos agentes da Polícia Militar, que teriam causado a morte de Antônio Tavares Pereira, assim como as lesões nos 184 (cento e oitenta e quatro) trabalhadores do MST são resultantes do uso desproporcional da força. A Comissão ressaltou, ainda, que concernente às 184 (cento e oitenta e quatro) vítimas de lesão corporal, o Estado brasileiro não provou que agiu com a devida diligência para investigar as lesões e identificar as pessoas feridas. Em relação à ação civil interposta pelos familiares da vítima Tavares Pereira, em 2002, a Comissão especificou que esse recurso não foi efetivo e descumpriu a garantia do prazo razoável. Por consequência, em 06 de fevereiro de 2021, a CIDH encaminhou o processo para a Corte IDH.

A sentença foi prolatada em 16 de novembro de 2023 e reconheceu que o Estado brasileiro violou direitos estabelecidos pela Convenção Americana, sobre o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade de pensamento e de expressão, de reunião, da criança e de circulação, garantias da devida diligência nas investigações, devido processo e prazo razoável de duração, além da proteção judicial efetiva. Como reparações, a sentença determinou que o Brasil deverá realizar pagamento de indenizações, como reparação econômica, fornecer tratamento psicológico gratuito às vítimas, dar ampla publicidade ao caso, realizar pedido de desculpas em ato público, proteger de maneira efetiva o Monumento Antônio Tavares Pereira, incluir conteúdo específico na grade curricular permanente de formação das forças de segurança que atuam no contexto de manifestações públicas no PR, adequar as normas internas em relação à competência da Justiça Militar e reembolsar os representantes dos petionários pelas custas com o processo internacional.

6.14. CASO HONORATO (OPERAÇÃO CASTELINHO)

Na origem, trata-se de caso em que agentes da Polícia Militar de São Paulo, do extinto GRADI (Grupo de Repressão e Análise aos Delitos de Intolerância), durante a operação “Castelinho”, no dia 05 de março de 2002, teriam executado, extrajudicialmente, 12 (doze) pessoas que viajavam em um ônibus, nas proximidades de Sorocaba, no pedágio da Rodovia Castelo Branco. Este é o primeiro caso de condenação do Brasil, que envolve o Estado de São Paulo (SP).

A operação “Castelinho” consistiu na saída temporária da prisão de 03 (três)

detentos, com autorização judicial para transmitir a um grupo de 12 (doze) pessoas, que supostamente, um avião, que transportava R\$ 28.000.000,00, (vinte e oito milhões de reais) aterrissaria no Aeroporto de Sorocaba, no interior de SP, no dia 05 de março de 2002. Consequentemente, os infiltrados convocaram essas 12 (doze) pessoas, para preparar e realizar o roubo e incitaram o grupo a preparar um roubo à referida aeronave, fornecendo, inclusive, armas e munições.

Quando o grupo das 12 (doze) pessoas e os 03 (três) infiltrados se dirigiram para o local, foram parados em um pedágio, por volta das 7:30 da manhã, do dia 05 de maio de 2002, quando os agentes de polícia interromperam o trânsito, rodearam o comboio e dispararam durante, aproximadamente, dez minutos contra o ônibus, matando, assim, as 12 (doze) pessoas.

As graves omissões relativas à apuração de evidências probatórias da existência da materialidade dos crimes e de suas autorias, obstaculizaram o acesso à justiça, aos familiares das vítimas. Assim, a denúncia chegou à CIDH, em 24 de abril de 2003, denunciando as violações relativas aos direitos humanos das vítimas e de seus familiares.

Por seu turno, a CIDH concluiu que o Estado não realizou uma investigação adequada, em conformidade com o devido processo legal, deixando de esclarecer os fatos dentro de um prazo razoável, ou reparar os familiares das supostas vítimas; além de inferir a existência de desproporcionalidade no uso da força, no momento da abordagem policial. Assim, a Comissão encaminhou o caso à Corte IDH, em 28 de maio de 2021.

Na sentença, prolatada pela Corte Interamericana, em 27 de novembro de 2023, foi reconhecida a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação do direito à vida, previsto no artigo 4º, da Convenção Americana; dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial e à verdade, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com relação aos familiares das vítimas; e também determinou medidas de reparação, dentre elas:

1. reabrir os processos e investigações sobre o caso, ainda que estejam prescritos;
2. criar um grupo de trabalho para esclarecer as atuações do GRADI, no Estado de SP;

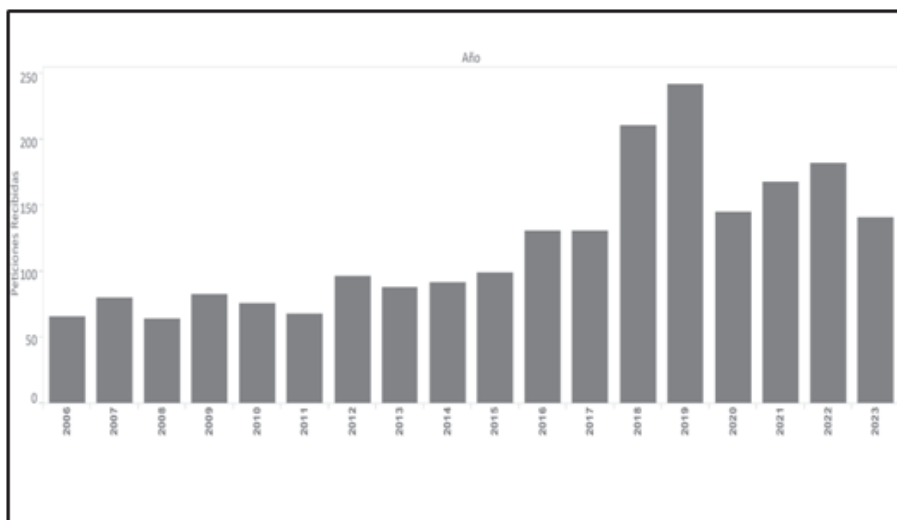
3. cobrir o tratamento médico, psicológico e/ou psiquiátrico dos parentes das vítimas;
4. realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, concernente a esses atos;
5. pagamento de indenizações por danos morais aos parentes das vítimas, dentre outras. (Corte IDH, 2023)

7. PROCESSUALÍSTICA INTERAMERICANA

De acordo com a CIDH, uma petição é uma denúncia apresentada à essa Comissão, sob o fundamento de existência de violações de direitos humanos. Após a adoção de um relatório de admissibilidade, a petição se torna um caso (OEA).

Analisando o gráfico 1, infere-se que, no caso do Brasil, o ano de 2019 é aquele que apresenta o maior número de petições recebidas na CIDH, referentes às violações brasileiras, aproximando-se ao número de 250 (duzentos e cinquenta), em comparação aos anos de 2006 a 2015 que não chegaram a 100 (cem) petições, pelo que se pode observar, a seguir:

Gráfico 1: Petições Recebidas pela CIDH (Brasil)



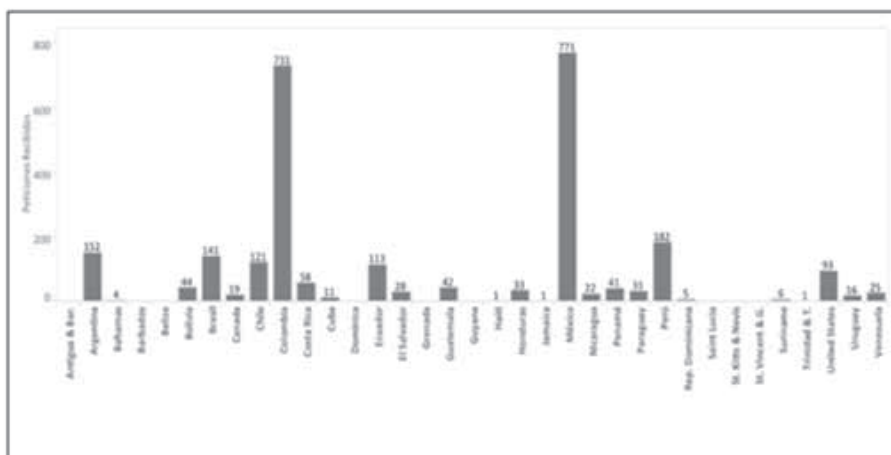
Fonte: CIDH

A petição inicial apresentada à CIDH pode levar algum tempo para ser apreciada pela Comissão, em virtude do elevado número de petições distribuídas à Comissão. Após, a entrada da mesma, é realizada a análise inicial da petição que é a etapa inicial para se verificar se a petição atende os requisitos ínsitos no artigo 28, do Regulamento da CIDH.

A etapa inicial da análise de petição culmina com a decisão da Comissão sobre a abertura ou não do caso para processamento perante a CIDH. Caso a petição seja considerada admissível para processamento, pela CIDH, são notificados da decisão da Comissão, tanto o peticionário, quanto o Estado apontado como violador dos direitos humanos, daquele caso, iniciando-se, assim, a fase da admissibilidade da petição.

Em um estudo comparativo, dentre os países participantes da CIDH, pode ser inferido, no Gráfico 2, que o México é o país da CIDH que mais apresentou petições, no ano de 2023, com o número de 771 petições, seguido pela Colômbia, com 731 petições. O Brasil apresentou 141 petições perante a CIDH, naquele ano:

Gráfico 2: Petições Recebidas pela CIDH em 2023 (Países)



Fonte: CIDH

No que se refere aos dados estatísticos da CIDH, no tocante ao Brasil, pode ser analisado pela Tabela abaixo, que o ano em que foram apresentadas mais petições, na CIDH, é o de 2019, com 242 petições de denúncias de violações a direitos humanos.

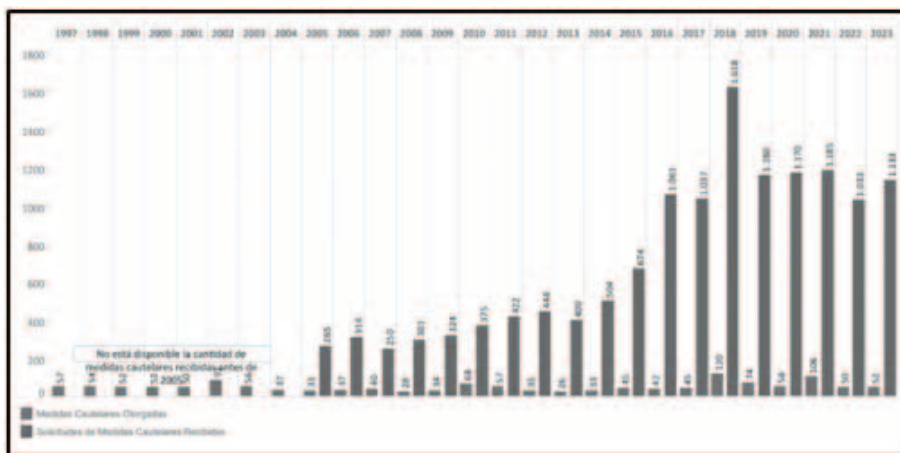
Gráfico 3: Quadro de Peticionamentos de Denúncias perante a CIDH (Brasil)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Peticiones recibidas	66	80	64	83	76	68	96	88	92	99	131	131	210	242	145	168	182	141
Peticiones pendientes de estudio I..						264	318	366	392	405	210	165	308	253	1	0	61	86
Pet. con decisión de no abrir a trá...	32	50	50	42	13	13	24	29	48	44	22	97	89	51	374	158	121	46
Pet. con decisión de abrir a trámite	19	15	9	2	3	5	6	6	11	40	18	1	5	36	5	6	2	1
Total de decisiones sobre apertura	51	65	59	44	16	18	30	35	59	84	40	98	94	87	379	164	123	47
Informes de inadmisibilidad	0	1	0	6	0	0	3	1	0	0	0	0	0	3	0	2	2	4
Informes de admisibilidad	6	7	6	7	10	6	8	1	2	1	2	0	3	10	10	10	6	8
Peticiones en admisibilidad									32	68	87	87	159	135	65	68	87	104
Casos en fondo									72	61	60	61	59	55	65	63	71	75
Informes de fondo publicados	1	0	1	2	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0		
Informes de solución amistosa	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	1
Peticiones y casos en trámite	89	101	108	103	97	98	95	98	104	129	147	148	218	190	130	131	158	179
Decisiones de archivo	0	0	0	0	6	3	6	2	0	11	6	3	7	34	5	8	3	4
Casos enviados a la Corte IDH	0	2	0	1	0	0	0	0	2	2	0	1	1	1	1	4	5	2
Solicitudes de medidas cautelares			10		12	15	14	18	22	34	64	76	126	86	83	76	86	149
Medidas cautelares otorgadas	3	1	0	2	2	2	0	2	0	1	2	0	4	3	4	2	5	2

Fonte: Elaboração própria. Dados estatísticos da CIDH.

Denota-se, no Gráfico 3, que as medidas cautelares são outorgadas com moderação. Malgrado em 2023, tenha havido 149 pedidos de medidas cautelares, pelo Brasil, somente duas foram concedidas, naquele ano. Verifica-se, ainda, que o ano de 2020 foi aquele que apresentou mais concessões de medidas cautelares, totalizando 4, consoante exposição gráfica acima. De forma globalizada, cumpre reproduzir o Gráfico adiante:

Gráfico 4: Medidas Cautelares Outorgadas pela CIDH



Fonte: CIDH

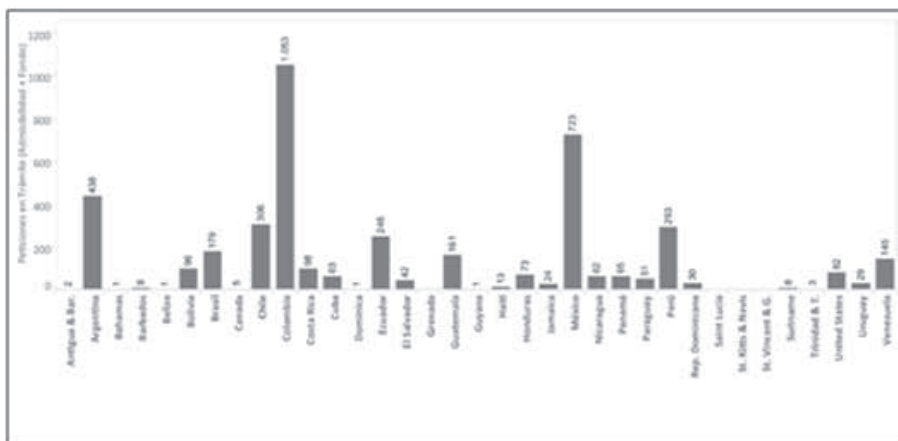
Pela observação do Gráfico 4, deve ser ressaltado que, por ano, no âmbito da CIDH, em sua maioria, não chegam a 100 (cem) deferimentos de cautelares, relativamente a todos os países.

Na fase de admissibilidade, essa se inicia com a decisão de abertura do procedimento e a respectiva notificação do peticionante e do respectivo Estado envolvido, para que este apresente as suas considerações, podendo a CIDH solicitar informações adicionais a ambas as partes do caso. Cumpre esclarecer que qualquer informação prestada por uma parte do caso, será concedida a outra parte, a oportunidade de apresentar respostas, alegações ou outras informações, pertinentes. Logo depois dessa troca de informações, a Comissão irá decidir se a petição é admissível ou não, preenchendo os requisitos de admissibilidade preconizados nos artigos 46 e 47 da CADH, na forma do procedimento previsto nos artigos 30 a 36, do Regulamento da CIDH.

Esta fase inicia com a abertura do procedimento, pela notificação do Estado, da petição de denúncia e culmina com a decisão da CIDH, na forma de Relatório de Admissibilidade ou de Inadmissibilidade, que são públicos e geram a notificação das partes envolvidas. Caso o Relatório de Admissibilidade seja aprovado, a petição se tornará em um caso, recebendo assim, um número de processo (número do caso), passando a fase de mérito.

Convém reproduzir, adiante, o panorama das petições em fase de admissibilidade, em 31 de dezembro de 2023, dos países da CIDH:

Gráfico 5: Petições em fase de admissibilidade, no ano de 2023



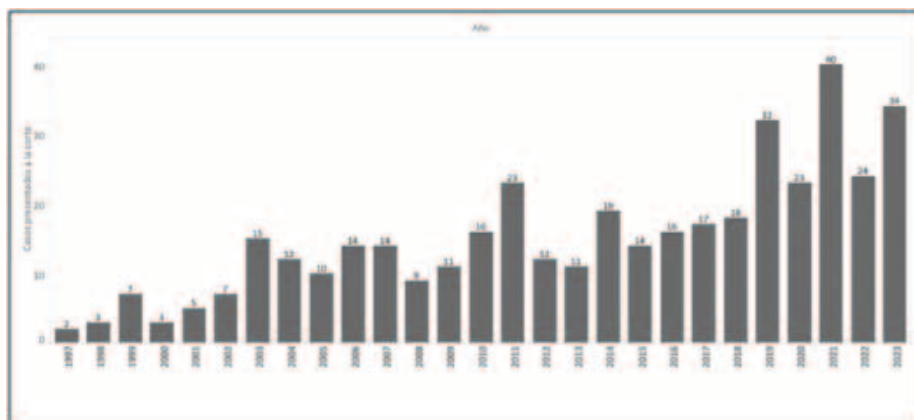
Fonte: CIDH

O Brasil apresenta 179 petições nessa fase de admissibilidade, em contraponto à Colômbia, que é o país com mais petições nessa fase, com 1.053, seguida pelo México, com 723 petições em trâmite, com admissibilidade.

Quanto aos totais de casos enviados à Corte Interamericana, poucos casos são enviados ao Tribunal. Conforme observado no Gráfico 1, exposto anteriormente, no caso do Brasil, no ano de 2023, apenas 02 casos foram enviados para a Corte, sendo que o ano de 2021 é o ano em que mais foram enviados processos, constando 4 casos.

A quantificação baixa de processos encaminhados ao referido Tribunal se repete, inclusive, a nível global, consoante se pode aferir no Gráfico 6, a seguir, em que o ano que apresenta mais casos enviados à Corte IDH, é o ano de 2021, com 40 casos:

Gráfico 6: Casos enviados à Corte Interamericana



Fonte: CIDH

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) apresenta grande relevância para a promoção e proteção dos direitos humanos no Hemisfério e gozam de reconhecimento e prestígio, no plano internacional. É cediço que a República Federativa do Brasil sofreu algumas condenações, por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, existindo ainda outros casos a serem julgados pela referida Corte.

O Estado brasileiro tem casos na Corte IDH de diversas modalidades, envolvendo desde violência agrária, crimes que envolvem policiais ou militares, trabalho escravo, direitos indígenas, violência contra a mulher e o que mais se ofereça.

O cumprimento das decisões da Corte IDH é uma obrigação dos Estados (como a República Federativa do Brasil), que reconheceram a sua jurisdição internacional. A contratio sensu, é mister asseverar que o descumprimento de suas decisões não causa impactos diretos, mas irá culminar no constrangimento do Estado brasileiro, no contexto internacional, denigrando a sua imagem, devendo ser levada em consideração, inclusive, que o Estado brasileiro, hoje, é um dos componentes do Grupo G4, do Conselho de Segurança, das Nações Unidas.

Insta ressaltar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem sido um grande canal de esperança para as pessoas integrantes dos Estados-Partes, para denunciar violações aos seus direitos humanos. A Corte tem contribuído para as alterações legislativas, como por exemplo, no caso de Ximenes, em que a condenação do Estado Brasileiro levou à aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

Outro casos ainda serão julgados pela Corte IDH, mas deve ser ressaltado que o SIDH tem resolvido diversos deles, que a princípio, as vítimas e os seus familiares não alcançaram prestação jurisdicional, quanto aos seus desideratos no plano interno de seus Estados originários, consubstanciando, assim, numa grande luz que brilha na escuridão daqueles que tiveram obstáculos na efetivação de seus acessos à justiça, direto de São José da Costa Rica para o Hemisfério Sul; mesmo porque a justiça é a voz do oprimido que luta para não ser esquecido.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga a Convenção sobre a Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=58563&ano=1966&ato=3c3QTUE1kMZRV14c>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei da Anistia). Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Disponível

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 30 ago. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>>. Acesso em: 15 set. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corte IDH: julgamentos brasileiros devem seguir protocolo de perspectiva de gênero [on line]. 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corte-idh-julgamentos-brasileiros-devem-seguir-protocolo-de-perspectiva-de-genero/>>. Acesso em: 29 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 487, de 15 de fevereiro de 2023. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direito das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CONVENÇÃO SUPLEMENTAR SOBRE A ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA, DO TRÁFICO DE ESCRAVOS E DAS INSTITUIÇÕES E PRÁTICAS ANÁLOGAS À ESCRAVATURA. Genebra, em 07 de setembro de 1956. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_suplementar_escravatura.pdf>. Acesso em: 11 set. 2024.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil: Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.

CORTE IDH. Caso Gilson Nogueira de Carvalho e Outros vs. Brasil: Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2024.

CORTE IDH. Caso Escher e outros vs. Brasil: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

- CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.
- CORTE IDH. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.
- CORTE IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil: Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Herzog e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/caso-barbosa-de-souza-seriec-435-por.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Sales Pimenta vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/caso-sales-pimenta-seriec-454-por.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Tavares Pereira e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_507_por.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.
- CORTE IDH. Caso Honorato e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_508_por.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia e LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos: volume único. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 ago. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 029. Disponível em: <https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029>. Acesso em: 05 set. 2024.

PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. 2000. Disponível em: <<https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/10/Protocolo-de-Palermo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2024.

ANÁLISE DE CASES QUE DEFENDEMOS EM PAD'S NO CNJ – VISÃO DO ADVOGADO A RESPEITO DA DOSIMETRIA DA PENA

Alexandre Pontieri¹

I - COMPETÊNCIA DO CNJ EM MATÉRIA DISCIPLINAR

O § 4º, do artigo 103-B, da Constituição Federal de 1988 dispõe que compete ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) *“o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura”,* estando em seu rol de competências: *“II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”; e “V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano”.*

¹ Advogado com atuação em todas as instâncias do Poder Judiciário; desde 2006 atuando perante os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE), e no Conselho Nacional de Justiça - CNJ (atuação em mais de 490 processos no CNJ) e Conselho Superior do Ministério Público - CNMP; Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós- Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília nos anos de 2018 e 2019 (24 créditos concluídos). alexandrepontieri@gmail.com

II – ANÁLISE DE CASES QUE DEFENDEMOS EM PAD'S PERANTE O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – VISÃO DE UM ADVOGADO MILITANTE NO CNJ A RESPEITO DA DOSIMETRIA DA PENA

Atuando como advogado na defesa de clientes em Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já há mais de treze anos, há um tema que me aflige, e vem me afligindo cada vez mais a cada nova defesa que faço: a questão da proporcionalidade / desproporcionalidade na aplicação de sanções de natureza disciplinar aplicadas pelo CNJ.

Como defesa sempre buscamos que nossos clientes tenham para si a aplicação de sanções justas, proporcionais, dignas e equilibradas pelo Plenário do CNJ.

Também sempre pedimos a observância do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III, da Constituição Federal), principalmente quando defendemos partes que não possuíam qualquer sanção de natureza disciplinar em sua trajetória profissional.

Case 1 – Revisão Disciplinar julgada procedente para desconstituir sanção administrativa aplicada ao juiz no tribunal de origem. Moralidade e interesse público

Revisão Disciplinar julgada procedente para desconstituir sanção administrativa aplicada ao juiz no tribunal de origem. Moralidade e interesse público.

A RevDis foi proposta por magistrado contra acórdão do tribunal de origem que lhe aplicou a pena de censura por suposto descumprimento de decisões da instância superior em agravos de instrumento e em exceção de suspeição.

Para a aplicar a censura, o tribunal local considerou que o magistrado teria ignorado o cumprimento de decisões da 2ª instância nos recursos, todos relacionados a uma Ação Civil de Improbidade Administrativa.

No entanto, verificou-se que a decisão lançada pelo magistrado, restaurando a decisão agravada, foi construída com fundamento em fatos novos a fim de evitar o desfalque financeiro promovido por suposta organização criminosa, cuja atuação é objeto de apuração no STJ.

De início o magistrado requerente proferiu decisão cautelar na Ação Civil, determinando o bloqueio de bens e valores das partes rés. Em sede de agravos interpostos, o tribunal reformou a decisão do juiz

A construção fática e jurídica apresentada foi firmada em circunstâncias diferenciadas e não afastadas no recurso de agravo de instrumento. O magistrado teve o cuidado de pontuar previamente os fundamentos da decisão lançada pela instância superior, para afastar qualquer correlação com os novos fundamentos que, no seu entender, justificaram nova decisão judicial de bloqueio de bens e valores das partes rés.

Ficou demonstrado que um dos julgadores da 2ª instância atuava de forma parcial para retirar o juiz da condução dos processos, o que configuraria sua suspeição, mas isso só foi levado ao conhecimento de todos depois do julgamento e da sanção ao requerente na origem.

Além de atuar de maneira fundamentada, constatou-se que o magistrado usou de prudência e cautela, para impedir possível desfalque criminoso dos cofres públicos.

A decisão do juiz defendeu o interesse público, a moralidade administrativa e o ideal de justiça material que deve nortear a atuação jurisdicional do Estado.

Consignou-se o fato de o juiz não ter atuado em benefício próprio, nem logrou proveito com a decisão questionada. Além disso, não possui condenação por ato infracional praticado no exercício da magistratura e não há notícia de conduta ou ação desabonadora da sua lisura.

Com base nesses argumentos, o Conselho, por maioria, julgou procedente o pedido de Revisão Disciplinar e desconstituiu a sanção administrativa aplicada pelo tribunal de origem. Vencidos os Conselheiros Mauro Pereira Martins (Relator), Jane Granzoto, Luís Felipe Salomão e a Presidente, que julgavam improcedente o pedido; e, parcialmente, os Conselheiros Marcio Luiz Freitas e Mário Goulart Maia, que anulavam a penalidade, mas determinavam o retorno dos autos ao juízo de origem para novo julgamento.

*(RevDis 0010252-91.2020.2.00.0000, Relator: Conselheiro Mauro Pereira Martins; Relator para o acórdão: Conselheiro João Paulo Schoucair, julgado na 10ª Sessão Ordinária em 20 de junho de 2023.)² – **grifamos.***

Nossas considerações: na 5ª Sessão Ordinária do CNJ, 11.04.2023, sustentamos oralmente a prerrogativa do cliente em ter a sua revisão disciplinar conhecida e julgada procedente pelo Plenário do CNJ. Após alguns pedidos de vistas regimentais, no dia 20.06.2023 o Plenário do CNJ, por maioria de votos, julgou procedente o pedido de revisão disciplinar para desconstituir a sanção administrativo aplicada pelo Tribunal de origem.

² Fonte: Informativo de JURISPRUDÊNCIA do CNJ Número 11/2023 Brasília, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2117222023070464a48c623ba16.pdf>

Decisão importante no âmbito do CNJ, pois conseguimos superar os requisitos do artigo 83 do RICNJ³ e fazer com que o Plenário do CNJ conhecesse da Revisão Disciplinar e, quanto ao mérito, desconstituísse a sanção disciplinar – desproporcional e desarrazoada – aplicada pelo Tribunal de origem.

Case 2 – tese importante firmada pelo CNJ: “em relação à dosimetria da pena conforme julgados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a pena de disponibilidade é grave e não pode ser aplicada pelo simples fato de não ser possível a aplicação de penalidade mais branda e adequada ao caso concreto”

“(…)

5. Nos termos do disposto no art. 128 da Lei n. 8112/1990, aplicado subsidiariamente no âmbito do processo disciplinar instaurado contra magistrados, conforme expressamente previsto no artigo 26 da Resolução CNJ nº 135/2011, na dosimetria da pena devem ser consideradas a gravidade da infração, os danos ao serviço público em razão da conduta praticada e os antecedentes funcionais do agente público. Estabelecidas essas balizas de gradação da pena, importa avaliar a extensão e as consequências da conduta praticada pelo desembargador processado.

6. Para o administrativista Antônio Carlos Alencar Carvalho, “o postulado da proporcionalidade funciona como mecanismo de controle inclusive das penas disciplinares máximas e do exercício da vinculação administrativa, sim, antepondo-se ao raciocínio simplista de que, nos casos de demissão, cassação de aposentadoria/disponibilidade ou destituição de cargo em comissão, as regras legais respectivas teriam incidência automática e incondicional”(in Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: À Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 468).

7. Inexistência nos autos de indícios de favorecimento pessoal, concessão de vantagens a jurisdicionados ou prejuízos materiais ao Poder Judiciário. Também não há notícia de outras condutas desabonadoras ou quaisquer antecedentes funcionais a justificar o agravamento da pena do desembargador.

8. Em relação à dosimetria da pena, conforme julgados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a pena de disponibilidade é grave e não

³ O artigo 83 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) dispõe que a revisão dos processos disciplinares será admitida: **I** – quando a decisão for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ; **II** - quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; **III** - quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.

pode ser aplicada pelo simples fato de não ser possível a aplicação de penalidade mais branda e adequada ao caso concreto.

9. Reconhecimento da extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, por aplicação subsidiária do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990 (cf. PADMag nº 0005696-90.2013.2.00.0000), bem como pelo fato de ser inaplicável a pena de censura aos desembargadores, conforme expressa previsão no artigo 42, parágrafo único, da LOMAN.

10. Imputação julgada procedente, para condenar o magistrado à pena de censura, mas sem a aplicação da penalidade disciplinar, em razão da extinção da pretensão punitiva (...) “

(CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0000196-33.2019.2.00.0000 - Rel. MARCELLO TERTO - 2ª Sessão Ordinária de 2023 - julgado em 28/02/2023)⁴ – grifamos.

Nossas considerações: Algumas das teses que defendemos - principalmente quando do julgamento pelo Plenário do CNJ -, que qualquer sanção que ultrapassasse esses limites da sanção disciplinar de advertência, ou, no máximo, de censura, feriria flagrantemente a proporcionalidade, razoabilidade, e a racionalidade da sanção de natureza disciplinar.

Case 3 – constatado que a Corte de origem “desconsiderou circunstâncias atenuantes, que revelavam a desproporcionalidade da pena de demissão, e verificado que a pena cabível ao caso seria a censura, torna-se premente a modificação da penalidade pelo CNJ”

“(...) 7. Todavia, constatado que a Corte Bandeirante desconsiderou circunstâncias atenuantes, que revelavam a desproporcionalidade da pena de demissão, e verificado que a pena cabível ao caso seria a censura, torna-se premente a modificação da penalidade pelo CNJ.

8. Passados, contudo, mais de 2 anos desde a instauração do PAD, necessário consignar a incidência da prescrição.

9. Revisão disciplinar conhecida, e, no mérito, julgado parcialmente procedente o pedido revisional, para reconhecer a necessidade de modificação da sanção imposta, declarando, porém, extinta a punibilidade pela incidência da prescrição.

10. Uma vez reconhecida a prescrição, afigura-se vedada qualquer anotação desabonadora na ficha do funcional do magistrado relacionada às condutas apreciadas nestes autos. Precedente STF - MS 23.262/DF.

⁴ <https://www.cnj.jus.br/InfoJurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=64836C5C785C9287BE4D26AA65540EA8?jurisprudenciaIdJuris=54158&indiceListaJurisprudencia=11&firstResult=10225&tipoPesquisa=BANCO>

11. Assegurados os efeitos financeiros da presente decisão e declarada a vitaliciedade do magistrado.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0009178-02.2020.2.00.0000 - Rel. MAURO PEREIRA MARTINS - 351ª Sessão Ordinária - julgado em 24/05/2022)⁵.

Nossas considerações: a ementa do acórdão do CNJ fala por si: desconsideração de circunstâncias atenuantes que revelavam a desproporcionalidade da pena de demissão, tornando premente a modificação da penalidade pelo CNJ.

III – EM NOSSA VISÃO COMO ADVOGADO, ENTENDEMOS QUE NEM SEMPRE O CNJ APLICA SANÇÕES DISCIPLINARES DENTRO DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E RACIONALIDADE

Infelizmente, na visão desse advogado, nem sempre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aplica sanções disciplinares dentro dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade.

Respeitamos todas as decisões do Órgão, mas, como advogados, não temos que concordar com todas elas.

Como dito anteriormente, o tema da proporcionalidade / desproporcionalidade na aplicação de sanções de natureza disciplinar aplicadas pelo CNJ é algo que nos aflige como advogados militantes perante o Órgão de Controle do Poder Judiciário.

Poderíamos aqui listar diversos casos em que não concordamos com as sanções disciplinares aplicadas pelo CNJ, mas, vamos nos limitar, como exemplo, a um caso recente que foi julgado pelo Plenário, que reviu a pena de censura aplicada pelo Tribunal de origem para aplicar ao magistrado a pena de remoção compulsória (prevaleceu o voto divergente do Conselheiro Marcello Terto pela aplicação da remoção compulsória – a Conselheira Salise Sanhotene, relatora, votou pela aplicação da sanção de disponibilidade)⁶.

Aqui lembramos a visão crítica que temos externado em relação aos filtros do

⁵ <https://www.cnj.jus.br/InfoJurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53499&indiceListaJurisprudencia=2&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1>

⁶ <https://www.cnj.jus.br/em-revisao-disciplinar-cnj-aplica-pena-de-remocao-compulsoria-a-magistrado-do-piaui/>

artigo 83 do RICNJ: quando a defesa busca o CNJ através da revisão disciplinar encontra dificuldades para superar seus requisitos; porém, quando o CNJ propõe revisões disciplinares de ofício, temos que os filtros de admissibilidade são mais alargados (mas isso será objeto de um outro artigo específico sobre o tema).

IV – E O QUE FAZER QUANDO ENTENDEMOS QUE O PLENÁRIO DO CNJ “EXTRAPOLA” NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES?

E o que fazer quando entendemos que o Plenário do CNJ “extrapola” na aplicação de sanções disciplinares?

Há vários caminhos técnicos e processuais, mas trazemos aqui, até em razão da limitação de espaço, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema – a jurisprudência do STF é firme no sentido de permitir ao Poder Judiciário apreciar, no bojo do controle de legalidade, a proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos. Nessa linha indicamos alguns precedentes:

“(…) 2. A jurisprudência da Corte é no sentido da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, podendo ele atuar, inclusive, em questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade do ato. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois o agravado não apresentou contrarrazões. (ARE 947843 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03-08-2016 PUBLIC 04-08-2016).

“(…) O controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o princípio da separação dos Poderes, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. (...)”

(RE 580642 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 01-10-2014 PUBLIC 02-10-2014)

Destacamos ainda, que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já julgou diversos processos em sede de revisões disciplinares em que reduziu sanções de natureza disciplinar aplicadas injustamente pelas Cortes de origem. Vejamos:

(...)

A pena de aposentadoria compulsória é a primeira sanção que aplicada

ao magistrado não é proporcional aos fatos constatados, além de destoar da função educativa inerente à toda penalidade. Esta é a sanção mais grave passível de aplicação na via administrativa e, por isso, deve ser reservada a situações excepcionais ou quando a aplicação de outras sanções não surtiu o efeito esperado.

(...)

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001057-19.2019.2.00.0000 - Rel. CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM - 307ª Sessão - j. 31/03/2020).

REVISÃO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. NEGLIGÊNCIA NO DESEMPENHO DE FUNÇÕES JUDICANTES. COMARCA SOB RESPONDÊNCIA DO MAGISTRADO. EXCESSO DE TRABALHO CONSTATADO. DEPOIMENTOS FAVORÁVEIS DESCONSIDERADOS NA ANÁLISE DOS FATOS. DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA IMPOSTA. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. REVISÃO DISCIPLINAR JULGADA PROCEDENTE. APLICAÇÃO DA PENA DE CENSURA.

Pretensão de revisão da pena de aposentadoria compulsória imposta a magistrado, com fundamento no art. 83, I, do Regimento Interno do CNJ.

A análise do contexto fático demonstra que o magistrado se encontrava em sobrecarga de trabalho, agravado pelo período eleitoral. Desproporcionalidade da pena imposta.

Contraria a evidência dos autos o desprestígio aos depoimentos e documentos favoráveis à defesa, os quais devem ser devidamente valorados.

Procedência do pedido revisional para, na linha dos precedentes do CNJ, aplicar a pena de censura.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0000933-70.2018.2.00.0000 - Rel. Henrique de Almeida Ávila - 58ª Sessão - j. 13/12/2019).

REVISÃO DISCIPLINAR. MAGISTRADO EM SUBSTITUIÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS EM EXECUÇÕES PROVISÓRIAS. PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE.

Não há nos autos evidências de que o Magistrado tenha de alguma forma se beneficiado da expedição dos alvarás referidos.

No mesmo sentido, também não houve reforma das decisões pelo Tribunal nos recursos apresentados.

Considerando a reiteração da conduta do Magistrado e sua gravidade, visto que a expedição de alvarás, sem que estivessem atendidos seus requisitos, era passível de causar prejuízo financeiro à parte, entendo que é de ser aplicada ao magistrado a pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, prevista no art. 6º da Resolução CNJ 135/2011.

Revisão Disciplinar parcialmente procedente.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001841-64.2017.2.00.0000 - Rel. ROGÉRIO NASCIMENTO - 31ª

Sessão - j. 15/02/2018).

REVISÃO DISCIPLINAR – CONCESSÃO DE LIMINARES – AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES ELEMENTARES DE PROCEDIBILIDADE – PERSISTÊNCIA MESMO APÓS CIÊNCIA DE CONDOTA DAS PARTES INDICATIVA DE FRAUDE – APLICAÇÃO DE PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA NO TRIBUNAL DE ORIGEM – DESPROPORCIONALIDADE
(...)

3. Por tal razão, **afigura-se excessiva e desproporcional a pena aplicada à magistrada pelo TJ/CE**, em acórdão de fundamentação sucinta, a ensejar a revisão do julgado, com base no art. 83, I, do RICNJ.

4. Aplicação da pena de disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, prevista no art. 6º da Resolução CNJ 135/2011.

5. Revisão Disciplinar julgada parcialmente procedente.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001877-43.2016.2.00.0000 - Rel. LELIO BENTES CORRÊA - 253ª

Sessão - j. 13/06/2017).

E mais ainda do próprio CNJ:

REVISÃO DISCIPLINAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DISPONIBILIDADE COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. OFENSAS ÀS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 35, I e VII DA LOMAN C/C ART. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. USO IRREGULAR DO VEÍCULO OFICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PLACA OFICIAL PELA COMUM. DESVIO

FUNCIONAL NÃO CARATERIZADO. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.

(...)

6. Desproporcionalidade da penalidade aplicada. A sanção de disponibilidade com vencimentos é penalidade considerada grave e não pode ser aplicada de forma residual, quando impossibilitada a penalidade de advertência, censura ou remoção compulsória.

7. Conduta do revisionado que se considera não configuradora de desvio funcional e a penalidade cominada pelo Tribunal que se reputa desproporcional.

8. Revisão Disciplinar que se conhece e se julga procedente.

(CNJ - RD - Reclamação Disciplinar - 0010105-70.2017.2.00.0000 - Rel. ARNALDO HOSSEPIAN - 293ª Sessão - j. 25/06/2019). (grifamos)

V – CONCLUSÃO

O artigo 42 da LOMAN traz como penas disciplinares: advertência (inciso I); censura (II); remoção compulsória (III); disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (IV); aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (V); e demissão (VI).

O tema da gradação das penas disciplinares previstas na LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar n 35, de 14.03.1979) é de extrema importância e merece total atenção por parte dos advogados que militam perante o CNJ.

⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm

A JURISDIÇÃO E SUAS RELAÇÕES COM O PODER LEGISLATIVO

*André R. C. Fontes**

Resumo: Trata o texto das relações da jurisdição com a função normativa, exercida pelo Poder legislativo.

Palavras-chave: função - complementariedade - legalidade.

Abstract: the text deals with the relationship between jurisdiction and the normative function exercised by the Legislative Branch.

Keywords: function - complementarity - legality

A unidade, a integridade e o caráter consequente da jurisdição ao exercício da função normativa são reconhecidos não somente pelos estudiosos, mas definitivamente por aqueles que exercem a função jurisdicional. Ao guardarem uma correlação entre a jurisdição e a função normativa em seu mais amplo sentido, estarão os juízes a consagrar a razão de ser do Estado de Direito: a de que o Estado se submete às suas próprias leis – *legem patere quam fecist* (suporta a lei que fizeste). Pela extraordinária importância que tem a concepção geral de que um órgão do Estado já teria dito ao juiz como agir, ao ser chamado para resolver um conflito entre dois sujeitos, deve ser lembrado que o magistrado, no exercício da função judicante, deve decidir segundo a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Ao confiar ao juiz uma atividade ampla e articulada à qual correspondem diversos tipos de competências, desde a composição dos conflitos até a organização da estrutura, carreira, cargos e funções, foi essa atuação chamada de forma simples e genérica de *administração da justiça*. Apesar de não haver um consenso acerca de uma definição ou sobre o significado exato do termo jurisdição, de acordo com alguns estudiosos, ser juiz significaria tão somente administrar a justiça.

Essa relação entre lei e jurisdição evoca algo assaz importante, mas, que, parece especialmente poupado nos estudos mais destacados da literatura tradicional: a de que o vínculo da função jurisdicional com a lei se bifurca, de modo mais aprofundado, nas seguintes direções: (i) no seu complexo, é exercida em nome do povo, que é o (ii) único investido como exclusivo titular da soberania.

Convém notar que as circunstâncias políticas e jurídicas que nos levam a associar a magistratura com o titular da soberania - o povo brasileiro -, orientam a um debate: o de se retornar a um pretense e indevido formalismo jurídico. E mais ainda que, a ideia de um juiz sujeito à lei traria consigo a desconfiança de que o magistrado seria simplesmente "a boca da lei" - em outras palavras, um autômato -; mas, também à outra, igualmente grave: a de ter que aplicar leis injustas.

Quando se quer saber sob qual influência se faz tal afirmação, lembramos que a essência da concepção soberana da função de julgar deve ser a de que o povo elege os membros do legislativo, que por sua vez aprovam as leis que o juiz deverá aplicar. E essas leis são dirigidas ao próprio povo, como também são leis de organização judiciária, da atividade jurisdicional e do próprio controle da magistratura.

Para aclarar as ideias aqui expostas, advertimos que o princípio da soberania popular sintetiza os conhecidos princípios indissolúveis da atividade judicial, mas que encontra sua matriz indiscutivelmente no postulado de que o poder judiciário é administrado em nome do povo - o povo brasileiro - e que obedece à sua vontade.

Esse caráter sistemático universal significa que o exercício da jurisdição não é a realização de um mero interesse pessoal ou particular, nem está sujeito a nenhuma submissão aos dois outros poderes, especialmente ao Poder Executivo. A divisão dos Poderes da República, distintos e harmônicos, não é algo artificial ou arbitrário,

e é por isso que se diz que deve o juiz ser *imparcial* (por não atender nenhum interesse particular, nomeadamente o dos sujeitos do conflito, levado a juízo para ser resolvido) e *independente* (significa dizer: estar livre de uma subordinação aos demais Poderes, ou seja, o Poder Legislativo e o Poder Executivo).

Imparcialidade e independência sintetizam dois aspectos determinantes do exercício da função de julgar, seja sob a óptica dos sujeitos do conflito (imparcialidade), seja pela perspectiva dos demais Poderes (independência), mas exprimem uma combinação ou uma coordenação com o *princípio da soberania popular*, que expressa sua vontade por meio da lei (votada pelos representantes do povo) e dirige ao juiz uma comunicação que legitima seus atos judiciais pelos vínculos entre a lei a ser aplicada coercitivamente e sua sentença (legitimação democrática *a priori* da função jurisdicional), e atendendo à concepção de legitimidade democrática conforme o seu proceder na aplicação das regras do Estado de Direito (legitimação democrática *a posteriori*).

A concepção de Estado, no exercício da função jurisdicional, ou seja, o Estado-juiz conduz à premissa fundamental de que um órgão estatal já teria dito como deve agir o juiz, se for chamado para resolver um conflito entre dois sujeitos. E não se pode compreender bem a fundo a jurisdição sem se precaver de que nas distintas dimensões - a de Estado democrático e a de Estado de direito-, sua condição (da função jurisdicional) é a de Poder ou, mais propriamente, ser um dos três Poderes da República.

A ideia de jurisdição está em constante aperfeiçoamento. E essa lenta e progressiva evolução não foi acompanhada de nenhum balanço crítico institucional. Os melhores e mais avançados esforços para o desenvolvimento e exercício da jurisdição são invariavelmente marcados por uma perspectiva acadêmica. Curiosamente, juízes e professores falam *ex cathreda*, portanto, sem que a posição cognitiva de cada um pressuponha e às vezes até necessite de uma inteligência profunda e objetiva de certos processos de formação de suas ideias, que haveriam de ser claros, didáticos e transparentes. Passando, todavia, o problema sob uma perspectiva acadêmica, anotamos que os autores brasileiros ao se debruçarem sobre o problema evolutivo da jurisdição partem - como é aceito normalmente - da concepção romana (*jurisdictio*) e, na tarefa de lograr uma visão sistemática de desenvolvimento, chegam, ao final, a uma conclusão que bem poderia ser de corte italiano, seguida de autores de língua castelhana ou de Portugal. É de se assinalar que só em casos de peculiar importância, e na

terra firme dos autores em geral, a grande exceção talvez seja a competência jurisdicional no tratamento das questões constitucionais, mais conhecida – a despeito de ser jurisdição um termo absoluto – como jurisdição constitucional.

A interpretação normalmente feita em nosso País, sobre bases italianas, portuguesas e de autores de expressão castelhana, não significa que se prescindiu de outras concepções, nem da existência de uma unidade de posicionamento frente às demais nações. Os anglo-saxões, por exemplo, partem de teorias que consideram o direito como “a profecia do que farão os tribunais”, e admitem que o Estado nasce com a jurisdição e, então, o juiz *ius dicit*, isto é, afirma o ser, o concreto nos dois momentos incidíveis, se é que de dois momentos se pode falar do fato e do direito, sabido que “o direito é, verdadeiramente, aquilo que o juiz diz ser direito”.

É necessário reconhecer que as sociedades se esforçam na elaboração de um Estado moderno, que estruture a ordem jurídica e formule leis destinadas à vida e ao bem-estar em geral. À medida que uma dada sociedade alcança seu desenvolvimento, encontra a lei o seu lugar e de modo entrelaçado a sua aplicação para realizar o bem comum e sempre que necessário na solução de conflitos de interesses intersubjetivos que venham a perturbar a paz.

Se nos limitarmos somente à concepção da jurisdição como uma função soberana do Estado, confiada ao Poder Judiciário sob a forma de administração da justiça, haveremos de reconhecer que fazer atuar coercitivamente o direito objetivamente considerado, criado pelo Poder Legislativo, torna o juiz muito mais do que um aplicador da lei nos conflitos de interesses intersubjetivos: ele também buscará *resguardar* a ordem jurídica e a autoridade da lei.

Significa dizer que a jurisdição é complementar à atividade legislativa do Estado. A própria essência da jurisdição, ao impor a norma jurídica em vigor e apresentá-la como solução, é a forma indubitável de prevenir novos conflitos, de assegurar a ordem jurídica a todos e tutelar o direito de cada um.

Essa complementariedade se apresenta pela atuação do juiz na composição de litígios, mediante a aplicação coercitiva das normas jurídicas extraídas das leis em geral e tutela dos direitos subjetivos, motivo pelo qual a função jurisdicional é, assim, um *prolongamento* da função legislativa e mesmo a pressupõe.

De acordo com a conclusão acima exposta, poder-se-ia imaginar que há uma

identidade entre a *lei* e a *sentença*. E logo se pensaria em um juiz como “a boca da lei”. Contudo, não se deve pensar dessa maneira, e muito mais ainda achar que a lei – ou mais propriamente o seu texto – se confundiria com a norma jurídica. É consabido o esforço dos juristas em introduzir a noção de norma jurídica, extraída pelas múltiplas formas hermenêuticas, e sempre em uma aplicação concreta, ou seja, sob específicas circunstâncias fáticas. Os comentadores de códigos e leis em nosso País são a prova viva de que de um único dispositivo de lei podem existir variadas interpretações e constatar a diversidade de opiniões vistas só desse ângulo – ou seja: da variedade de intérpretes. Nem mesmo a Bíblia – como livro sagrado – deixou de suportar tantas interpretações quantos fossem seus leitores e intérpretes, e não é de todo dispensado o critério temporal (tempos e épocas a marcar diferentes conclusões dos teólogos), além do local na sua leitura.

Reconhecer que um texto de lei pode não ter intérpretes com opiniões coincidentes parece ser um primeiro passo para o equívoco, como é identificar *lei* com *sentença* ou *lei* com *norma jurídica*. A desconfiança de que a complementariedade da lei, na função do juiz, traduziria um retorno ao formalismo jurídico e do juiz como “boca da lei” contraria a realidade da nossa época (se é que um dia vigorou!) e a ideia de que as injunções de cada intérprete ou aplicador da lei jamais deixariam de ser variadas (*princípio da variabilidade do juízo hipotético-normativo*).

Não se deve pensar que a lei e a sentença não se complementam objetivamente. Na hermenêutica jurídica existem diversos pontos de vista a esse respeito. E da mesma forma que nenhum pintor retrataria a mesma paisagem que outro, *mutatis mutandis*, nenhum intérprete da lei encontrará identidade com a redação legal – especialmente porque, a despeito dos importantes e decisivos debates e discursos na *interpositio legislatoris*, são homens do povo os nossos representantes parlamentares e deles não se pode exigir qualquer formação para a elaboração de um texto legislativo perfeito e impecável em sua redação, a despeito do reconhecido mérito e competência que lhes são peculiares.

A possibilidade de o juiz objetivamente orientar-se pela regra legal obedecerá ao plano mais distinto da noção de Estado de Direito e da aplicação da legalidade (ou *princípio da legalidade*) que ele encerra. Para que uma possibilidade se transforme em realidade, deixamos aqui a forma principiológica que engendra essa premissa do Estado de Direito para o juiz: o *princípio da vinculação da jurisdição à lei e ao direito*.

Uma peculiaridade da jurisdição haveria de ser lembrada, especialmente em um estudo sobre as relações com o Poder Legislativo. É o caso de o juiz ser chamado a resolver um conflito sem que haja previsão legal, e, pasmem, em dados reconhecidos pelo próprio legislador. Devemos recordar a base material desse regime: o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Ressalvamos ainda que o alcance não expresso da mencionada lei pode abranger a necessidade como fonte do direito – *necessitas facit jus*. Exemplo mais frequente é o valor da reparação em dinheiro por dano moral. Diversamente do dano material, não há elementos que indiquem o montante do que será ressarcido. Nesse caso, a lei (novamente) outorga ao juiz o poder de decidir, como se legislador fosse, qual seria o *quantum* devido. A literatura reconhece essa maneira do juiz exercer a jurisdição como *jurisdição de equidade*. Nela a enunciação do direito se dá em concreto, ou seja, após o fato sobre o qual o juiz é chamado a decidir. O direito é formulado *post factum* (jurisdição de equidade). Porém, a visão mais tradicional dos estudos de jurisdição está assentada nos casos em que a enunciação do direito é em abstrato e *ante factum* (jurisdição legal).

A necessidade de se anular um contrato por um defeito do negócio jurídico, tal como seria o dolo – ou seja, o erro provocado – ensejaria o exercício da *jurisdição legal*. Tal ocorre também com a prescrição da pretensão indenizatória ou os efeitos de um contrato se limitarem aos cocontratantes por força do princípio da relatividade.

São casos de jurisdição de equidade, entretanto, aqueles em que o juiz formulará, como se legislador fosse, a solução total ou parcial do problema – caso de *equidade-formativa* (mandado de injunção ou do poder normativo da Justiça do Trabalho), de *equidade-integrativa* em que o juiz acresce ou acrescenta a solução da lei (percentual de honorários advocatícios, valor dos alimentos em direito de família e até a fixação da pena no âmbito penal) e finalmente a *equidade-substitutiva* que é autoenunciativa e a mais rara, pois o juiz pode substituir a solução legal por outra, e nos juizados especiais isso parece perfeitamente possível – art. 6º, da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 - tal como mandar fazer a destroca de um animal vendido a outro pequeno agricultor, se entender não aplicar o princípio da obrigatoriedade dos contratos para aquele que não tem dinheiro ou outro meio de cumprir a obrigação. Um bom exemplo também de possibilidade de equidade-substitutiva é a disciplina do art. 723,

parágrafo único, do Código de Processo Civil, ao tratar da denominada jurisdição voluntária ou graciosa.

Para se bem compreender a jurisdição de equidade não se deve confundir com o uso da equidade na interpretação e aplicação do direito em geral. Ao contrário da jurisdição de equidade, a ideia de equidade na interpretação e aplicação do direito é muito mais vasta, mais rica de conteúdo e profundidade. A sua noção é ensinada nos primeiros meses do curso de Direito e é marcada pela síntese da “justiça do caso concreto”. De acordo com certo desenvolvimento teórico, a equidade na interpretação permitiria prever normalmente que os fins da norma jurídica somente seriam alcançados se ela *não* fosse aplicada. A equidade-interpretação não é objetiva nem normativa, mas subjetiva e casuística. As circunstâncias de seu uso não estão limitadas aos casos em que a jurisdição de equidade se faz necessária.

A lei cria a solução legal prévia e também diz quando não haverá lei para o caso. Apesar dessa aparente contradição, só a lei pode dizer os casos nos quais o juiz se valerá da jurisdição de equidade. No entanto, essa limitação legal nunca será elemento do conceito de equidade-interpretação. É que a equidade-interpretação é de aplicação geral e usada por todos que estiverem diante do dilema de contradição entre os fins da norma com a sua aplicação. A par do uso comum do termo equidade, a equidade que fundamenta a decisão do juiz (equidade-criação) no exercício da jurisdição do mesmo nome (jurisdição de equidade) sempre dependerá de lei, por significar algum tipo de exercício de uma solução jurídica que não advém de norma jurídica, e mais ainda, a necessidade de atender à divisão harmônica dos Poderes da República.

O Poder Legislativo exerce primordialmente a função normativa, embora também exerça em caráter não-principal a função administrativa e ainda, excepcionalmente, a função jurisdicional. A função jurisdicional é normalmente confiada ao Poder Judiciário, exceto o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal. Por se tratar de uma excepcionalidade, a literatura mais destacada atribui a esse poder jurisdicional do legislativo de *jurisdição anômala*.

De acordo com a orientação mais comum, o Poder Executivo exerce de modo principal a função administrativa e ainda, de modo secundário, a função normativa – tal como ocorre com as medidas provisórias e os atos normativos administrativos (resoluções e portarias), nunca exercendo a função jurisdicional

no Brasil. É consabido que o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional por excelência, e em caráter não predominante a função administrativa e normativa (quando, por exemplo, elabora seu regimento interno). A Justiça Eleitoral é a única que exerce quantitativamente mais função administrativa que a jurisdicional – uma realidade peculiar a esse ramo do Judiciário brasileiro.

Uma análise profunda do Direito Constitucional alemão e de sua Lei Fundamental bem resume a situação dos três poderes da República: o Poder Executivo e o Poder Judiciário obedecerão à Constituição e às leis, o Poder Legislativo obedecerá à Constituição da República.

Cada manifestação jurisdicional reflete um aspecto da função normativa, ou talvez mais do que isso: a importância do Poder Legislativo. Em todas as manifestações jurisdicionais há um valioso enriquecimento da vontade do povo na formação das teses e teorias fundamentais, que pautam a missão do Poder Judiciário. Eis porque se devem adotar as diversas ópticas na avaliação das concepções utilizadas nos julgamentos baseados na jurisdição legal. E isso não exclui o exercício da jurisdição pela Suprema Corte na aplicação da Constituição da República. A ideia de não ser absoluto o conceito de jurisdição, de modo a aceitar uma concepção *per se stante* para a assim denominada jurisdição constitucional, desligada e desintegrada dos princípios e valores consolidados em nosso País, se converteria em um verdadeiro desvio de perspectiva. Ao mesmo tempo, as leis e a Constituição da República podem ser dúbias para comportar as posições políticas e crenças públicas dos congressistas e parlamentares em geral. E isso se manifesta por meio da atitude do juiz no seu compromisso com a liberdade e com a paz social.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto. *Aportes para una filosofía del sujeto, el derecho y el poder*. Bogotá: Universidad Libre, 2012.

ASENCIO MELLADO, Jose Maria. *Derecho Procesal Civil*. Parte Primera. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BELLOCCHI, Márcio. *Jurisdição, juízes e árbitros*. São Paulo: RT, 2023.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Moinho do Verbo, 1999.
- BRUFRAU PRATS, Jaime. *Teoria fundamental del derecho*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 1990.
- DÍAZ ROCA, Rafael. *Teoria General del Derecho*. Madri: Tecnos, 1997.
- DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre justicia distributiva*. México: Fontamara, 2001.
- DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. Trad. Adolfo Posada. Madri: Francisco Beltrán, 1891.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol I. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo Buenos Aires: UTEHA, 1944.
- CERAMI, Pietro; MICELI, Maria. *Storicità del diritto strutture costituzionali, fonti, codici prospettive romane e moderne*. Turim: Giappichelli, 2018.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Guimarães Menegale. 2ª e. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1983.
- CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil*, v. 1. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1976.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo; Saraiva, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitucion y proceso*. Madri: Tecnos, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luís. *Instituciones de derecho procesal*. T. I, 3ª ed. Madri: Tecnos, 1993.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Estudios de derecho procesal*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974.
- LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho procesal organico*. 2ª ed. Madri: Tecnos: 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2023.

- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 1971.
- ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. 2ª ed. Turim: Giappichelli, 1963.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion*. 6ª. Madri: Tecnos, 1999.
- REQUEJI PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdiccion e independência judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2013.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ROCHA, José de Moura. *Processo de conhecimento*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SATTA, Salvatore. *Norma, Diritto, Giurisdizione, in Quaderni del Diritto e del Processo Civile*, II, Padua: CEDAM, 1969.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. José Manuel Nuñez, Córdoba: Lerner, 2006.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Rodrigo Otávio Monteiro da. *Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Inter Saberes, 2021.
- SOUZA, André Pagani de, et alii. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 6ª ed. Barueri; Atlas, 2023.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Procesual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VELLOSO, Alvarado. *El juiz sus deberes y facultades*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

A VALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Carlos Henrique Batista da Costa¹

Resumo: O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, que incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal. Esse instituto permite um acordo entre o Ministério Público e o Réu para evitar a denúncia, desde que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça e a pena mínima seja inferior a 4 anos. No entanto, há controvérsia sobre a exigência da confissão formal e circunstancial como um dos requisitos para o acordo, em conflito com o princípio da não auto-incriminação. A análise da constitucionalidade desse requisito revela que a confissão não deve ser o único critério para o ANPP, pois o artigo 28-A considera a confissão apenas um elemento do acordo, que deve beneficiar ambas as partes. Para o Réu, isso significa evitar o ônus do processo e o risco de condenação, enquanto para o Ministério Público, a confissão serve como prova em caso de descumprimento do acordo. Assim, conclui-se que a confissão é constitucional como requisito essencial para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Processual Penal; Constitucionalidade; Acordo de Não Persecução Penal; Confissão.

THE VALIDITY OF CONFESSION IN THE NON-PROSECUTION AGREEMENT

Abstract: The Agreement on Non-Prosecution (ANPP) was introduced by Law No. 13.964/2019, which included Article 28-A in the Code of Criminal Procedure. This institute allows for an agreement between the Public Prosecutor's Office and the Defendant to avoid a formal charge, provided that the crime was not committed with violence or serious threat and the minimum penalty is less than four years. However, there is controversy

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Pós-Graduando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

regarding the requirement for formal and circumstantial confession as one of the conditions for the agreement, conflicting with the principle of non-self-incrimination. An analysis of the constitutionality of this requirement reveals that confession should not be the sole criterion for the ANPP, as Article 28-A considers confession merely one element of the agreement, which should benefit both parties. For the Defendant, this means avoiding the burden of legal proceedings and the risk of conviction, while for the Public Prosecutor's Office, the confession serves as evidence in case of non-compliance with the agreement. Thus, it is concluded that confession is constitutional as an essential requirement for the celebration of the Agreement on Non-Prosecution.

Keywords: Criminal Law; Criminal Procedural Law; Constitutionality; Non-Prosecution Agreement; Confession.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da implementação dos dispositivos previstos do Pacote Anticrime da Lei nº 13.964/19, com o objetivo de combater a violência, corrupção e criminalidade e com o conseqüente desejo de redução do estrangulamento do sistema de justiça criminal.

A lei supramencionada, gerou diversas alterações na legislação penal e processual penal, sendo um dos dispositivos legais desta pesquisa é o art. 28-A do Código de Processo Penal, abordando sua origem histórica, sua criação, e seu objetivo de evitar o ajuizamento da denúncia e maneira com que a justiça penal negociada está sendo implementada na legislação brasileira.

Logo, a presente artigo, tem por objetivo compreender e analisar o Acordo de Não Persecução Penal, sob a perspectiva dos direitos constitucionais do Direito Penal e Processual Penal, buscando compreender a relação entre o direito à não auto-incriminação e a exigência da confissão na propositura do acordo. Tendo em vista, que este tema não possui contornos delimitados ainda pela jurisprudência e pela doutrina.

O direito à não auto-incriminação possui previsão na Constituição e em legislações infraconstitucionais, sendo um direito consagrado nos principais tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Sendo assim, é um direito fundamental, que normalmente

é associado a outros direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, como a dignidade, intimidade, integridade corporal.

Desta forma, os três principais objetivos do presente estudo, está no primeiro momento verificar a origem, implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e seus requisitos, enquanto no segundo momento compreender os direitos constitucionais do processo penal como o direito à não autoincriminação, para que se torne possível no terceiro momento, analisar e compreender o entendimento das cortes superiores, doutrinária sobre a relação entre a confissão para cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal e a constitucionalidade deste requisito e da condenação em caso de descumprimento do acordo e o oferecimento de denúncia. O fundamento desta pesquisa, será por meio das divergências doutrinárias e jurisprudências, de maneira explicativa, para que seja possível a compreensão do tratamento aplicado sobre os questionamentos.

2. ESBOÇO HISTÓRICO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surgiu com base no modelo de justiça negociada do *common law*, adaptado ao sistema brasileiro por meio da Lei nº 13.964/19, também conhecido como Pacote Anticrime. Inspirado em práticas como o *plea bargaining* dos EUA e acordos da Alemanha, o ANPP busca reduzir o ajuizamento de denúncias através de negociações entre o Ministério Público e o réu.

O acordo visa otimizar a justiça criminal ao concentrar os esforços do sistema em crimes mais graves, evitando a sobrecarga processual. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de investigações conduzidas pelo Ministério Público, reforçando a validade do ANPP.

Ainda que o ANPP tenha gerado controvérsias quanto à sua legalidade e violação de direitos, ele se mostra um avanço nas políticas públicas de combate à criminalidade no Brasil. O Supremo Tribunal de Justiça também decidiu que a ausência de confissão no inquérito não impede a análise do Ministério Público para a oferta do acordo.

O ANPP ainda apresenta limitações, como a proibição em crimes de violência doméstica e reincidência. Em caso de descumprimento do acordo, o Ministério

Público pode rescindi-lo e apresentar denúncia, mantendo o controle sobre o processo. Para que o ANPP tenha validade, o juiz deve homologar o acordo, verificando a legalidade e voluntariedade da confissão.

3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Este tópico visa analisar os princípios constitucionais que fundamentam o processo penal brasileiro, essencial para entender o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Os princípios constitucionais são fundamentais, pois estabelecem diretrizes que orientam a atuação do Estado e garantem os direitos dos indivíduos.

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição, afirma que ninguém pode ser punido sem uma lei que defina a infração, impedindo abusos do poder estatal. Esse princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e é corroborado por documentos históricos, como a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (MACEDO, 2005).

A igualdade é outro princípio relevante, estabelecido no art. 5º, I, assegurando que todos são iguais perante a lei, independentemente de sua condição econômica ou social. Este princípio busca garantir um tratamento equitativo no processo penal e, caso violado, pode anular a ação penal (MACEDO, 2005).

O princípio da humanidade é igualmente importante, sendo garantido pela Constituição e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ele assegura que a dignidade humana deve ser respeitada em todos os momentos do processo penal, evitando tratamentos degradantes ou torturantes (MACEDO, 2005).

O devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição, garante que ninguém será privado de liberdade ou bens sem um processo justo, assegurando que todas as garantias legais sejam respeitadas. Essa proteção é reafirmada em documentos internacionais (MACEDO, 2005).

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, garante que ambas as partes tenham a oportunidade de se manifestar em todos os atos do processo. Essa garantia fundamental assegura que todas as partes possam se defender adequadamente, evitando decisões arbitrárias (MACEDO, 2005).

O princípio do juiz natural é crucial, pois estabelece que todos os julgamentos

devem ocorrer por autoridades competentes e imparciais, evitando juízos de exceção e garantindo a legitimidade do processo (MACEDO, 2005).

A presunção de inocência, um dos pilares do Direito Penal, estabelece que todo acusado deve ser considerado inocente até que sua culpa seja provada. Este princípio é uma salvaguarda essencial no sistema penal brasileiro, conforme o art. 5º, LVII (MACEDO, 2005).

Por fim, o direito à não autoincriminação é um direito humano fundamental, consagrado no art. 5º, LXIII, que garante ao réu o direito de permanecer em silêncio, protegendo-o de coerções e evitando que seja forçado a confessar crimes (MILLANI, 2015).

Em suma, esses princípios têm como objetivo limitar o poder punitivo do Estado, garantindo um processo penal que respeite os direitos fundamentais e a dignidade humana. Eles garantem que o processo penal não seja um instrumento de arbítrio, mas sim um meio de assegurar justiça e equidade no sistema jurídico.

4. DA CONFISSÃO COMO PRÉ-REQUISITO

Diante dos fatos acima expostos, faz-se necessário discorrer acerca do foco central desta pesquisa, acerca da confissão como pré-requisito, sob a ótica do Ministério Público. A presente condição, está prevista no art. 28-A do Código Processual Penal, com a seguinte redação: “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal (...) o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal (...)”.

O cerne da discussão do tema, está na possibilidade de utilização desta confissão em rescisão por descumprimento dos termos do acordo, por parte do acusado, como meio de prova para ingresso de futuro ação penal. Todavia, há diferentes entendimentos sobre o respectivo assunto, na qual para determinada corrente, a utilização desta confissão era impossível, em virtude de ser somente um requisito formal para a realização deste acordo.

O argumento que vem ganhando força, é no sentido da inconstitucionalidade da própria exigência da confissão, justamente em virtude do que fora supramencionado, no sentido da não possibilidade de cumprimento, o Ministério

Público poderia denunciar o investigado, sob o escopo da admissão de culpa, gerando assim danos. Outro argumento muito utilizado, é o de que seria inconstitucional em virtude de violar o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (ANTONIO FILHO, 2021).

No entanto, se torna pertinente mencionar, que não há dever a silêncio, a parte possui a possibilidade de confessar os fatos imputados, cabendo assim, ao próprio indivíduo a decisão de livre espontânea vontade, assistido por seu procurador, se possui o interesse na celebração do acordo. Logo, entende-se que havendo propositura do acordo, não há obrigação a confissão, mas opta por fazê-lo.

Outrossim, a inutilidade da confissão, em virtude de que desta nada poderia ser agregado, justamente por haver o entendimento, de que caso haja propositura de ação penal, e não havendo justa causa para ela, esta deve ser arquivada. Todavia, caso haja justa causa, a confissão será desnecessária, ou seja, a confissão nada serviria para fins de oferecimento de denúncia, a confissão não iria agregar, pelo entendimento de que o oferecimento de acordo deve se dar com a justa causa devidamente caracterizada.

Em virtude do fato acima exposto, nota-se que a confissão não poderia ser somente usada como um único requisito para o Acordo de Não Persecução Penal, no entanto, conforme previsto pelo artigo 28-A, trata-se de um mero requisito, no qual não impõem sofrimento ao réu. Este fato ocorre, oriundo da perspectiva do negócio jurídico bilateral, a partir da troca dos envolvidos, para que se torne possível o ganho.

Desta forma, não haveria do que falar sobre as violações aos direitos do investigado, tendo em vista que este optou por não confessar. Logo, vantagem do acordo é evitar o ônus do processo e o risco de condenação ao final, mas se o investigado se entende inocente que os elementos contra ele não serão robustos suficientes para levar a uma condenação, pode perfeitamente recusá-lo. Cabendo assim, a defesa técnica orientar seu cliente, em virtude das informações privilegiadas que possuem (ANTONIO FILHO, 2021).

Outro argumento, é no sentido de que para a utilização meramente na fase investigatória seria decorrência do fato de que os autos de investigação preliminar, não poderiam ser anexados na ação judicial. A discussão da utilização

somente existiria em virtude da suspensão do juiz de garantias em sede liminar das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, tendo-se em vista que quando vigentes tais disposições, o acordo de não persecução penal será homologado pelo juiz das garantias, o qual acautelará os autos (CPP, art. 3º-B, §3º), implicando que não haverá remessa do acordo e da confissão ao juiz da causa.

No que se refere ao juiz das garantias, este foi incluído pelo Pacote Anti-crime, visando a garantia de maior efetividade na persecução penal. Seu principal fundamento, é a inexistência de contraditório e ampla defesa na fase preliminar, conseqüentemente, este juiz terá contato com informações imprestáveis para o convencimento judicial, analisando-se destes materiais para compreender a possibilidade da ação penal com o recebimento da denúncia.

Se o principal problema de se aportar os documentos decorrentes de atos de investigação na ação penal é a falta de contraditório e ampla defesa, tais óbices desaparecem relativamente à confissão formulada no acordo de não persecução penal (ANTONIO FILHO, 2021).

Logo, se torna possível dizer que o princípio do contraditório de audiência é entendido como uma imposição de que deve haver as partes a oportunidade ou não de influir no convencimento do magistrado, utilizando-se da participação e manifestação acerca de atos que permeiam a evolução processual.

No que se refere ao princípio da ampla defesa, este instituto possui como destinatário o réu. Por meio da qual, torna-se necessário assegurar as possibilidades de defesa, nas quais o Estado possui o dever de prestar assistência jurídica daqueles que possuem insuficiência de recursos, conforme previsto pelo art. 5º, LXXIV, CF/1988.

Diante do fato acima apresentado, nota-se que os princípios são observados no acordo de não persecução penal. Considerando-se que o acusado é assistido pela sua defesa técnica, com a oportunidade de escolha acerca do acordo, com o Ministério Público (MP), o que é manifestação do direito à participação. Conseqüentemente, não haveria do que se falar em exclusão do acordo de não persecução penal, pelo entendimento de que são excluídos os elementos de investigação.

Segundo o art. 3º-C, §3º, do CP, ficarão acautelados os autos que compõem matérias de competência do juiz das garantias, não sendo também apensados aos autos enviados ao juiz da instrução e julgamento.

Nesta hipótese então, caberia ao juiz das garantias homologar o acordo, conforme previsão do art. 3º-B, XVII, CPP e art. 3º-C, §3º, de maneira que os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das garantias não são apensados aos autos do processo enviados ao Juiz da Instrução e Julgamento.

Destarte, aos meios de obtenção de provas, a partir das quais a confissão passa é configurada como prova, e prevista (estimulada) no ordenamento jurídico, fazendo com que o acordo de não persecução penal traga em seu bojo, a obtenção dessa prova, para ser utilizada em eventual ação penal, a ser ajuizada em caso de rescisão. Logo, não há do que se falar da confissão no acordo de não persecução penal como medida de obtenção de prova.

Em se tratando da probabilidade do uso da confissão como prova na ação penal, serve como mais um sério fator de desestímulo ao descumprimento às condições do acordo, uma vez que essa prova já foi obtida, como requisito à celebração do acordo de não persecução. Logo, este acordo, irá servir como medida de obtenção da confissão, configurando-se como exceção, e permitindo sua utilização no processo em contraditório (ANTONIO FILHO, 2021).

Outrossim, ao argumento contrário à utilização da confissão, no qual compreende que tal confissão, visa dar uma finalidade diversa ao ato, no sentido de *"impedir que terceiros assumam a autoria de um crime que não cometeram"* (ROSA et alli, 2021, p. 58). Em outras palavras, entende-se que é uma proteção aos investigados, no sentido de que não sofram consequências, ainda que negociadas, do crime cometido por outrem.

Mas a exigência da confissão não evita essa possibilidade: se há prova da materialidade e há indícios de autoria contra determinada pessoa que, em verdade, é inocente, dificilmente o órgão de acusação identificará a falsidade da confissão para fins de acordo e, por outro lado, a recusa do acordo por esse inocente não impedirá o oferecimento de denúncia. No entanto, mesmo que a confissão seja utilizada para identificação da inocência, não é suficiente para ser justificável uma inclusão como requisito do acordo. Logo, entende-se que a confissão não se presta à verificação da voluntariedade do acordo (ANTONIO FILHO, 2021).

Seguindo esta lógica, sua exigência seria desnecessária, fazendo com que os argumentos críticos da confissão ganhassem força, conforme alegado por (LOPES, Júnior, 2021, p.511) *"a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da*

culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados [...]”.

Todavia, a Lei nº 9.099/1995 por meio da suspensão condicional do processo e da transação penal, não se utilizou da confissão como requisito para celebração do acordo, não sendo assim um empecilho para a apuração da voluntariedade.

Se torna imprescindível mencionar, acerca da análise da voluntariedade no qual deve se ater às condutas atribuídas; os termos da proposta oferecida e seus requisitos; as consequências em hipóteses de descumprimento do acordo; se não foi coagido a aceitar o acordo; se conversou sobre a legalidade com seu defensor. Diante destas questões, nota-se que é necessário verificar se o acordo se encontra livre de vícios de consentimento, se não há erro ou coação (ANTONIO FILHO, 2021).

Outrossim, ao argumento no sentido da limitação da vontade manifestada para o acordo de não persecução penal, oriundo da percepção de que o réu somente manifesta interesse na celebração do acordo e sua confissão poderia ser usada para fins diversos, inclusive a posterior ação penal.

Se torna nítido, que o acordo de não persecução penal, é um negócio jurídico bilateral, através do qual o investigado irá adquirir o privilégio de não ser processado criminalmente, e não possuir contra si a possível condenação que adviria ao final, enquanto o Ministério Público, ficará responsável de sancionar os comportamentos intoleráveis, pela ótica do controle social, que faz com que exista a pena e o Direito Penal (BUSATO, 2020, p. 623).

Observa-se então, que a confissão na ANPP possui uma função de ganho probatório à acusação, sendo utilizada em caso de descumprimento das condições previamente acordadas, sendo oferecida a denúncia acompanhada da confissão do investigado.

A grande similaridade deste instituto é somente com a colaboração premiada, visto que é outro no qual o investigado necessita colaborar com a acusação. E, neste instituto, na hipótese de rescisão por conduta do colaborador – ou seja, acordo legal, homologado –, todas as provas por ele trazidas, inclusive as auto incriminatórias, são aproveitadas, conforme julgamento do INQ 4483 do STF (STF, INQ 4483 QO, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 21/09/2017).

5. A FUNÇÃO DA CONFISSÃO

Em concordância com os fatos acima apresentados, passou-se a compreender que a confissão no Acordo de não Persecução Penal, sob a ótica do Ministério Público não poderia ser limitada ao mero requisito, devendo ser entendida como prova futura na ação penal em hipótese de descumprimento do acordo. Não podendo ser utilizado, como prova em razão de não homologação do acordo, ou seja, iria voltar ao status quo antes, em razão do princípio da lealdade e da moralidade administrativa.

Desta forma, passa-se a entender que somente haveria a possibilidade de utilização dos fatos confessados somente em inadimplemento, com necessidade de prévia homologação do acordo, sob a demanda de análise da legalidade do pacto e os planos de existência, como por exemplo, a capacidade do agente; o objeto ilícito, possível e determinado ou determinável; forma prescrita em lei; vontade livre e consciente, conforme previsto pelo Código Civil em seu artigo 104.

Sob a visão crítica, se torna possível observar que o art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal, em implementar a confissão formal como requisito para a validade do acordo, torna a declaração no entendimento de Lopes Júnior, como uma forma de imposição de sofrimento e expiação de culpa pelo Estado, em ranço do processo inquisitorial cristão.

Outrossim, a necessidade de confronto com os demais institutos despenalizadores, como a suspensão condicional do processo, transação penal, acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, oriundos da proporcionalidade e lógica sistema em hipótese dá uso da confissão. A transação penal está prevista na Lei nº 9.099/1995, em seu art. 76, no qual aplica estritamente aos detidos de menor potencial ofensivo (menor gravidade). Enquanto a Colaboração Premiada, possui como base legal a Lei nº 12.850/2013, com foco no combate ao crime organizado, ou seja, voltado aos crimes de maior gravidade de 3 a 8 anos, conforme previsto pelo art. 2º, com possibilidade de abranger crimes distintos. Pressupõe, no entanto, elevado grau de colaboração pelo investigado ou acusado, devendo produzir um dos resultados dos incisos do art. 4º, (ANTONIO FILHO, 2021).

No que se refere a suspensão condicional do processo, esta se encontra prevista na Lei nº 9099/95 em seu art. 89, se enquadrando em hipóteses de

infrações penais com penas de até 1 ano. Diferentemente, do acordo de não persecução penal, no qual possui como requisito a pena inferior a 4 anos, ou seja, entende-se que o primeiro benefício seria menos rigoroso do que o último, já que aplicável a crimes menos graves.

Todavia, ao analisar cuidadosamente as condições a serem acordadas por ambas as partes, nota-se que este fato não ocorre, oriundo da imposição da suspensão condicional do processo, impõe período de prova de 2 a 4 anos, circunstância inexistente para o acordo de não persecução penal. Outrossim, frequência em implementação de prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária, sob o fundamento da Lei nº 9.099/1995 em seu art. 89, §2º, não possibilitando assim, distinguir o primeiro do último. Todavia, nota-se que houve admissão por parte do STJ conforme o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÕES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PERDA DA FIANÇA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. Não há óbice legal, segundo o art. 89, § 2o, da Lei n. 9.099/1995, a que o réu assuma obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a penas restritivas de direitos (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), visto que tais condições são apenas alternativas colocada à sua disposição para evitar sua sujeição a um processo penal e cuja aceitação depende de sua livre vontade (AgRg no RHC n. 83.810/PR, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 17/8/2017). 2. É legítima a fixação da perda do valor da fiança como condição do sursis processual. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no RHC 97.534/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 13/06/2018)

O ponto central das divergências entre os dois institutos, está alocada a possibilidade de permissão ao considerar o ANPP, como mais gravoso do que a suspensão condicional do processo, é justamente a necessidade de confissão.

Logo, caso não seja manuseada como prova posterior, sendo encarada como mero requisito formal, torna-se uma exigência frívola, no qual deve ser desentranhada. No entanto, caso de ciência do investigado acerca dos descumprimentos dos receptivos termos do acordo, passará a ser ajuizada contra ele a denúncia, contando com a confissão dele próprio, ou seja, serve de forte

elemento de estímulo para que o investigado cumpra as condições com as quais concordou para se livrar da ação penal (ANTONIO FILHO, 2021).

Entende-se que a crítica de que a confissão seria mero requisito, geram disparidade no acordo de não persecução penal com quebra de caráter sinalagmático, em aplicação de sugestões hermenêuticas de vedação da utilização para demais processos, e sobre a cláusula de confidencialidade. As razões para este acontecimento, estariam embasadas ao fato de que o descumprimento do acordo seria desprovido de consequências. Logo, conforme o entendimento de Antônio Cezar Filho, a única consequência seria possibilitar ao *Parquet* o oferecimento da inicial acusatória, mas isso já lhe era possível antes do acordo, não agregando a rescisão em nada neste tocante, ou seja, o investigado apenas conseguiria retardar indevidamente a marcha persecutória, fragilizando o material probatório da acusação, como já explanado.

Sumamente, o acordo de não persecução penal, nos termos propostos pela interpretação da confissão como requisito, acaba por se traduzir em um instrumento exclusivo de benefício da defesa. Permanecendo assim, à vontade do investigado a escolha acerca do cumprimento os termos acordados, visto que não interessaria a parte o oferecimento da denúncia, ou, em não interesse em cumpri-lo, aceite celebrá-lo como forma de artimanha processual, já que a rescisão levaria ao *status quo ante* (ANTONIO FILHO, 2021).

Cabe expor, que há discricionariedade regrada por parte do Ministério Público, no qual, dentro dos critérios necessários, optou por se pode oferecer ou não o acordo de não persecução penal, havendo margem discricionária acerca de conceitos jurídicos contidos no art.28-A, caput. Todavia, em tratando-se de hipótese de oferta por parte do Ministério Público do Acordo de Não Persecução Penal, o *parquet* ficará refém dos interesses do investigado.

Logo, faz-se necessário o surgimento da sanção para o comportamento daquele investigado, em se tratando de descumprimento de obrigações assumidas no negócio jurídico, sendo inerente ao instituto, a maior sanção, é a utilização da confissão na ação penal a ser proposta. O referido resultado, torna o ANPP, mais oneroso que a suspensão condicional do processo, ou seja, é um instituto proporcional. Ao ponto, que não se torna necessário o atendimento à necessidade e suficiência de reprovação do crime, diminuindo assim, o estímulo do investigo para o descumprimento dos termos acordados.

Diante do discorrido, nota-se que por lógica, que a eficácia da confissão é a produção de prova voluntária, efetuada pelo investigado, não se enquadrando somente em eficácia não endoprocessual, mas sim extraprocessual.

No que se refere a eficácia endoprocessual, esta está submetida a condição suspensiva, junto ao descumprimento dos pontos acordados no acordo de não persecução penal e ao posterior oferecimento e recebimento da denúncia, com o que se forma a relação jurídica processual, na qual há ingresso de prova pré-constituída a confissão, com participação de ambas as partes, somente assim, é admitido (ANTONIO FILHO, 2021).

Em suma, a confissão não pode, por si, condenar o investigado, visto que não se trata de tempos longínquos nos quais a confissão era a prova mais importante. Esta deverá estar de acordo com o restante das provas, para que a sentença penal condenatória esteja embasada.

A eficácia extraprocessual, é a possibilidade de seu uso nos demais feitos. Visto, que em se tratando de assestar terceiros, não há barreiras. A discussão é acerca do uso contra o próprio investigado. Não há como condicionar a produção da eficácia à rescisão do acordo.

Segundo o autor (Lopes Júnior 2021,p. 223), surge-se a necessidade de cláusula de confidencialidade e impossibilidade de uso nos demais casos, *"a lei não estabelece limite de efeitos e esse risco existe. Daí por que pensamos que deverá haver no acordo uma cláusula de limitação de valor probatório, não sendo permitida a publicidade ou o compartilhamento da confissão ou dos termos do acordo de não persecução penal"*. Todavia, não há de se falar em cláusula de confidencialidade, e sequer deve ser a regra, dada a publicidade que deve vigor como regra nos atos praticados pelo Poder Público (CF/88, art. 37, caput), embora seja admissível em alguns casos, notadamente por razões de interesse público ou preservação da intimidade (CF/88, art. 5o, inciso XXXIII, e art. 97, inciso IX), (ANTONIO FILHO, 2021).

Levanta-se diante dos fatos expostos a casuística de três situações, a ação de reparo ao dano, esfera administrativa e a ação de improbidade administrativa.

Através do qual, a primeira situação, menciona (ANTONIO FILHO, 2021), que o fato escapa ao controle do Ministério Público, no qual não pode se imiscuir do poder de disciplinar pela Administração Públicas sendo esta autorizada a utilizar a confissão para instruir o Procedimento Administrativo Disciplinar.

Acerca da Improbidade Administrativa, ocorre que independentemente das consequências penal do fato, a confissão igualmente por ser utilizada. Todavia, com a implementação do Pacote Anticrime, houve a previsão do acordo de não persecução cível, devido às alterações do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992.

A partir da qual, o Ministério Público deverá agir pautado na coerência das suas ações, devido ao Princípio da indivisibilidade, previsto pelo art. 127, caput da Constituição Federal. Logo, ambos os acordos, tanto no cível quanto o penal, possuem seus próprios requisitos previstos em suas respectivas normas, de maneira que, seja possível a concessão de um em detrimento de outro, porém ambos devem ser ofertados.

Em razão dos fatos apresentados, o membro do Ministério Público quando detiver atribuições nas áreas de patrimônio público e criminal, isso não representará um problema, mas deverá haver coordenação e coerência entre os diversos membros nas Comarcas em que houver essa divisão de atribuições, tudo de forma a conferir um tratamento justo e isonômico ao investigado, de maneira que somente se pode só se interessar na avença se conseguir esgotar todas as consequências do fato (ANTONIO FILHO, 2021). Outrossim, um dos requisitos previstos no art. 28-A, I do Código de Processo Penal, a reparação do dano como condição ao oferecimento do acordo de não persecução penal.

No entanto, existe a possibilidade do Ministério Público, ao oferecer a proposta, não detenha conhecimento suficiente acerca do dano e suas extensões, de maneira que se deve compreender, em um caso como este, da possibilidade de que a vítima peça complementação do valor arbitrado total do dano. Todavia, a situação é totalmente diferente da que ocorre na sentença penal condenatória, em que há título executivo judicial reconhecendo a existência do fato e um valor mínimo de reparação, conforme previsto pelo art. 387, IV do Código de Processo Penal, situação esta que a vítima necessita promover a liquidação a fim de se comprovar a verdadeira extensão do dano, como prevê o art. 63 parágrafo único do Código de Processo Penal.

Não há de se falar em título judicial no acordo de não persecução penal, mas mera promoção de ação de conhecimento, por meio da qual deve-se comprovar o ato ilícito ensejador do dever de reparação previstos pelos arts. 186 e 944 do Código Civil, em que pese a situação em que a confissão iria ser utilizada como prova da existência do fato ilícito e da culpa.

6. DO COLHIMENTO DA CONFISSÃO

Acerca da confissão, conforme mencionado na seção anterior, o dispositivo que regula o acordo de não persecução penal, art.28-A do CPP, em sua redação prevê a necessidade da confissão formal e “circunstancialmente”, para se fazer jus. Todavia, no que se refere a esta redação no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, há uma divergência, há previsão é de que o investigado tenha confessado formal e “circunstancialmente”.

No que se refere, a formalidade, não há do que se falar em obscuridades, visto que se trata da confissão colhida durante o depoimento formal do investigado perante o Ministério Público.

Conforme mencionado por (ANTONIO FILHO, 2021), as divergências previstas nos textos das duas redações, prejudicaram a clareza da carga semântica, de modo que o termo “circunstancialmente” se refere à característica minudente do relato, enquanto “circunstancialmente” é relativo à determinada circunstância, ou seja, da celebração do acordo.

De tal modo, conclui-se pela necessidade de interpretação histórica, de modo que se torne necessário a apresentação de um relato rico em detalhes e minucioso, em razão da necessidade de esclarecimentos dos fatos, bem como da extinção da punibilidade. Destarte, a interpretação divergente acerca deste tema, há pessoas, conforme discorrido pelo (ANTONIO FILHO, 2021) que entendem que não é necessário a confissão destelhada, embora reconheça que o acordo poderá vir a ser recusado por vir o Parquet a entender que a medida não seria necessária e suficiente à reprovação do ilícito.

Ocorre, que ao entendimento de (ANTONIO FILHO, 2021), possui o posicionamento mais adequado, em razão do sentido histórico do instituto. Segundo o autor, a redação do art. 28-A do Código de Processo Penal, no que tange à expressão “circunstancialmente”, se trata de equívoco, em razão pela qual o Pacote Anticrime, na Lei nº 8.038/1990, ao modificar o art. 1º, §3º, para trazer o acordo de não persecução penal aos processos originários dos Tribunais Superiores, trouxe a redação “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente”.

Outrossim, as novidades trazidas pelas Resoluções 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, acerca do acordo de não persecução penal, em

razão das solicitações da constitucionalidade da previsão do instituto por este instrumento normativo, através da qual a Lei nº 13.964/2019, tornou-se superado por sua superveniência, ao maior para a maioria da doutrina e jurisprudência, conforme discorrido pelo (ANTONIO FILHO, 2021).

Desta forma, a lei supramencionada, traz outros questionamentos, sendo estes relativos à vigência das Resoluções, em virtude da não revogação expressa. Ocorre, que a resolução 181/2017, em seu art. 18 §2º, previa a confissão amplamente detalhada acerca dos fatos e das tratativas do ANPP, de tal forma que iriam ser gravados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, devendo o investigado estar o investigado estar acompanhado de seu advogado. No entanto, esta previsão não foi implementada no art. 28-A do Código de Processo Penal.

No entendimento de (ANTONIO FILHO, 2021), haveria de se falar da revogação da Resolução de modo que seria inexigível a confissão detalhada dos fatos, bem como o registro por meio de método audiovisual, bastante a confissão simples. Todavia, segundo o autor, seria a mais adequada, pois defende que a nova redação do CPP prevalece e, no que não há antinomia ou vedação pela nova Lei, dizendo respeito a temas de organização interna do Ministério Público, a Resolução permanece vigente.

Não obstante, a confissão clara, o art. 197 do Código de Processo Penal, prevê como necessário a confissão, em conjunto com as demais provas, a fim de averiguação de compatibilidade e concordância, de tal forma que a confissão descritiva, completa e clara, é a única compatível com o regramento legal.

Acerca da formalidade da confissão, conforme discorrido acima, mesmo que se trate de mero protocolo que teria como propósito evitar que terceiros assumissem indevidamente a culpa por um fato, este propósito restaria frustrado (ANTONIO FILHO, 2021).

Desta forma, há sim de se falar em confissão suficientemente detalhada, nos termos da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, devendo ser gravado por método audiovisual, em paralelo estar acompanhado de seu advogado, para que se torne possível obter maior fidelidade nas informações

De tal forma, nota-se que a confissão pôr termo seria inviável, surgindo-se assim, a necessidade da gravação da confissão, para aferição da fidedignidade. No

que se refere a defesa, esta é indispensável, tanto porque a normativa aplicável aos membros do Parquet não a torna facultativa como porque o novo art. 28-A, §3º, do CPP traz que o acordo será firmado com a presença do defensor. Todos, estes requisitos, se tornam necessários, visando a lisura do acordo, para que não haja dúvidas quando à livre vontade do investigado na celebração do acordo. Conforme discorrido por (ANTONIO FILHO, 2021):

Ainda, conforme registra a Resolução, não apenas a confissão, mas as tratativas do acordo devem ser registradas em meio audiovisual. Essa medida é importante para que não haja dúvidas quanto à compreensão do investigado acerca dos termos do acordo e das consequências, tanto de sua aceitação como de seu descumprimento. É de suma importância que estes esclarecimentos precedam à confissão, para que não haja dúvida de que o investigado admitiu os fatos de forma consciente, sabedor dos impactos de sua estratégia de autodefesa. (ANTONIO FILHO, 2021)

No que pese ao aproveitamento da confissão no acordo de não persecução penal em inquérito policial, entende-se pela sua possibilidade, em se tratando de confissão suficiente por parte do Ministério Público. Todavia, surgem algumas adversidades, em razão do interrogatório policial “normalmente”, não ser adotado a utilização de meios de gravar audiovisuais e com presença de seus defensores (advogados). Porém, ocorre que mesmo que estas características estejam presentes, não há do que se falar de conhecimento do oferecimento do acordo de não persecução penal, por parte do investigado, conseqüentemente podendo haver detalhes não suficientemente esclarecidos, sendo mais adequada a obtenção da confissão durante as tratativas, perante o membro do Ministério Público (ANTONIO FILHO, 2021).

Em hipótese de ratificação, entende-se pela necessidade de novo recolhimento, para que se torne possível se cercar de todas as cautelas, questionando sobre todos os detalhes da conduta, em razão da possibilidade de a ratificação gerar questionamentos.

Logo, o detalhamento da confissão, somado ao seu registro, traz a possibilidade de sua utilização em hipótese de rescisão do acordo, na ação penal. Fazendo-se necessário reiterar que somente esta confissão nunca será, nem deverá ser suficiente, por si só, sustentar uma sentença penal condenatória (ANTONIO FILHO, 2021).

Insta salientar, o valor da confissão, este encontra-se previsto no art. 197 do Código de Processo Penal, possuindo a seguinte redação: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância”.

Portanto, a confissão no momento do seu acolhimento deve ser informada acerca de sua eventual utilização em hipótese de descumprimento do acordo, na ação penal. Mesmo que não haja muitas provas além da confissão, o Ministério Público durante o processo, detém uma perspectiva das provas que a acusação conseguirá levar ao processo e da narrativa que buscará comprovar ao Juízo. (ANTONIO FILHO, 2021)

Logo, conforme o entendimento de (ANTONIO FILHO, 2021), o Parquet para obtenção da condenação do investigado, necessitará comprovar 1) o fato típico; 2) autoria ou participação; 3) nexos de causalidade; 4) elemento subjetivo do agente. Em se tratando de dúvida acerca das excludentes de ilicitude bem como da culpabilidade, será ônus da prova da acusação afastar esta dúvida mediante a demonstração de fatos incompatíveis com essas causas, conforme mencionado por (LIMA, 2020, p. 677). Logo, a narrativa da confissão tem que observar estes parâmetros.

Desta forma, a confissão será utilizada como elemento para ligação entre as informações das demais provas e deverá versar sobre estes temas tanto quanto possível.

Em se tratando de vestígios, na existência de fatos que não os deixarem, esta não irá depender da confissão. Em razão das infrações penais que não deixam vestígios, razão pelas quais a confissão somente será útil a sua demonstração para sua tipificação na injúria previsto pelo art. 140, §3º do Código Penal em se tratando de preconceito, bem como da extração de sentido da prova testemunhal destinada ao suprimento da falta de exame de corpo de delito, hipótese prevista no art. 167 do Código de Processo Penal.

Acerca do nexos de causalidade, este normalmente não será comprovado por meio da confissão, no entanto poderá auxiliar no entendimento na dinâmica acerca dos fatos.

Na confissão, o fato mais relevante é o reconhecimento de autoria ou de participação, sendo este, o elemento mais importante a ser extraído, pois a

admissão da prática da conduta delituosa é justamente o que a caracteriza (ANTONIO FILHO, 2021).

Quanto a relevância o elemento subjetivo, este também possui seu valor. No entendimento de (ANTONIO FILHO, 2021), em se tratando de hipótese de culpa, violação de deveres de cuidado, e atuação voluntária, com previsibilidade do resultado, o uso da confissão é restrito, no entanto, poderá abranger a previsão do resultado, ou extração de características do autor que permite aferir possibilidade de evitação do resultado.

Sob outra perspectiva, para que se torne possível caracterizar o dolo, a confissão será imprescindível, para informar se houve vontade na produção do resultado típico, ou não. Logo, pois a admissão da prática da conduta delituosa é justamente o que a caracteriza.

Outrossim, há de se falar em se tratando da hipótese de tráfico privilegiado, acerca do elemento subjetivo diverso do dolo, visto que também pode assumir protagonista na confissão, em virtude da admissão de que a droga apreendida em poder do investigado se destine a terceiros, possibilidade esta, que afasta a alegação de posse para consumo pessoal. Logo, conforme entendimento de (ANTONIO FILHO, 2021):

Deve-se rechaçar a possibilidade da admissão da confissão qualificada para fins de acordo de não persecução penal, ao contrário do defendido por MOREIRA (2021, p. 208). Como assevera BEM, a confissão qualificada é incompatível com o acordo de não persecução penal: se for embutida na confissão fato excludente de ilicitude ou de culpabilidade (e isso já está suficientemente demonstrado na investigação, acrescente-se), é caso de arquivamento pela não ocorrência de delito (2021, p. 261) (ANTONIO FILHO, 2021).

De tal forma, concluiu (ANTONIO FILHO, 2021) que se a confissão serve para equilibrar o acordo, oferecendo uma vantagem probatória ao Ministério Público em caso de rescisão, é descabido afirmar que a confissão qualificada é aceitável nesse contexto.

CONCLUSÃO

Diante dos fatos expostos acima, conclui-se que o Acordo de Não Persecução Penal foi espelhado por parte do *plea bargaining*, no qual adota formalidades do sistema Americano de acordo entre a acusação e a defesa, mas também com a necessidade de declaração de culpa, com a conseqüente redução de pena.

O instituto do ANPP, possui um sistema similar no ordenamento jurídico alemão no qual encontra-se em vigor desde 1970, onde se aplica a delitos praticados mediante violência, no qual o instituto passa a ser implementado por meio da confissão, que influi a redução de pena, a qual fica a cargo o magistrado a propositura do acordo, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o Ministério Público faz a propositura.

Este instituto, possui como base o modelo de justiça negociada, proveniente do sistema jurídico do *common law* no qual sofreu adaptações para que fosse aplicado, além disso, tratasse de um modelo de justiça criminal típico de um Estado liberal, visto que há um modelo típico de relacionamento social, sendo este o contrato.

Em que pese a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da justiça negocial, foi essencialmente instituído nas Lei nº 9.099/1995 e nº 12.850/2013, no qual trouxe a transação penal e a suspensão condicional do processo sendo segunda tutela acerca dos acordos de colaboração antes previstos em outros diplomas.

Com o advento do Pacote Anticrime, houve um auxílio à implementação e solidificação da justiça penal negociada, visto que incluiu o art. 28-A e seus quatorze parágrafos no Código de Processo Penal, através do qual permite a possibilidade do ANPP, sintetizando a condição da transação entre o Ministério Público e o Réu, similar a Transação Penal, evitando assim o ajuizamento da denúncia.

Junto com a implementação de sua previsão legal, surgiram seus requisitos, dentre os quais, cabe ou não o oferecimento por parte do Ministério Público, aos crimes com penas inferiores a quatro anos, ou seja, infrações penais de menor potencial ofensivo. Não cabendo também, seu oferecimento a crimes praticados mediante violência, grave ameaça, ou contra mulher por razões do sexo feminino, bem como no âmbito da violência doméstica. Destacando-se o fato de que, caso

o réu seja reincidente ou caso exista prova de outra conduta criminal, salvo as insignificantes, não se torna possível oferecimento do acordo.

Por fim, faz-se necessário mencionar a não possibilidade de oferecimento em hipótese de haver, benefício concedido por Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo ou ANPP, durante os cinco anos antecedentes ao cometimento da infração do caso analisado, além da necessidade de confissão formal e circunstancial da prática da infração penal ao longo da persecução penal. Cabendo assim, a análise do preenchimento dos requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Todavia, dentre os requisitos mencionados a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, urge-se a necessidade do debate acerca da confissão como requisito, visto que, dentre os mais importantes princípios constitucionais que regem o processo penal, encontra-se a previsão do direito à não autoincriminação, popularmente conhecido como direito ao silêncio ou inexigibilidade da autoincriminação. Segundo este princípio, previsto no art. 5º, LXII da Constituição Federal, há a previsão ao direito de silêncio, possuindo como objetivo a não influência em e sua responsabilização enquanto estiver em silêncio.

Desta forma, o direito ao silêncio protegeria o indivíduo da exposição de fatos de sua esfera privada, fatos que a parte não possui interesse em revelar. De maneira, que ao permanecer em silêncio, o réu garantiria o direito de não expor sua própria culpa, ou seja, este silêncio não implicaria em assunção de culpa ou até mesmo reconhecimento de fatos a ele imputados.

Devido a previsão legal deste direito, torna-se inviável a coação por parte da polícia para que o réu faça declarações involuntárias para que a parte se autoincriminar, de forma que somente tornam-se aceitas as declarações que tenham sido reveladas de forma espontânea, ou seja, após a parte ter tido conhecimento expresso, de seu direito de permanecer em silêncio, sob pena de infração à cláusula do devido de processo penal.

O debate acerca da inconstitucionalidade da exigência da confissão como pré-requisito do Acordo de Não Persecução Penal, vem ganhando força nos últimos anos, sob o escopo de que o descumprimento do acordo, a confissão poderia ser utilizada para uma futura denúncia, gerando assim graves danos ao réu.

Todavia, o que foi observado é que não haveria dever a silêncio a parte que

possui a possibilidade de confissão dos fatos imputados, havendo desta forma, um juízo de valores do próprio indivíduo em decisão de livre e espontânea vontade, o interesse na celebração do acordo. De forma, que em hipótese de propositura de ANPP, não haveria a obrigação da confissão, mas sim a voluntária opção da confissão, para celebração do acordo, visto não ser obrigatório a celebração dela.

Em que pese aos demais requisitos a propositura do ANPP, nota-se que a confissão por si só não poderia ser utilizada como único requisito para o acordo, ou seja, o art 28-A, demonstra que a confissão é um mero requisito, no qual não impõem sofrimento ao réu, visto se tratar de um negócio jurídico bilateral, no qual há uma troca dos envolvidos, para que se torne possível o ganho para ambos os envolvidos. Logo, não haveria do que se falar sobre violações aos direitos do investigado, tendo em vista que este optou por não confessar.

Ao réu, a vantagem do acordo seria impedir o ônus do processo e o risco da condenação ao final, podendo a parte não celebrar caso entenda que os elementos contra ele não seriam robustos suficientes para o levar a uma condenação. Caberia assim, a defesa técnica a orientar o seu cliente.

Sob o argumento da confissão ser utilizada como prova em hipótese de descumprimento do acordo, conclui-se que se trata de mero forma de desestímulo ao descumprimento às condições do acordo, visto que tal prova já havia sido obtida, em razão da confissão como requisito à celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Logo, este acordo, servirá como medida de obtenção da confissão, configurando-se como exceção, e permitindo sua utilização no processo em contraditório.

Desta forma, conclui pela constitucionalidade da confissão como requisito essencial à celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 71-102, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/39>. Acesso em: 11/11/2023.

- DE CARVALHO MOTA, Ludmilla. Acordo de Não Persecução Penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. 77. ed. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020. 161/194 p. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf. Acesso em: 23.09.2023
- FILHO, Antonio Cezar Quevedo Goulart. A Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba, Paraná, 2021. Vol. 3. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Publicacoes/MP-Compromisso_Sociedade-v3.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.
- MILLANI, Márcio Rached. Direito a não autoincriminação. Limites, conteúdo, e aplicação. Uma visão jurisprudencial. 2015. Tese (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, [S. l.], 2015.
- SILVA, Marcelo Oliveira. O Acordo de Não Persecução Penal. O Acordo de Não Persecução Penal, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, 14 out. 2020
- WÜRZIUS, L. M. W.; PASSOS JUNIOR, T. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/52>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- OS PRINCÍPIOS constitucionais no processo penal e limite ao poder punitivo do Estado. In: MACEDO, Tahiana Fernandes. Os princípios constitucionais no processo penal e limite ao poder punitivo do Estado. Direito Net, 15 nov. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2337/Os-principios-constitucionais-no-processo-penal-e-limite-ao-poder-punitivo-do-Estado>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.
- ARAÚJO, Renan. Pacote Anticrime: Reflexos no Código Penal e Código de Processo Penal. Edição. São Paulo: Estratégia Carreira Jurídica, 2020. p. 26-31.
- BERTI, Marcio Guedes. Análise da proposta de inclusão dos artigos 28-a e 395- a no código de processo penal: *plea bargain* – a justiça penal negociada. p. 195-210. Livro eletrônico: Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime”. Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.790. 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>, acesso em 24 de novembro de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.793. 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>, acesso em 24 de novembro de 2022.

- BRASIL. Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019: Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília/DF. Presidência da República, 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 24 de novembro de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 593727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015. (Informativo 785). Disponível em <file:///C:/Users/Biblionet/Downloads/texto_307671331.pdf> Acesso em: 24 de novembro de 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. Resolução no 181, de 7 de agosto de 2017: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF.. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu-181-1.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. Resolução no 183, de 24 de janeiro de 2018: Altera os artigos 1o, 3o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu-183.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2022.
- COSTA, Eduardo Maia. Justiça negociada: do logro da eficiência. À degradação do processo equitativo. Julgar no19. Editora Coimbra. 2013. Disponível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/087-097-Justi%C3%A7a-negociada.pdf>> Acesso em 24 nov de 2022.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Manual para atuação em acordo de não persecução penal (ANPP). Núcleo de Defesa Criminal. Porto Alegre, 2020.
- FIGUEIRÊDO, Laíla. Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha. JUS, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha#:~:text=Por%20fim%2C%20o%20modelo%20consensual,a%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20ou%20o%20consenso.&text=J%C3%A1%20o%20modelo%20da%20justi%C3%A7a,culpabilidade%20na%20pr%C3%A1tica%20do%20delito.>> Acesso em 24 nov 2022.
- LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime: Anotações sobre os impactos processuais e penais. Escola de Advocacia. Editora Approvare. Curitiba, 2020.
- MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. ARIANO, Raul Abramo. O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27, no 321, 2019. Disponível em:<<https://www.academia.edu/download/62536350/BOLETIM20200329-79440-uqaywm.pdf>> Acesso em 24 de novembro de 2022.

- RADIOWEB DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS. Acordos de não persecução penal – DPE. Entrevista: Dr. Andrey Régis de Melo, Dra. Paula Guerrero Moyses e Dr. Cristiano Bertuol. Podcast. 2020. Disponível em <<https://open.spotify.com/episode/25HjJF0YzRBeEiAaYClS4T?si=8qFDkydBRRmqRVMJ9DBvdMw>> Acesso em 24 de novembro de 2022.
- RIOS, Lucas P. Carapiá. NEVES, Luiz Gabriel Batista. ASSUMPÇÃO, Vinívius de Souza. Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime” (livro eletrônico) 1aed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019. p. 195-210.
- SEGURADO, Rosemary. A corrupção entre o espetáculo e transparência das investigações: análise da atuação da polícia federal no âmbito da operação Lava Jato. Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero. 2017. p. 05-15.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p
- KÖHN, Edgar. Princípios e regras e sua identificação na visão de Robert Alexy. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 188. Disponível em <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1440/principios-regras-identificacao-visao-robert-alexey>> Acesso em: 25 novembro de 2022
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. 8ª reformn. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- STJ. Para Sexta Turma, falta de confissão no inquérito não impede acordo de não persecução penal. STJ, Brasília, 31/08/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalm/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/31082022-Para-Sexta-Turma-falta-de-confissao-no-inquerito-nao-impede-acordo-de-nao-persecucao-penal.aspx>. Acesso em: 22/08/2023.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 219-264.
- BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, v. 1, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. Crime Organizado – Lein.o 12.850/2013. In: (coord.). Leis Penais Especiais Comentadas. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1864-2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

- GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 281-301.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. MARTINELLI, João Paulo. A (Ir)relevância da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 303-320.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). Acordo de Não Persecução Penal. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 205-217.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020. ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. Como Negociar o Acordo de Não Persecução Penal: limites e possibilidades. Florianópolis: Emais, 2021.
- ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Processo Penal e Execução Penal. 16. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Mauro Bolcato Dibe Rodrigues¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar reflexões sobre a teoria da perda de uma chance, adotada no âmbito da responsabilidade civil, onde uma pessoa deve responder pelo fato de ter retirado de outra pessoa, de forma intencional ou não, a oportunidade de um dado benefício futuro, no âmbito de um processo aleatório, que não chegou a se concretizar. A partir dessas reflexões, o presente artigo pretende analisar a presença dos requisitos legais para configuração da responsabilidade civil na teoria da perda de uma chance, as formas de quantificação do dano e o acolhimento da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por fim, será analisado o voto divergente proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1.291.247, que tratou da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance para caracterização de dano extrapatrimonial a um recém-nascido pelo descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical. À luz do voto vencido, é possível perceber que, em muitos casos, a teoria da perda de uma chance é incorretamente invocada, deferindo-se indenizações pela perda da chance apesar da ausência de um processo aleatório em curso que tenha sido indevidamente interrompido.

Palavras- Chave: Responsabilidade Civil - Perda de uma chance – Processo aleatório - Nexos de causalidade - Dever de indenizar.

Abstract: This article aims to provide reflections on the theory of loss of chance, adopted within the scope of civil liability, where a person must be held accountable for depriving another person, intentionally or unintentionally, of the opportunity for a certain future

¹ Sócio na Barreto Advogados & Consultores associados. Advogado especializado em Direito do Trabalho, graduado pela UFRJ e mestrando em Direito Civil pela Puc-Rio

benefit within the context of a random process that did not materialize. Building upon these reflections, this article intends to analyze the presence of legal requirements for establishing civil liability in the theory of loss of chance, the methods of quantifying the damage, and the acceptance of the theory of loss of chance by the Superior Court of Justice (STJ). Finally, the dissenting vote delivered by Minister Nancy Andrighi in the judgment of Special Appeal No. 1,291,247 will be analyzed, which dealt with the applicability of the theory of loss of chance to characterize non-material damage to a newborn due to the breach of a contract for the collection of embryonic stem cells from the umbilical cord. In light of the dissenting vote, it is possible to perceive that, in many cases, the theory of loss of chance is incorrectly invoked, granting compensation for the loss of chance despite the absence of an ongoing random process that has been improperly interrupted.

Keywords: Civil Liability - Loss of Chance – Random Process - Causation - Duty to compensate.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de indenização com base na teoria da perda de uma chance envolve diversas situações da vida cotidiana em que uma pessoa acaba sendo privada de evitar um prejuízo ou de obter uma vantagem pelo ato ofensivo de outrem.

A incerteza inerente aos acontecimentos futuros torna imperiosa uma maior reflexão sobre a teoria da perda de uma chance, posto que aquilo que não aconteceu, nunca será objeto de certeza.

A característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa.² Já a completa realização da probabilidade é considerada de difícil demonstração em razão justamente da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

O tratamento jurídico da chance não é uniforme e sempre dependerá do âmbito de sua incidência, sendo imperioso conseguir diferenciar uma chance séria e real, apta a configurar interesse jurídico tutelável, de meras esperanças hipotéticas improváveis.³

² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, tomo II, p.362.

³ SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60-63.

A perda da chance poderá configurar dano passível de ser ressarcido caso preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, entre os quais a certeza do dano (chance perdida) e o nexo de causalidade.

A incerteza quanto ao resultado que poderia advir do aproveitamento da chance impede seja estabelecido nexo causal entre a ação do agente que fulmina a chance e a frustração do resultado. No entanto, é flagrante o nexo causal entre o fato do ofensor e a perda da chance de se alcançar certa situação imprescindível para obtenção do resultado inicialmente pretendido.⁴

É admissível, assim, a condenação de alguém a indenizar um dano, mesmo que a ação omissiva ou comissiva do agente de retirar de outrem a chance de auferir uma vantagem futura ou evitar uma perda, não traga um prejuízo concreto, pois a frustração do resultado poderia ocorrer ainda que a chance tivesse sido aproveitada.⁵

A responsabilidade pela perda de uma chance permite, portanto, que a vítima de um dano injusto possa ser reparada, já que a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada.⁶

A aplicação da teoria da perda de uma chance também é complexa no momento de buscarmos os critérios de quantificação do dano, posto que a quantificação da chance perdida deve levar em conta o grau de aleatoriedade do interesse. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o valor arbitrado deve ser inferior ao do hipotético resultado que poderia ser alcançado.⁷

Além disso, existem precedentes paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que nos revelam que há situações que podem se relacionar com uma chance perdida *lato sensu*, mas não podem ser tecnicamente configuradas como dano pela perda da chance, em razão, justamente, da inexistência de um processo aleatório que estaria em curso e teria sido interrompido de forma indevida.⁸

⁴ SAVI, 2012, *Op. Cit.*, p.18-21

⁵ SAVI, 2012, *Op. Cit.*, p.18-21

⁶ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: Fundamento do direito das obrigações – Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 666-667.

⁷ SAVI, 2012, *Op. Cit.*, p. 65-66

⁸ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. COSTA, André Brandão Nery Costa. *A responsabilidade civil pela perda da chance: uma questão de dano ou de causalidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v.68, n.2, p. 137-153, Maio/Agosto 2023.

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – ORIGEM E EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida na **França** (*la perte d'une chance*) e tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.⁹

O precedente mais antigo no direito francês foi um caso apreciado em 17 de julho de 1889 pela Corte de Cassação, que reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela conduta negligente de um auxiliar de justiça que tirou da parte a possibilidade de ganhar o processo.¹⁰

Saliente-se que houve uma dedicação maior do tema por parte da doutrina e da jurisprudência francesa que, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou -se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, um dano decorrente da perda da chance.¹¹

Assim, passou a ser desenvolvida uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem que não pôde se realizar, fazendo-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.¹²

Na Itália, a inicial resistência ao acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance sucumbiu às consistentes manifestações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola.¹³

Segundo os autores italianos, existem características comuns entre a chance e o lucro cessante no que tange a prova do dano, pois em ambos os casos a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova da verossimilhança.¹⁴

No entanto, no lucro cessante, o autor não deve provar o lucro em si, mas os requisitos necessários à verificação desse lucro¹⁵, enquanto na perda de uma chance o acontecimento do resultado útil é impossível por definição. Assim, a

⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p.28.

¹⁰ SILVA, 2006, *Op. Cit.*, p.10.

¹¹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. *A responsabilidade civil pela perda da chance*. Natureza jurídica e quantificação do dano. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58-59

¹² SAVI, 2012, *Op. Cit.*, p. 9.

¹³ *Ibid*, p. 24.

¹⁴ *Ibid*, p. 13-14.

¹⁵ AMARAL, 2015. *Op. Cit.*, p. 102-103.

perda de uma chance não poderia ser indenizável como lucro cessante, mas como dano emergente, pois a “chance” já fazia parte dos bens da vítima.¹⁶ Como uma espécie de dano emergente restaria superado o problema da certeza do dano para concessão da indenização.¹⁷

No Brasil, nessa mesma linha, Sérgio Savi defende que, quando a perda da chance causar danos materiais, os mesmos devem ser considerados danos emergentes e, como tais, encontram previsão legal na primeira parte do art. 402 do Código Civil. Para o autor, ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, “*elimina-se o problema da certeza do dano*”.¹⁸

Com efeito, se o dano material causado pela perda da chance enquadra-se no conceito de dano emergente, não haveria como se admitir o posicionamento contrário à integral reparação do dano sofrido pelas vítimas nesses casos, desde que as chances sejam sérias e reais.¹⁹

De todo modo, a natureza jurídica do dano pela perda da chance é um tema que não possui unanimidade. Na doutrina a quem entenda, em razão das peculiaridades desse dano, impossível adequá-lo às noções estabelecidas do dano emergente ou lucro cessante, por isso propõem a criação de uma terceira modalidade dano, constituída exatamente pela perda das chance.²⁰

Sílvio de Salvo Venosa, afirma ser a perda da chance um terceiro gênero de indenização, que estaria “*a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante*” e que havendo certo grau de probabilidade, a mesma passa a entrar na esfera do dano ressarcível.²¹

Nessa linha, Caitlin Sampaio Mulholland, ao tratar da situação em que um advogado contratado para ajuizar uma determinada ação, deixa de intentá-la no prazo tempestivo, levando à impossibilidade de conhecimento do pedido, afirma que existirá a hipótese de perda da chance do seu cliente ter a demanda devidamente ajuizada e discutida. Nesse caso, a indenização arbitrada não se confunde com o valor do dano emergente e do lucro cessante sofrido, na medida que não se sabe se de fato a demanda seria vencedora.²²

¹⁶ SAVI, 2012, *Op. Cit.*, p.16-17.

¹⁷ *Ibid.*, p. 122.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p.123.

²⁰ AMARAL, 2015, *Op. Cit.*, p.114.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198-200.

²² “O que se estabelece é a compensação, em valor diverso da daquele da demanda pelo fato da perda da oportunidade de ter a ação ajuizada”. Vide MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 35-36.

Isto porque, com a perda da chance não ocorre uma diminuição do patrimônio do lesado (dano emergente), nem se representa a hipótese de uma perda de vantagem futura e certa (lucro cessante), mas a perda da possibilidade de alcançar uma vantagem futura ou evitar uma perda.²³ Nessa linha, faltariam requisitos para que o dano pelas chances perdidas possa ser considerado um dano emergente ou lucro cessante, até porque a forma de apreciação do *quantum debeatur* seria diversa da metodologia utilizada para apuração do montante indenizatório do dano pela perda da chance.

A indenização pela perda de uma chance ou de uma oportunidade pode ser entendida, assim, como um *tertium genus* na teoria da responsabilidade civil²⁴, já que constitui o ressarcimento pela privação das chances de se obter um lucro ou de se evitar um determinado prejuízo.²⁵

Esse posicionamento conjuga as duas teses (lucro cessantes e dano emergente), observando na perda da chance características únicas e inerentes a modalidades diversas de danos.²⁶ Reconhece a chance com uma parte atual do patrimônio, mas também lhe atribui a característica de incerteza, demonstrada pela possibilidade de ocorrência.

Nesse diapasão, se a vítima comprovar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), restarão configurados os pressupostos do dever de indenizar.²⁷

Sublinhe-se que a definição se o dano gerado pela perda da chance possui natureza patrimonial ou extrapatrimonial, deve ser feita tendo por base o bem, direito ou interesse violado.²⁸

Caso um advogado deixe de interpor um recurso em uma demanda que versa sobre interesse de natureza eminentemente extrapatrimonial (como por exemplo guarda de um menor), sem consequências diretas na esfera patrimonial que pudesse verificar, não há maneira de afirmar que o dano pela perda da chance seja dano patrimonial.

²³ AMARAL, 2015, *Op. Cit.*, p.115.

²⁴ *Ibid.*, p.115-116.

²⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. Ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Atlas, 2009, pp. 74-79.

²⁶ *Ibid.*, p. 116-117.

²⁷ MARTINS-COSTA, 2003, *Op. Cit.*, p. 362.

²⁸ AMARAL, 2015, *Op. Cit.*, p.125

Por outro lado, caso um advogado deixe de interpor um recurso e uma demanda trabalhista que versa sobre pagamento de verbas rescisórias e contratuais, o dano pela perda da chance será que natureza patrimonial.

É importante sublinhar que o Código Civil Brasileiro, elaborado sob forte influência do Código Civil francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque o Código Civil estabelece em seu artigo 186 uma cláusula geral de responsabilidade civil, dispondo expressamente que *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*²⁹

Nesse diapasão, ao tratar das consequências do ato ilícito, o artigo 927 do Código Civil é categórico: *"aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."* Ou seja, o Código Civil Brasileiro, assim como os Códigos Cíveis Francês e Italiano, também utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam as espécies de danos abarcados no conceito. Desse modo, não haveria no Código Civil Brasileiro qualquer entrave à indenização das chances perdidas.³⁰

Pelo contrário, a interpretação sistemática das regras sobre responsabilidade civil traçadas pelo legislador nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.³¹

Nessa linha, é importante destacar que, além da existência da cláusula geral de responsabilidade civil em nosso Código Civil, os artigos 402 e 944, ao estabelecerem que o credor terá direito a obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, e que a indenização se mede pela extensão do dano, acabaram por positivizar um importante princípio da responsabilidade civil³², qual seja, o da reparação integral dos danos, estabelecendo um equilíbrio entre o dano e a reparação.³³

Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, a CRFB/88 ao estabelecer a

²⁹ SAVI, 2012. *Op. cit.*, 2012, p. 104-105.

³⁰ *Ibid.*, p. 105-106.

³¹ SAVI, 2012. *Op. cit.*, 2012, p. 106-107.

³² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.309-310.

³³ SAVI, Sergio. *Op. cit.*, 2012, p.107-108.

dignidade humana como princípio fundamental da república (1º, III) e consagrar como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (3º, I), acabou por transpor para o texto constitucional o princípio da reparação integral dos danos.³⁴

Segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, se a CRFB/88 estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, não há como se negar a necessidade de indenização dos casos em que alguém perde uma chance ou oportunidade em razão de ato de outrem.³⁵

Vê-se, assim, que ao se deparar com uma ação de responsabilidade civil, o julgador deverá procurar sempre atender ao princípio da reparação integral dos danos. Contudo, se em determinado caso concreto houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá reduzir equitativamente a indenização, pois, neste caso, privilegiará outro princípio constitucional, que é o da justiça.³⁶

Acresça-se que a evolução da responsabilidade civil fez com que o foco da atenção do julgador mudasse do ato ilícito para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos, como é o caso da perda da chance. Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra “Danos à Pessoa Humana”, explica que “o Direito Civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofre um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização.”³⁷

Note-se, assim, a inversão do fundamento geral de responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que a vítima não deve ficar irresarcida, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, “nenhuma responsabilidade sem culpa”.³⁸

Esse novo fundamento para a responsabilização que foi desenvolvido revela que passou-se a admitir a responsabilidade daqueles que causassem danos simplesmente em razão do exercício de suas atividades.³⁹

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª Edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.286.

³⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103/104.

³⁶ MORAES, 2017. *Op. cit.*, p.132.

³⁷ MORAES, 2017. *Op. cit.*, p.304.

³⁸ *Ibid.*, p.302.

³⁹ A teoria da responsabilidade objetiva passou a fundamentar no risco a responsabilização dos causadores do dano, sem a necessidade de se aferir o elemento psicológico (culpa) destes. Em matéria de responsabilidade civil isto significa que, no lugar da punição do agente do ilícito, seja, ao invés, enfatizada a proteção da

A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações subjetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos do direito civil à luz da Constituição, o que permitirá a mais efetiva realização de justiça.⁴⁰

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos, será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Sublinhe-se que, não interfere na qualificação da perda de uma chance a distinção estrutural que existe entre responsabilidade civil por ação ou omissão.⁴¹

Vê-se que a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização do dano decorrente da perda de uma chance.

3. O ACOLHIMENTO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance é amplamente acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Note-se que a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial 1.254.141/PR⁴² que julgou ação relacionada a erro médico, consignou que a

vítima de um dano injusto.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 113 e 121.

⁴¹ TEPEDINO. 2023, *Op. Cit.*, p.137-153.

⁴² O acórdão está assim ementado: DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade

responsabilidade civil pela perda da chance consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Nessas hipóteses, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou outra pessoa. Com isso, de maneira eficiente, pode ser solucionada a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar.

Já no julgamento do Recurso Especial nº 1.079.185 - MG, ao tratar de uma ação de responsabilidade civil de advogado por perda de prazo de apelação, a ministra Nancy Andrighi declarou: *“Não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá também, ser considerada um “agrador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral”*.⁴³

De aplicação normalmente complexa, a teoria da perda de uma chance em casos de perda de prazo por advogado é continuamente analisada Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 878.524-SP⁴⁴, a Quarta

proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

⁴³ O acórdão está assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: ALDEIR BATISTA DE AGUILAR. RECORRIDO: ANTÔNIO ABDALA JÚNIOR - REsp nº 1.079.185 – MG.”

⁴⁴ STJ. REsp nº 878.524-SP. Ministro Relator. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 16/05/2019.

Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao agravo interno onde a agravante invocava a responsabilidade civil dos advogados que falharam na prestação de serviços advocatícios, em decorrência da perda de prazo processual para a interposição de recurso, subtraindo sua única chance de obter o ressarcimento dos prejuízos suportados.

No julgamento, o órgão colegiado declarou que o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso não ensejaria automaticamente a responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, pois é fundamental verificar probabilidade séria e real que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

Nesse caso, o acórdão, com base nos elementos de prova, concluiu inexistirem chances concretas de êxito do recurso apresentado intempestivamente pelo advogado.

Importante observar que, para a acolhimento da teoria da perda de uma chance em caso de perda de prazo por advogado, não se está a exigir certeza de ganho de causa, o que seria impossível. No entanto, também não se admite que mera perda de prazo para interposição de recurso pelo advogado possa ensejar, por si só, o direito à indenização. O que se exige é a existência de concretas expectativas de êxito.

No julgamento do Recurso Especial nº 1758767/SP⁴⁵, a Terceira Turma

⁴⁵ O acórdão está assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO. 1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento conseqüentemente interposto, ocasionando a «perda da chance» de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais. 2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios. 3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. 4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente. 5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento «dano» se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. 6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto. 7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a

do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou, no mesmo sentido, que a ausência de probabilidade de sucesso no recurso que deixou de ser interposto tempestivamente pelo advogado não enseja responsabilidade civil do advogado quando ausente a probabilidade de sucesso do recurso.

Acresça-se que, de acordo com o Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino⁴⁶, a característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. *“A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível”*.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema revelam que, a perda de uma chance é técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios. Dessa forma, a teoria não se aplica na reparação de “danos fantasiosos”, e não serve para acolher “meras expectativas”.⁴⁷

Note-se, ademais, que na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa.⁴⁸

3.1. A quantificação do dano

conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade. 8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 9. Pretensão indenizatória improcedente. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1758767/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018.)

⁴⁶ STJ, Recurso Especial no 1.291.247/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/10/2014.

⁴⁷ STJ, Recurso Especial 1.540.153/RS, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/04/2018, DJ em 25/04/2018.

⁴⁸ Trecho acórdão: “Note-se: o liame fundamental para caracterizar a responsabilidade nessa via não se coloca entre a conduta dos bancos e o evento final, valorização das ações. Interessa ver a relação entre a conduta e a própria oportunidade perdida, o que independe, em absoluto, de qualquer elasticidade do conceito de nexo de causalidade”. Quanto ao valor arbitrado: “A praxe do autor era da venda das ações poucos dias após a aquisição. Então, a apuração deverá observar a diferença entre o valor pelo qual foram vendidas as suas ações (R\$ 0,21) e a média da cotação dos dois dias seguintes ao da venda (28/11/2007), que foi de R\$ 0,33, posto que não se pode presumir que alcançaria vender no máximo, mas também não se mostra razoável fixá-la no mínimo. (R\$72.000,00)”

Além das dificuldades inerentes à identificação da possibilidade de chance séria e real eventualmente perdida, surge uma dificuldade ainda maior, qual seja, a do arbitramento do valor da chance perdida pelo Magistrado.

A quantificação do dano deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que pode partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Conforme afirma Judith Martins Costa, inexistindo regra própria para avaliação do dano ou para sua liquidação, deve ser aplicada outra cláusula geral, que estava prevista no artigo 1.553 do Código Civil de 1916, que a remete ao arbitramento.⁴⁹

Sérgio Savi, por sua vez, afirma que a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no valor da indenização. Para o autor, a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.⁵⁰

Com relação às dificuldades de quantificação do dano nos casos de perda de chance, é interessante analisarmos o caso “show do milhão” (Recurso Especial nº 788.459), que pode ser considerado o verdadeiro *leading case* em matéria de responsabilidade civil por perda de uma chance.

Em sessão de julgamento realizada em 08/11/2005 a Quarta Turma do STJ enfrentou o tema. Cuidava-se de ação de indenização proposta por uma participante do programa perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico “Sílvio Santos”, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa “Show do Milhão”, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

A autora logrou êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como “pergunta do milhão”, não respondida por

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. In: *A reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.35.

⁵⁰ SAVI, 2012. *Op. cit.*, p. 123

preferir salvar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, ponderou a autora haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo.

Ao julgar o Recurso Especial Nº 788.459 – BA, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou que:

1. não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante (ou seja, ausente um dos pressupostos “acrécimo patrimonial” apto a qualificar o lucro cessante);
2. não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano;
3. resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade.

Quanto ao valor do ressarcimento, o acórdão do STJ declarou que a quantia de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens - reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Vê-se que o critério eleito de quantificação do dano que se amolda à forma de indenização baseada em probabilidades, se revela, nesse caso específico, “data venia”, equivocado.

Ao limitar a condenação em 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, a decisão do STJ acaba por não

coibir a conduta danosa da emissora, pois estrategicamente e de má-fé poderá sempre formular perguntas “do milhão” sem respostas corretas, para jamais pagar o valor integral do prêmio, limitando seu risco financeiro ao valor máximo de R\$ 625.000,00.

Apesar de reconhecer a possibilidade de reparação da chance perdida, desde que séria e real, o STJ revela dificuldades, não só no momento da quantificação do dano, mas também no momento de harmonizar os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, como veremos a seguir.

4. ANÁLISE DO VOTO DIVERGENTE PROFERIDO PELA MINISTRA NANCY ANDRIGHI NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO 1.291.247. A UTILIZAÇÃO EQUIVOCADA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO STJ

A análise do acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ no julgamento **REsp 1.291.247**⁵¹, e, principalmente, do voto divergente da Ministra Nancy Andrighi, revelam a utilização equivocada da teoria da perda de uma chance para fundamentar o deferimento de uma indenização no âmbito da responsabilidade civil.

3ª Turma do STJ analisava um caso em que ocorreu o inadimplemento de obrigação de coletar e armazenar células-tronco embrionárias de recém-nascido saudável. A sociedade empresária contratada pelos pais (Cryopraxis Criobiologia Ltda) não compareceu para colher o sangue do cordão umbilical do recém-nascido até trinta minutos após parto.

O órgão colegiado, por maioria, nos termos do voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e João Otávio de Noronha (vencidos os Ministros Nancy Andrighi e Sidnei Beneti) declarou que a criança teria direito a ser indenizada – com base na teoria da perda de uma chance –pois, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais, não teve coletadas células-tronco

⁵¹ O acórdão está assim ementado: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM-NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

embrionárias do seu cordão umbilical no único momento em que isso seria possível: a hora do parto.

Assim, a 3ª Turma do STJ entendeu configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance – afirmando que “é possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização de células-tronco retiradas do cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização”.

As indenizações foram arbitradas em R\$ 60.000,00 para criança e em R\$ 15.000,00 para cada um dos pais.

No entanto, analisando o voto divergente (voto-vista) da Ministra Nancy Andrighi⁵², percebemos que essa situação não configura, tecnicamente, dano pela perda da chance, em razão da ausência de processo aleatório em curso que tenha sido indevidamente interrompido, mas hipótese de inadimplemento contratual.

A Ministra declarou que, embora evidente o inadimplemento contratual da recorrida, que foi condenada a indenizar os pais, não há a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento se e somente se ele vier a contrair uma patologia ou correr tal risco e se essa patologia puder ser prevenida ou curada pelo uso das células-tronco, que deveriam ter sido coletadas e não o foram.⁵³

Ou seja, a probabilidade de ser curado não se fazia presente no momento do fato lesivo, pois o menor nasceu saudável, não podendo ser visualizado no plano concreto, qualquer vantagem que não foi obtida, ou o prejuízo que não foi evitado⁵⁴. A certeza da probabilidade haveria caso a criança tivesse recebido o diagnóstico de uma doença com chances concretas de prevenção ou cura por meio das células embrionárias não utilizadas. Por isso, a solução do caso, a rigor, não pressupõe a análise do dano pela perda da chance.⁵⁵

⁵² STJ. REsp 1.291.247. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19.08.14. Vide voto-vista da Ministra Nancy Andrighi.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ TEPEDINO, 2023. *Op. Cit.*, p. 137-153.

Não obstante exista uma chance que foi perdida com o inadimplemento contratual, o a hipótese não se enquadra na moldura de responsabilidade pela perda da chance, embora sua frustração configure dando ressarcível.⁵⁶

É importante notar que no caso do inadimplemento da coleta e armazenamento das células tronco resta flagrante a mera frustração do interesse existencial dos pais e do filho e obter e preservar material que pode, no futuro, ter a chance de vir a curar filho na remota hipótese de desenvolvimento de determinadas doenças que poderiam ser curadas com células-tronco conforme o avanço da medicina.

Inexiste na espécie, portanto, um processo aleatório um curso indevidamente interrompido, para que se pudesse invocar a teoria da perda de uma chance para fundamentar a indenização por danos morais ao recém-nascido.⁵⁷

É inegável, portanto, nos termos do voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, que a frustração desse interesse existencial, com o inadimplemento absoluto do contrato, ensejaria indenização por danos morais, sendo tecnicamente incorreto invocar a aplicação da teoria da perda da chance.⁵⁸

Acresça-se que a quantificação do dano sequer poderia passar pela análise da baixa probabilidade de a criança desenvolver alguma doença e posteriormente vir a ser curado com a utilização de células-tronco, sob pena de configuração de mero dano hipotético.⁵⁹

5. CONCLUSÃO

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão e outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.

Enquanto a completa realização da possibilidade deva ser considerada de difícil demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ TEPEDINO, 2023. *Op. Cit.*, p. 137-153.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se considerarmos a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão.

Neste caso, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação do dano.⁶⁰

Assim, em determinados casos, a chance ou a oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade.

A própria evolução da responsabilidade civil impõe o acolhimento da teoria, uma vez que, por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passou a ser o foco da atenção do julgador. Na maioria dos casos, aquele que perdeu numa chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo será considerado vítima de um dano injusto e, por esse motivo, deverá ser indenizado.

No entanto, apesar do acolhimento da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), verifica-se, ainda, grande dificuldade no momento da quantificação do dano. Por fim, também é possível observar a utilização incorreta, pelo STJ, da teoria, deferindo-se indenizações pela perda da chance apesar da ausência de um processo aleatório em curso que tenha sido indevidamente interrompido.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. *A responsabilidade civil pela perda da chance*. Natureza jurídica e quantificação do dano. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BERNARDINI, Marcos. *Responsabilidade civil. A perda de uma chance no direito do trabalho*. 1ª Ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰ *Ibid.*

- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª Edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- _____. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.
- MARTINS COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. In: *A reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. COSTA, André Brandão Nery Costa. *A responsabilidade civil pela perda da chance: uma questão de dano ou de causalidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v.68, n.2, p. 137-153, Maio/Agosto 2023.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

REGULAÇÃO AEROPORTUÁRIA NO RIO DE JANEIRO: O CASO SANTOS DUMONT X ANTÔNIO CARLOS JOBIM/GALEÃO

A RESTRIÇÃO ARTIFICIAL DE DEMANDA, SUAS ILEGALIDADES, SEUS IMPACTOS E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO EFICIENTE

Nilson Vieira Ferreira de Mello Jr.¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar as ilegalidades presentes na medida que restringiu artificialmente a movimentação de passageiros no Aeroporto Santos Dumont (SDU), no Rio de Janeiro. Demonstra que tal decisão, além de violar o espaço técnico de competência específica da agência reguladora setorial, gera assimetria concorrencial e viola a isonomia, na medida em que procura beneficiar, sem previsão legal e sem qualquer análise técnica prévia, um outro aeroporto que opera em regime de concessão, no caso o Aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG), esse em dificuldades financeiras. O artigo sugere, como alternativa regulatória, a relicitação do GIG e, dentro desse processo, a possibilidade de unificação da administração dos dois aeroportos, a fim de gerar sinergia e eficiência econômica.

¹ Doutorando em direito da regulação na FGV-Rio, é mestre em Filosofia pela PUC-Rio, onde também se graduou em direito e jornalismo. Possui pós-graduações em nível de especialização em Economia (Análise de Conjuntura) pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – IE/UFRJ, e em direito empresarial (ênfase em direito tributário) pela FGV-Rio. É membro do Instituto dos Advogados Brasileiro – IAB, onde integra as comissões permanentes de Assuntos Regulatórios, de Direito Financeiro e Tributário, de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, de Direito da Infraestrutura e de Filosofia do Direito. É autor de Brasil, tão bom quanto o nosso voto – ensaios e artigos sobre estado, governo e sociedade (Ed. Autor, 2008) e de Política e direito na filosofia convergente de Norberto Bobbio (Publit, 2018). É sócio fundador do Ferreira de Mello Advocacia e da Meta Consultoria e Comunicação.

Palavras-chave: regulação – aeroportos – concorrência – artificialismo – política pública - intervenção

Abstract: The purpose of this article is to examine the illegalities present in the measure that artificially restricted the movement of passengers at Santos Dumont Airport (SDU), in Rio de Janeiro. It demonstrates that such a measure, in addition to violating the technical space of specific competence of the sectoral regulatory agency, generates competitive asymmetry and violates isonomy, insofar as it seeks to benefit, without legal provision and without any prior technical analysis, another airport operating under a concession regime, in this case, the Antônio Carlos Jobim/Galeão Airport (GIG), in financial difficulties. The article suggests, as a regulatory alternative, the rebidding of the GIG and, within this process, the possibility of unifying the administration of the two airports, in order to generate synergy and economic efficiency.

Keywords: Regulation – Airports – Competition – Artificiality – Public Policy – Intervention

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo foi o de empreender um exame crítico teórico acerca da restrição de movimentação de passageiros estabelecida em 2023 pelo governo federal para o Aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro, apontando as suas ilegalidades, em especial a invasão da competência da agência reguladora setorial. A investigação demonstra que, empregando justificativa diversa, e atendendo a um pleito dos governos estadual e municipal, a medida visou beneficiar o Aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão, que enfrentava forte queda de demanda.

As razões para essa queda de demanda vão desde uma conjuntura econômica desfavorável até uma modelagem de concessão equivocada, com alto valor de outorga, o que pressiona os custos operacionais, passando ainda pela falta de segurança nas suas proximidades e dificuldade de acesso.

Na contramão do Galeão, o Santos Dumont experimentava um crescente aumento de passageiros, devido a custos operacionais mais baixos, para as companhias aéreas, e facilidade de acesso, para os passageiros. A restrição adotada pelo governo puniu o aeroporto mais eficiente.

A pesquisa aponta o desvio de finalidade da medida, tendo em vista a sua motivação inadequada. Neste sentido, discorre sobre seus desdobramentos, em

especial a violação dos princípios da livre concorrência, da liberdade de voo e da liberdade do agente econômico.

O texto procura salientar o fato de que uma decisão de significativas implicações regulatórias para os setores aeroportuário e de transporte aéreo, assim como para os seus usuários, foi tomada pelos agentes públicos sem o devido embasamento técnico e análise especializada, representando um impulso dirigista que ofende, ainda, o princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado só deve intervir na economia em casos excepcionais.

O artigo demonstra que, na prática, ao impor uma restrição a um aeroporto administrado por uma estatal para beneficiar, sem previsão legal ou fundamentação técnica, um aeroporto que funciona sob regime de concessão, a medida gerou uma assimetria concorrencial em relação a outros *players* do setor.

A investigação toma como ponto de partida o Despacho Decisório nº 9/2023 do Gabinete do ministro dos Portos e Aeroporto e a Resolução do Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC) nº 1/2023, indicando a suas motivações inadequadas, com desvio de finalidade. Analisa igualmente a decisão do ministro-relator do Processo nº 033.542/2023-6 no TCU, que as validou, contrariando parecer da área técnica da Corte.

O parecer técnico é claro quanto ao desvio de finalidade, a motivação inadequada e a violação da competência da agência reguladora. Para demonstrar o intuito dos agentes políticos, nas esferas federal, estadual e municipal, no sentido de beneficiar o Aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão com a transferência de voos do Santos Dumont, o artigo se vale de declarações públicas dadas por essas autoridades e amplamente divulgadas pela imprensa.

A premissa da investigação, portanto, é a falsa motivação apresentada pelos agentes públicos para uma intervenção inoportuna, sem fundamentação técnica e potenciadora de desequilíbrio concorrencial. O artigo ressalta que o intuito do Poder Público de fortalecer uma infraestrutura aeroportuária é legítimo, porém, desde que esse objetivo seja perseguido em observância da lei, sem invadir a competência da agência reguladora.

De forma prescritiva, o texto apresenta, como alternativa de solução, a relicitação do aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão, e a unificação de sua administração com a do Santos Dumont, sob uma mesma concessionária, e

mediante novas condições contratuais, de forma a gerar sinergia e eficiência entre as duas operações.

A justificativa para tal solução é o fato de a economia do Estado do Rio de Janeiro e de sua capital, com baixo dinamismo e baixas taxas de crescimento, não comportar dois aeroportos em regime de concorrência direta. Neste sentido, os dois aeroportos equivaleriam a um “monopólio natural”.

Ainda que a unificação das administrações dos dois aeroportos não se mostre viável, após a realização dos devidos estudos técnicos, a relicitação do Aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão, com a definição de novos parâmetros contratuais que restituam o equilíbrio econômico-financeiro de sua operação, seria imprescindível, a fim de evitar artificialismos regulatórios, na contramão da eficiência econômica.

Estruturalmente, o artigo está dividido em quatro seções, além dessa Introdução e das Considerações finais, sendo elas: I. A medida adotada e o seu contexto; II. O Processo no TCU: Política pública se sobrepondo à atividade regulatória; III. Intervencionismo com ilegalidade; IV. A singularidade do Rio de Janeiro: relicitação e unificação das operações como alternativa.

Além do Processo TCU nº 033.542/2023-6, das decisões do Ministério dos Portos e Aeroportos e da legislação pertinente, a investigação se valeu de textos teóricos sobre regulação, entre eles Nota Técnica da FGV Transportes/2023, de artigos técnicos e de matérias noticiosas publicadas na imprensa. A metodologia empregada foi qualitativa, de natureza básica, com coletas de dados documentais; o procedimento, portanto, bibliográfico; o objetivo, descritivo, mas também prescritivo no sentido de apontar uma solução alternativa para o problema identificado, ou seja, a relicitação e possível unificação da administração dos dois aeroportos.

I – A MEDIDA RESTRITIVA ADOTADA E O SEU CONTEXTO

As restrições operacionais impostas em 2023 ao Aeroporto Santos Dumont (SDU)², na região central da capital fluminense, deram-se por decisão do governo federal, mais precisamente o Ministério dos Portos e Aeroportos, atendendo a gestões dos governos estadual e municipal³. O intuito que

² SDU é a sigla adotada pela International Air Transport Association (IATA) para o Santos Dumont e utilizada nos códigos aeroportuários. Passará a ser usada no presente artigo para designar o referido aeroporto.

³ As pressões dos governos estadual e municipal visando as restrições no Aeroporto Santos Dumont foram

orientou a decisão política foi o de estimular o aumento do número de voos no Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG)⁴, localizado na Ilha do Governador, Zona Norte da cidade.

Importante infraestrutura aeroportuária do país, com maior área construída e maior pista entre os aeroportos brasileiros⁵, o GIG experimentava forte redução de demanda⁶, devido a uma série de fatores que vão desde os custos elevados e a maior dificuldade de acesso até a queda da atividade econômica, na esteira da recessão de 2014-2016 e da pandemia de Covid-19⁷. Sua transferência à iniciativa privada data de 2013, no bojo dos leilões de concessão de aeroportos promovidos pelo governo⁸.

O Rio Galeão, consórcio então formado pela Odebrecht e o grupo Changi

amplamente divulgadas pelos principais veículos de imprensa no decorrer de 2023. Aqui trazemos dois exemplos: “Governo anuncia restrição de voos no Santos Dumont, no Rio, a partir de janeiro de 2024”, Portal G1, 10/8/2023, disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/08/10>; e “Eduardo Paes vai limitar voos no Santos Dumont”, Agência Brasil, em 1/06/2023, disponível em www.agenciabrasil.ebc.com.br. Nesta segunda reportagem salta aos olhos a declaração do prefeito carioca anunciando, após audiência com o presidente da República, as restrições no Santos Dumont, antes mesmo de a Infraero apresentar parecer técnico sobre a necessidade de obras na pista do aeroporto e de tal argumento ser adotado pela Secretária de Aviação Civil para a efetiva adoção da medida. Reproduzimos aqui o seguinte trecho da Agência Brasil: “Segundo o prefeito, que entregou uma proposta de portaria ao presidente, a mudança [restrição no SDU] vinha sendo pedida há mais de dois anos e meio, sem sucesso. Além da limitação de voos, Paes afirmou que o governo deve editar portaria impedindo que passageiros de voos internacionais partindo de outras cidades (como Brasília e São Paulo) façam check in no Santos Dumont. A situação dos dois aeroportos tem sido discutida há alguns meses. O governo do Estado do Rio de Janeiro e a prefeitura da capital criticam o fato de o Aeroporto Santos Dumont, que é administrado pela Infraero, ter aumentado muito o número de voos, o que provocou o esvaziamento do Aeroporto Internacional Tom Jobim/Galeão, administrado pela concessionária Changi. [Grifo nosso]

⁴ GIG é a sigla adotada pela IATA e nos códigos aeroportuários para o Antônio Carlos Jobim/Galeão, e passará a ser usada no presente artigo para designar o referido aeroporto.

⁵ Inaugurado em 1952 (desde 1920 funcionava apenas como base militar aeronaval), o GIG é o aeroporto brasileiro de maior área, ocupando 18,8 milhões de metros quadrados. É também o que possui a maior pista do país, de 4 km, operando ainda uma segunda pista de 3,180 km. Com dois terminais para passageiros (um destinado a voos comerciais regulares e outro para voos executivos e fretados), além de um terminal exclusivo para carga, é hoje o sétimo aeroporto em movimento do país, recebendo 26 companhias aéreas nacionais e internacionais. Desde 2014 funciona em regime de concessão, administrado pela concessionária Rio Galeão – Aeroporto do Rio de Janeiro S/A, na qual o Grupo Changi, de Cingapura, detém 51% do capital e a estatal Infraero, 49%. Em 2023, o GIG recebeu 7,3 milhões de passageiros, segundo o portal especializado Aeroportos do Mundo, atualização de 4 de março de 2024. Disponível em www.aeroportosdomundo.com/br/aeroporto-GIG

⁶ Somente de 2015 a 2019, o GIG teve 25% de seus voos cancelados, grande parte deles transferido para outros aeroportos.

⁷ IBGE. A queda do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro foi 3,5%, em 2015, e de 3,3%, em 2016, com o período recessivo tendo se iniciado em 2014. Como consequência da pandemia de Covid-19, o PIB caiu 3,8% em 2020. www.ibge.gov.br

⁸ Em 2023, havia 59 aeroportos concedidos à iniciativa privada, por onde passavam mais de 91% dos passageiros das companhias aéreas regulares.

Airport International (CAI), de Cingapura, pagou R\$ 19 bilhões pela exploração do GIG, valor 293,91% acima do lance mínimo estabelecido no leilão. O prazo de contrato, a partir de 2014, é de 25 anos, com pagamento de R\$ 1,3 bilhão em outorga, anualmente.

A Odebrecht⁹ retirou-se do consórcio em 2017, tendo o Grupo Changi comprado a sua parte, em Ato de Concentração aprovado pelo CADE¹⁰ em dezembro daquele ano. Contudo, a crise econômica de 2014-2016 levou a uma redução de 7% no número de passageiros aéreos no ano de 2017, enquanto a pandemia de Covid-19, em 2020, provocou a queda de 90% dos voos no Brasil. Diante dessa conjuntura econômica desfavorável, e tendo em vista o alto valor da outorga¹¹ estabelecida em contrato, a concessionária Rio Galeão passou a acumular um déficit crescente, que chegou a R\$ 7,5 bilhões, em 2022.

Naquele ano, o Grupo Changi propôs ao governo devolver a administração do aeroporto, alegando a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão¹², em função da forte queda de demanda, e, como consequência, a incapacidade de continuar a honrar os compromissos contratuais. Na ocasião, o governo chegou a aventar a possibilidade de promover uma relicitação, incluindo o SDU no leilão de concessão – os dois aeroportos cariocas passariam a ter o mesmo operador¹³.

⁹ O Grupo Odebrecht passou a ser denominado Novonor.

¹⁰ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.007756/2017-51, julgado em 13/12/2017.

¹¹ Tendo em vista a deterioração do quadro econômico em 2015/2016, e a frustração quanto às expectativas de demanda de passageiros no GIG, a concessionária Rio Galeão vinha pedido, desde 2017, a revisão do valor de outorga, considerado incompatível face ao baixo grau de atividade econômica no Estado do Rio de Janeiro. A ANAC chegou a avaliar e a aprovar a redução da outorga por mais de uma vez, mas essa não foi decidida pelo governo. Aqui, uma dessas decisões: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2017/anac-aprova-alteracao-no-contrato-de-concessao-do-galeao>

¹² O equilíbrio econômico-financeiro é um princípio que garante a manutenção das condições de sustentabilidade de um contrato de concessão, permitindo ao concessionário continuar a operar de forma a atender satisfatoriamente a demanda do público. Trata-se da adequação da remuneração aos custos operacionais. Havendo fatores exógenos que alterem a correspondência entre remuneração e custos, o contrato poderá ser revisto, promovendo o seu reequilíbrio. A adequação entre objeto e preço na pactuação de um contrato de concessão deve ser mantida ao longo do tempo, até o seu termo. O que fundamenta o princípio é a ideia de que um concessionário em dificuldades financeiras não poderá realizar de forma satisfatória o objeto previsto no contrato de concessão. A ANAC reconheceu na decisão nº 544/2022 o direito do reequilíbrio econômico-financeiro da concessionária Rio Galeão. Decisão disponível em www.anac.gov.br

¹³ ANAC. Uma relicitação semelhante, por desejo do operador de devolução da concessão, foi realizada em dezembro de 2023, quando o grupo Zurich Airport International pagou R\$ 329 milhões em leilão e assumiu o lugar da Interamerica como administrador do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte. Disponível em www.anac.gov.br. A relicitação dos contratos de concessão encontra previsão legal na Lei nº 13.448/2017.

A proposta, contudo, não prosperou. O Grupo Changi passou então a pleitear junto ao governo uma redução do valor da outorga, pleito igualmente não atendido. A devolução da concessão não foi mais discutida. Porém, a partir daí, começou a haver gestões dos governos do Estado do Rio de Janeiro e da prefeitura da capital, visando a fortalecer a operação no GIG.

Em sentido inverso à crescente ociosidade do GIG nos últimos anos, o SDU vinha gradualmente aumentando o seu número de voos e o movimento de passageiros, refletindo uma clara preferência de mercado – decorrente de uma escolha direta das companhias aéreas, devido aos seus custos operacionais mais baixos, e indireta, por parte dos usuários, tendo em vista a sua localização mais central, com maior facilidade de acesso.

Essa dinâmica de escolha é relevante para o exame que ora empreendemos. Sampaio (2019)¹⁴ salienta que a razão primordial que explica por que o mercado apresenta respostas qualitativamente melhores em relação aos modelos de economia planificadas encontra-se no fato de que, mediante a participação social, o direito de escolha dos indivíduos também é respeitado na esfera econômica.

Saliente-se que, embora contenha contornos (e impactos) regulatórios, a medida restritiva ao SDU, em prol do melhor aproveitamento do GIG, não resultou de uma ponderação especializada da agência reguladora setorial. Ao contrário, representou uma decisão eminentemente política, de caráter subjetivo, distante de uma abordagem técnica (VALIATI, 2024)¹⁵.

Com efeito, foram duas as decisões restritivas, a original sendo revogada após questionamentos de parte da concorrência, da área técnica do TCU e de

¹⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. In *Direito e Economia: diálogos*. PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, Patrícia Regina. Rio de Janeiro: FGV, 2019, pág. 179. Com respeito à importância da liberdade econômica para a escolha qualitativamente melhor, garantindo maior eficiência aos setores econômicos, a autora cita Hayek: “A superioridade de uma solução de mercado sobre uma organização planificada centralizada consiste no entendimento de que as informações econômicas não preexistem no mercado, mas são resultado da interação dos agentes econômicos” (HAYEK, F. *The use of knowledge in society*. In *Individual dualism and economic order*. Londres: Rentledge & Kegan Paul Ltda, 1948, pág. 77-88). Dessa percepção se depreende a necessidade de se preservar a liberdade de mercado, o colocando a salvo de artificialismo.

¹⁵ “A decisão de restrição não resulta da capacidade efetiva do aeroporto [SDU], mas, sim, de uma escolha eminentemente política, com o objetivo declarado de melhorar a qualidade dos serviços prestados ao público. (...) Escolha política, mas que gera indiscutíveis impactos regulatórios sobre o setor de aeroportos, que é muito interligado (...)”. VALIATI, Thiago Priess, in *A decisão de restringir voos no Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória*. Artigo publicado pela agência INFRA, março de 2024. Disponível em <https://agenciainfra.com/blog/a-decisão-de-restringir-voos-no-aeroporto-Santos-Dumont-uma-política-pública-ou-atividade-regulatória?>

instâncias do próprio governo, seguida da medida em vigência, ambas oriundas do Ministério dos Portos e Aeroportos. Vejamos como se deram essas medidas.

Em agosto de 2023, o Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC), órgão de assessoramento da Presidência da República vinculado administrativamente ao Ministério de Portos e Aeroportos, e responsável pela formulação de políticas de ordenação da aviação civil e da estrutura de funcionamento deste setor, editou a Resolução nº 1/2023¹⁶ determinando que, a partir de 2 de janeiro de 2024, as operações no SDU fossem planejadas observando a distância de 400 km de seu destino e origem, e apenas com aeroportos de ligação regular doméstica.

A medida excluía, dessa forma, a ligação do aeroporto central carioca com aeroportos de conexão internacional localizados em outros estados, como Viracopos (Campinas) e Cumbica (Guarulhos), em São Paulo.

Entre as justificativas formais para tal restrição, contudo, não constava qualquer alusão à necessidade de revitalização do GIG, a fim de reverter o seu esvaziamento operacional, tampouco argumentação relativa a aspectos concorrenciais, envolvendo disputas por voos, figurando como razão para a medida a necessidade de reduzir a operação no SDU para a realização de obras na pista e em sua área de manobras.

Portanto, a despeito das declarações públicas de autoridades federais, estaduais e municipais quanto à necessidade de aumentar o número de voos no GIG, esse objetivo não está explicitado nas medidas adotadas.

Entre as considerações elencadas na resolução restritiva¹⁷, destaca-se ofício da estatal Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero S/A), administradora do SDU, solicitando a restrição para a realização das referidas intervenções. Assim, em meio a gestões políticas para a redução dos voos no SDU, a medida efetivamente adotada veio na forma de uma justificativa relacionada a obras de infraestrutura.

Após alertas feitos pela própria Secretaria de Aviação Civil, do Ministério

¹⁶ Resolução CONAC-MPOR nº 1 de 10 de agosto de 2023 (DOU/Imprensa Nacional). Disponível em www.infraero.gov.br

¹⁷ Trecho da Resolução com referência ao pedido da Infraero: “CONSIDERANDO o Ofício nº SEDE-OFI-2023/05531 da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), em que foi solicitada a limitação da capacidade do aeroporto para realização das obras de construção de RESA (Runway End Safety Areas) / E.M.A.S. (Engineered Material Arresting System), regularização da faixa preparada e obras complementares no Aeroporto Santos Dumont, Rio de Janeiro/RJ (SBRJ)”.

dos Portos e Aeroportos, quanto à ilegalidade e os impactos regulatórios da medida, a restrição original foi revogada em novembro de 2023, sendo, porém, imediatamente substituída por nova medida restritiva, essa representada pelo Despacho Decisório nº 9/2023 do Gabinete do ministro (Assad-Mpor/GabMpor). Na prática, o despacho tornou inválida a Resolução CONAC nº 1/2023, a substituindo.

Com base nesta segunda medida, que passou a vigorar em janeiro de 2024, as restrições não estariam relacionadas a destinos e origens dos voos, mas, sim, à limitação de movimento de passageiros. O movimento no SDU ficou, dessa forma, limitado entre 6,5 milhões a 7,5 milhões de passageiros/ano.

Esse teto não decorre da efetiva capacidade estrutural do aeroporto, que recebeu 10 milhões de passageiros em 2022 (cerca 30 mil diariamente)¹⁸, movimento 50% superior ao do GIG no mesmo período. Acrescente-se, que, no ano de 2022, a própria Infraero havia revisado a capacidade do SDU para 15 milhões de passageiros/ano, aplicando critérios da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA, na sigla em inglês)¹⁹, entidade global que representa o setor aeroviário.

Com o movimento do SDU limitado em 35% em relação ao patamar de 2022, de fato, se verificou um aumento da utilização do GIG, provavelmente, a partir de uma migração de voos de um aeroporto para outro, como pretendido pelas autoridades governamentais²⁰. Contudo, na ocasião, essa era apenas uma hipótese, impossível de ser confirmada *ex ante*, até porque a decisão não foi lastreada em parâmetros técnicos que considerassem aspectos mercadológicos setoriais.

Por outro lado, não há certeza de que essa tendência possa se manter em médio e longo prazos, até porque não há qualquer estudo que garanta que o SDU foi, de fato, o responsável pelo “sequestro” de passageiros do GIG (QUINTELLA e SUCENA, 2023)²¹.

¹⁸ Dados referentes a 2022, disponíveis na página da Infraero, em www.infraero.gov.br/aeroporto-santos-dumont

¹⁹ Informação divulgada em abril de 2023 pela Infraero à imprensa: <https://agenciainfra.com/blog/santos-dumont-ampliação-de-voos-tem-limites-que-não-são-dados-pela-infraero>

²⁰ Com efeito, após as restrições impostas ao SDU, o GIG alcançou um aumento do fluxo de voos de 72% em maio do presente ano, alcançando a marca de 1 milhão de passageiros, o que o coloca, no período, na 4ª posição entre os maiores aeroportos do país. Reportagem do jornal Folha de S. Paulo, citando fontes da ANAC, publicada em 16/07/2024. “Galeão sai de 10º para 4º aeroporto mais movimentado do país”. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br>

²¹ QUINTELLA, Marcus e SUCENA, Marcelo. Análise científica da situação dos aeroportos Galeão e Santos

Ademais, ainda que já tenha surtido o efeito esperado, a medida não considerou a assimetria concorrencial e as possíveis externalidades²² sobre outros aeroportos em regime de concessão, bem como para os usuários e o setor de forma geral. Administrado diretamente por uma estatal, o SDU, que recebeu grandes investimentos nos últimos anos, por exemplo, perde receitas com a restrição.

Tomada sem participação da esfera regulatória, trata-se de uma medida de natureza subjetiva, decorrente de uma escolha política. Conforme mencionado, embora o estímulo artificial à utilização de um aeroporto em detrimento do outro estivesse na motivação do agente político ao adotar a medida restritiva para o SDU, tal objetivo não aparece expresso na decisão. Nem por isso a violação à livre concorrência deixa de estar configurada.

Na justificativa, o despacho indica a necessidade de “elevar o nível de serviço prestado ao público”²³ no SDU, para o qual as obras na pista seriam necessárias, o que implicaria a redução do número de voos e movimento de passageiros.

II. O PROCESSO NO TCU: POLÍTICA PÚBLICA SE SOBREPONDO À ATIVIDADE REGULATÓRIA.

A restrição contida no Despacho Decisório nº 9/2023 ampara-se na Nota Técnica 151/2023 da Secretaria de Aviação Civil (SAC), do Ministério de Portos e Aeroportos, que toma como parâmetros estudos “que teriam sido realizados” pelo governo do Rio de Janeiro e pela prefeitura do Município do Rio de Janeiro, conforme o próprio TCU²⁴. Ressalte-se que a restrição tem caráter temporário, inicialmente válida apenas para o ano de 2024, podendo ou não ser revogada, prorrogada ou alterada pela SAC.

Com a redação fazendo referência a obras na pista, a percepção de que uma medida regulatória fora ilegalmente adotada diretamente por instância governamental, assumindo o papel de órgão regulador, restou atenuada.

Dumont. FGV Transportes, abril de 2023, página 5. Disponível em <https://transportes.fgv.br>.

²² Em linguagem regulatória, a externalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma empresa, ou por uma pessoa, ou a produção de um bem ou serviço por uma empresa, afeta uma outra empresa ou outras pessoas que não são parte na relação comercial, o que pode exigir uma atuação regulatória, por parte do Poder Público, a fim de afastar essa externalidade, ou impor compensações aos agentes afetados negativamente por esses efeitos.

²³ Item 3 do Relatório do Processo TCU 033.542/2023-6.

²⁴ Itens 33 e 34 do Processo TCU 033.542/2023-6.

Em outras palavras, não tratar-se-ia de uma questão mercadológica, envolvendo planejamento de voos em diferentes aeroportos que operam em regime de concessão e ambiente concorrencial, mas, sim, atinente ao nível de serviço ao público dentro de uma estrutura não concedida à iniciativa privada (SDU), administrada por uma empresa estatal (Infraero).

Ainda assim, a Unidade de Auditoria Especializada do Tribunal de Contas da União (TCU), no Processo nº 033.542/2023-6, apontou de forma clara a violação da competência da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), questionando também o fato de a medida não ter sido precedida da devida Análise de Impacto Regulatório (AIR). Destaca-se o seguinte trecho:

(...) a diretriz foi editada com desvio de finalidade, com motivação inadequada e por autoridade incompetente (violação de competência da ANAC), além de não ter sido precedida de Análise Impacto Regulatório (AIR), o que caracteriza a fumaça de bom direito²⁵.

O processo em questão resultou de representação feita pela prefeitura de Guarulhos, na Região Metropolitana de São Paulo, que alegou assimetria regulatória setorial, com prejuízo para o Aeroporto Internacional localizado naquele município. Na representação, são apontados o desvio de finalidade pública legítima da medida, a ausência da adequada motivação e a ofensa aos princípios da liberdade voo, da liberdade econômica e da livre iniciativa.

A prefeitura de Guarulhos aduz ainda, na representação, que as restrições impostas ao SDU gerarão graves prejuízos ao interesse público, aos usuários do transporte aéreo e ao erário, no caso o Município de Guarulhos, uma vez que haveria perda de conectividade com o aeroporto situado naquela cidade.

Relator do processo no TCU, o ministro Benjamim Zymler, considerou a Secretaria de Aviação Civil (SAC) do Ministério dos Portos e Aeroportos competente para a edição do ato, contrariando a área técnica da Corte. Salientou que o Despacho Decisório nº 9/2023 tem como declarado objetivo a implantação de nova política pública de restrição de utilização do SDU, consistente na limitação de passageiros, com o intuito de elevar o nível do serviço prestado pelo Poder Público, o que estaria no rol de atribuições da pasta ministerial.²⁶

Afirmou ainda que a competência para instituir política pública no setor de

²⁵ Item 11 do Processo TCU 033.542/2023-6.

²⁶ Item 35 do Processo TCU 033.542/2023-6

aeroportos é do Ministério dos Portos e Aeroportos. E que não configurariam desvio de finalidade a melhoria do desempenho do aeroporto em questão, por meio de obras. Neste sentido salientou que não teria como afirmar que o ato ministerial questionado pela representação teria fim diverso daquele declarado pela própria autoridade pública ao editá-lo, acrescentado que seria razoável admitir que a limitação de passageiros poderia levar à “melhora do nível de satisfação dos serviços”²⁷.

Considerando haver adequação entre o ato e a finalidade, o ministro afirma em seu despacho que, mesmo não estando perfeita a manifestação da autoridade pública [grifo nosso] no caso em questão, essa motivação poderá ser “robustecida” por outros estudos a serem apresentados pelos governos estaduais e municipais²⁸. Lançou, dessa forma, para o futuro a comprovação da legalidade.

Entendeu o ministro relator que, não havendo nos autos manifestações de outros *players* eventualmente prejudicados pela medida restritiva ao SDU, a alegação de desequilíbrio concorrencial em favor do GIG estaria enfraquecida. Acrescentou ser “heterodoxa e de questionável juridicidade”²⁹ a atuação do TCU com vistas a anular ato administrativo que tenha fixado determinada política pública, sob o enfoque do desvio de finalidade.

Por fim, considerando que a limitação de movimento no SDU, uma vez que não é definitiva, podendo ser revista pela própria administração direta, declarou não haver ilegalidade na medida adotada pelo ministério. Ainda assim pediu, no despacho de 29 de dezembro de 2023, novas diligências da área técnica do Tribunal, visando a fornecer dados sobre a real capacidade do aeroporto, bem como o nível de satisfação dos usuários quanto aos seus serviços.

Instada a se manifestar nos autos, a ANAC alegou que a medida representava uma formulação de política pública, de competência exclusiva da administração direta, não cabendo à agência qualquer ingerência sobre a decisão, tampouco avaliar o mérito e a legalidade de diretrizes emanadas pelo Executivo. Aduziu ainda que não lhe compete estabelecer a capacidade operacional do aeroporto no que se refere ao número de operações ou de passageiros, devendo ser essa declarada pelo seu operador, sendo a sua função tão somente definir a alocação do número de *slots*³⁰, em conformidade com essa capacidade declarada.

²⁷ Item 40 do Processo TCU 033.542/2023-6

²⁸ Item 42 do Processo TCU 033.542/2023-6

²⁹ Item 25 do Processo TCU 033.542/2023-6

³⁰ Slots, em linguagem aeroportuária, são horários de chegada e partida disponíveis ou autorizados para a realização de um voo.

A posição da ANAC é plenamente questionável. Se uma restrição operacional é aplicada de forma artificial a determinado aeroporto – sem considerar a sua real capacidade –, com o intuito de privilegiar outra estrutura aeroportuária que funciona sob concessão, em ambiente concorrencial que envolve dezenas de *players*, tal decisão potencializa um desequilíbrio de mercado que, em tese, mereceria a análise da agência reguladora.

Contudo, conforme examinado, a medida restritiva foi definida – e reconhecida pelo TCU – sob a alegação formal de necessidade de realização de obras estruturais atinentes à “melhoria dos níveis de serviços” prestados ao público, ensejando, assim, uma aparente legalidade, ou seja, a inocorrência da invasão da esfera regulatória pela administração direta, bem como a inexistência de violação do equilíbrio concorrencial. Essa aparente conformidade, porém, não deve estar a salvo de uma detida investigação teórica, como a empreendida no presente artigo, com o objetivo, inclusive, de contribuir para um aprimoramento do arcabouço e do aparato regulatório.

O intuito de favorecer um aeroporto em detrimento de outro, no caso em exame, resta flagrante nas gestões feitas pelos governos estadual e municipal do Rio de Janeiro, nas quais esse objetivo é expressamente declarado, conforme apontado de início na primeira seção deste artigo. Por sinal, a medida restritiva foi também comemorada pelos governos estaduais e municipais, e amplamente divulgada na ocasião³¹.

Neste sentido, é imperativo reconhecer a legitimidade de o poder público empreender esforços e procurar estabelecer política visando a preservar e fortalecer um ativo econômico de inquestionável importância para o Estado do Rio de Janeiro e sua capital, como é o caso do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG).

O que se discute não é o objetivo contido na política pública adotada, muito menos a importância econômica do aeroporto em questão, mas, sim, a forma escolhida para a implementação dessa política, violando normas e princípios regulatórios e ignorando aspectos concorrenciais e de mercado, na contramão da eficiência do setor.

³¹ Aqui, um exemplo: CNN. “Governo derruba restrição de voos no Santos Dumont e aponta limite de passageiros”. Em 8/11/2023, disponível em www.cnnbrasil.com.br. Pelas redes sociais, o prefeito do Rio, Eduardo Paes (PSD), agradeceu ao ministro Silvío Costa Filho, que em suas palavras, “faz aquilo que solicitamos desde o início”. “Segurança para o Santos Dumont e estímulo ao nosso aeroporto internacional”.

Ao restringir artificialmente a capacidade operacional de um aeroporto, a política pública acabou por impingir uma punição ao aeroporto mais eficiente – punindo, por extensão, seus usuários e as companhias aéreas. Mais que isso, ao fortalecer artificialmente um aeroporto sob concessão, a medida é antiisonômica, geradora de assimetria de mercado e, dessa forma, potencialmente ofensiva a outros terminais igualmente concedidos à iniciativa privada.

Por essa razão é de se estranhar a posição adotada pela ANAC no Processo TCU nº 033.542/2023-6. Omitindo-se quanto a uma análise técnica da questão, sob a alegação de que não lhe cabe verificar a legalidade de uma política pública, deixou de opinar sobre seus evidentes impactos regulatórios. A explicação para a omissão está justamente na confusão feita entre política pública e atividade regulatória. A restrição estabelecida pelo governo federal, atendendo a pleito dos governos estadual e municipal, viceja numa zona obscura.

Houve uma escolha política que desconsiderou outros aspectos sociais e econômicos (para além da importância do GIG como ativo), atingindo a liberdade de voo, a livre concorrência e a liberdade de mercado. Para além do exame de legalidade, estamos diante de uma medida do Executivo que avançou sobre o campo regulatório, invadindo a autonomia das agências.

Uma política pública, por melhores que sejam as intenções do agente que a concebe e a implementa, não pode se sobrepor a aspectos técnico-regulatórios. O respeito às atribuições da agência – ou às agências regulatórias, de forma geral – é um dos principais fatores que contribuem para o fortalecimento das políticas públicas³².

Pinheiro esclarece que, embora existam diferentes acepções para o vocábulo regulação, utilizadas alternativamente, dependendo do problema que se enfrenta, em geral a regulação é hoje definida e aplicada por meio de órgãos específicos (portanto, especializados), entre os quais, podemos dizer, se destacam, no Brasil, as autarquias especiais denominadas agências reguladoras (PINHEIRO, 2005)³³.

Ainda nos passos de Pinheiro, se historicamente a regulação já foi vista como substituição do mercado, com o comando estatal assumindo as escolhas no

³² VALIATI, Thiago Priess. Direito da infraestrutura – regulação dos setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, pág. 16.

³³ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pág. 254-255.

lugar dos agentes econômicos, hoje a regulação deve operar de forma diferente, podendo influenciar (estimulando ou inibindo) esses agentes, mas raramente determinando de que forma deve ser o seu comportamento.

O Estado pode e deve usar a regulação como instrumento para aumentar a eficiência econômica (PINHEIRO, 2005)³⁴. Contudo, no caso em questão, o Executivo valeu-se de uma falsa motivação para definir como deve ser a repartição do mercado e de demanda entre dois aeroportos da mesma cidade – e tomou essa decisão sem estar embasado em estudos técnicos da agência setorial.

A Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), estabelece, em seu art. 2º, que cabe à autarquia especial regular e fiscalizar as atividades da aviação civil³⁵, bem como as infraestruturas aeronáutica e aeroportuária. Em seu art. 3º, a lei dispõe que, no exercício de suas competências, a agência deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal.

Por sua vez, o Decreto nº 8.756 de 2016³⁶, que dispõe sobre as atribuições da Infraero, reforça que a fiscalização do nível de serviços aeroportuários é de competência da agência reguladora, não da empresa estatal que administra aeroportos. A legislação é, portanto, expressa quando atribui à ANAC a regulação e a fiscalização de níveis de serviços aéreos e aeroportuários

Considerando o arcabouço regulatório brasileiro, tanto para o setor aeronáutico/aeroportuário quanto para os demais segmentos da economia, a diretriz deve ser dada pelo Executivo (ou pelo Congresso, a partir de marcos regulatórios estabelecidos dentro do regular processo legislativo), cabendo à agência reguladora a consecução e implementação dessas diretrizes, de acordo com a prévia análise especializada, seguida de sua implementação e fiscalização, com base em critérios técnicos, que considerem, entre outros aspectos, a eficiência setorial em prol dos usuários.

³⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. *Obra cit.*, 256.

³⁵ Lei nº 11.182/2005: “Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

³⁶ Decreto nº 8.756 de 2016, art. 7º: “A ANAC definirá e fiscalizará os níveis de qualidade de prestação dos serviços executados pela Infraero, sem prejuízo das demais atividades regulatórias de competência da Agência”.

III – INTERVENCIONISMO COM ILEGALIDADE

No caso em tela, o que se tem é o próprio Executivo prescrevendo e implementando uma medida regulatória, sem o devido exame do órgão regulador. É oportuno frisar que o respeito à estrita atividade regulatória constitui um valioso pressuposto para que as políticas públicas possam ser efetivamente alcançadas. É a desejável independência das agências, ou seja, a sua imunidade face às possíveis ingerências políticas de caráter subjetivo (nem sempre alinhadas com a eficiência econômica ou com o interesse social), o fator capaz de garantir perenidade e eficácia às políticas públicas.

Conforme ensina Pinheiro³⁷, o Brasil deixou de lado o modelo de Estado-Empresário, a partir das reformas empreendidas desde a década de 1980, promovendo uma transformação para um Estado regulador da atividade privada, em reação à constatação de que o mercado é mais eficiente na alocação de recursos do que os governos e, também de que a intensa intervenção estatal, que caracterizou a trajetória brasileira na maior parte do século XX, ensejou muitos problemas, entre os quais aquilo que a literatura passou a definir como “falha de governo”³⁸. Aqui, o governo retoma o caminho intervencionista, potencializando uma “falha” ao interferir num segmento onde, a rigor, não havia falha de mercado³⁹.

Atividade regulatória é instrumento de política pública. Se a administração direta passa a exercer esse papel, as agências perdem a sua razão de ser - a sua finalidade. Passam a ser meros órgãos reverenciadores da decisão governamental. O exame da legislação feito acima nos autoriza a dizer que a restrição artificial – *i.e.*, desconsiderando premissas de mercado e ignorando a necessidade de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) – do número de passageiros imposta pelo governo ao SDU caracteriza um claro exemplo de intervencionismo estatal indevido, com usurpação de atribuições e violação de normas regulatórias

³⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. *Obra cit.*, pág. 254.

³⁸ Pinheiro define “falha de governo” como aquela situação em que o governo intervém motivado, em princípio, em corrigir uma falha de mercado, e acaba levando as coisas a uma situação ainda pior, seja não raro pela interveniência de objetivos políticos. Por sua vez, “falhas de mercado” seria aquela situação em que o mercado por si só não consegue alocar os recursos de forma eficiente. PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pág. 285.

³⁹ Se entendermos como falha de mercado a situação econômica em que um setor não consegue produzir um ambiente que seja naturalmente eficiente, produzindo efeitos negativos para ofertantes e demandantes de produtos e serviços, essa falha não ocorreu no setor aeroportuário do Rio de Janeiro. O que, com efeito, ocorreu foi que um player estava em desvantagem em relação a outro concorrente, este eficiente (o SDU), e foi socorrido por uma decisão governamental.

setoriais. Tal intervenção coloca em risco a livre concorrência e a liberdade de mercado.

Na prática, o Executivo deixou de lado o princípio da subsidiariedade, previsto na Constituição Federal⁴⁰, para dizer taxativamente de que forma uma infraestrutura aeroportuária eficiente (SDU), administrada por uma empresa estatal (Infraero), deve operar (ou deixar de operar), a fim de que possa favorecer uma outra infraestrutura aeroportuária, essa privatizada. E fez tudo isso sem qualquer previsão legal.

A decisão ganha contornos mais graves, se considerarmos que a empresa beneficiada (a concessionária Rio Galeão) enfrentava grandes prejuízos financeiros, por conta não somente de fatores conjunturais como em decorrência de um modelo de concessão equivocada⁴¹. O governo deu a um aeroporto sob concessão um benefício não previsto em Lei e que outros aeroportos igualmente concedidos à iniciativa privada não receberam, num claro flagrante de ofensa à livre concorrência.

Sabemos que a tutela jurídica da livre-concorrência é reflexo de um conhecimento acumulado pela teoria econômica reconhecendo ser o embate dos agentes no mercado, em regra, a melhor forma de se obter a melhor alocação possível de recursos, a fim de se elevar o nível de bem-estar social (SAMPAIO, 2019)⁴². Constituindo um direito difuso, que visa à proteção de forma indistinta, a defesa da livre-concorrência só deve ser restringida quando ocorrer abuso do poder econômico⁴³, o que não foi o caso na restrição aplicada ao SDU.

Diante do modelo de produção econômica que o Brasil adota, capitalista, o princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado deve intervir na economia

⁴⁰ Na Constituição Federal, o princípio da intervenção subsidiária do Estado na economia se desprende do art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” [grifo nosso]. Contudo, essa subsidiariedade deve ser interpretada de forma sistêmica na Carta, não estando restrita ao art. 173. Assim, o art. 170 da CF preconiza a valorização da livre iniciativa, enquanto o art. 174 estabelece que o Estado tem um papel primordial como agente econômico e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo, quando necessário, e planejamento, essa imperativa para o setor público e facultativa para o setor privado [grifo nosso].

⁴¹ A elevada outorga definida para o aeroporto mostrou-se irrealista diante da realidade econômica, levando ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

⁴² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Obra cit.*, página 181.

⁴³ As prescrições de ordem constitucional e infraconstitucionais restringindo a livre-concorrência seriam basicamente as seguintes: art. 173, 4º da CF; Lei nº 12.259/2011 (Lei Geral de Defesa da Concorrência); Lei nº 8137/1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica).

apenas em casos excepcionais, não é algo trivial. Para além do que está previsto na Constituição (o que já não seria pouco), é preciso salientar que o princípio se aplica diretamente à organização da sociedade, constituindo-se num fator sociológico (TORRES, 2001)⁴⁴.

Neste sentido, engendra uma concepção de sociedade que não se encontra mais em posição de confronto com o Estado, tampouco com ele se identifica, mas, ao contrário, busca uma forma de estruturação social, calcada no indivíduo e “na associação privada intermediária”, em que a gestão direta do Estado passa ser remota – ou subsidiária.

Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 14.368/2022⁴⁵, o setor de transporte aéreo de passageiro deixou de ser formalmente considerado prestação de serviço público, algo que já era compreendido por boa parte da doutrina e da jurisprudência, o que torna ainda mais relevante a aplicação do princípio da subsidiariedade, de modo a afastar o ímpeto intervencionista estatal.

Por sua vez, a Lei de Liberdade Econômica⁴⁶, igualmente recente, realça o papel subsidiário do Estado, autorizando a intervenção estatal na economia apenas em caráter excepcional. Assim, o art. 2º da Lei estabelece, em seu inciso I, a liberdade como garantia no exercício da atividade econômica, e no inciso II, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício da atividade econômica.

A par da violação representada pela intervenção direta na operação do SDU, temos consequências que extrapolam o âmbito desse operador aeroportuário, alcançado diretamente pelas medidas tomadas pelo governo, tendo em vista que os efeitos resultantes da Resolução CONAC nº 1/2023 e, em sequência, do Despacho Decisório nº 9/2023, do Gabinete do ministro (Assad-Mpor/GabMPor), são amplos e se irradiam para todos os usuários de companhias aéreas (FARIAS et VIANA, 2024)⁴⁷, afetando igualmente as receitas operacionais de outros aeroportos.

⁴⁴ TORRES, Sílvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs.121 e 122

⁴⁵ A Lei nº 14.368/2022 alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica. “Art. 40 - Dispensa-se do regime de concorrência pública a utilização de áreas aeroportuárias pelos prestadores de serviços aéreos, para suas instalações de despacho, escritório, oficina e depósito ou para abrigo, reparação e abastecimento de aeronaves”.

⁴⁶ Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874 de 2019

⁴⁷ FARIAS, André Luiz de Albuquerque; e VIANNA, Fernando Villela de Andrade. Jaboticaba regulatória – o caso das limitações regulatórias artificiais no Santos Dumont. Artigo na Agência iNFRA, outubro de 2023. Disponível em iNFRA Debate: Jaboticaba regulatória - O caso das limitações regulatórias artificiais no Santos Dumont - Agência iNFRA (agenciainfra.com)

A decisão do Executivo violou o princípio da motivação, uma vez que foi tomada sem a correta justificção, ignorando a elaboraçção de uma Análise de Impacto Regulatório – AIR (afinal, caberia à agência reguladora proceder a essa análise, e ela sequer participou do processo). Tampouco foi precedida da realizção de Audiências Públicas, o que afasta a sua legitimidade, do ponto de vista social. É uma decisão de política pública que não decorre do legítimo processo legislativo e consequente previsão em Lei.

Com todos esses vícios, sequer podemos dizer que a medida adotada para o SDU representa uma verdadeira política pública. Pela forma como foi estruturada, invadindo atribuições da agência reguladora, desponta como uma medida regulatória heterodoxa, igualmente eivada de vícios, a começar a falta de estudos técnicos que apontem os seus possíveis benefícios e efeitos para todo o setor.

O Executivo tem competência para estabelecer política pública sem que a decisão passe pelo Legislativo, mas para tanto deve estar lastreado em estudos técnicos, que não foram realizados. A inexistência da correta motivação para a edição das medidas viola o processo administrativo. À luz da Constituição Federal, o Executivo tem o dever de demonstrar a correta finalidade e motivação de seus atos, além de agir com respeito aos princípios da impessoalidade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência⁴⁸. A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, reitera essas exigências em nível infraconstitucional⁴⁹.

A motivação e a justificção coerentes e adequadas permitem o efetivo controle dos atos administrativos, seja pelo Judiciário ou pelas próprias instâncias do Executivo. A correta motivação encontra ainda amparo na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB com a sua nova redaçção⁵⁰. Por sua vez, as Consultas Públicas, indispensáveis para que a medida não padeça de déficit democrático, bem como as AIRs, contribuem para a aferição da motivação e da adequaçção.

⁴⁸ Constituição Federal, art. 37, com redaçção dada pela Emenda Constitucional 19/1998. O art. 37 assim dispõe: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

⁴⁹ Lei nº 9.784/1999 – “Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

⁵⁰ Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942. A Lei nº 13.655 de 2018 incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, em especial, a alteraçção do art. 20, com a seguinte redaçção: “art. 20 – nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisção”.

Nada disso foi observado e respeitado pelos agentes públicos quando decidiram intervir no SDU para favorecer o GIG.

O intuito dos governos estadual e municipal, atendido pelo Executivo Federal, conforme amplamente divulgado na imprensa, era o de garantir o melhor aproveitamento do GIG. Para tanto, restringiu-se os voos no SDU. Porém, essa restrição foi feita com base em justificção distinta, a de necessidade obras na pista para melhorar o nível do serviço. Visando um objetivo, editou-se uma medida com motivação diversa, e de forma ilegal.

IV – A SINGULARIDADE DO RIO DE JANEIRO: RELICITAÇÃO E UNIFICAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMO ALTERNATIVA.

Um aspecto singular do setor aeroportuário da cidade do Rio de Janeiro é o fato de ser a única capital e cidade brasileira que conta com três aeroportos de linhas comerciais regulares dentro da área administrativa do município. Além do GIG e do SDU, a cidade dispõe do Aeroporto de Jacarepaguá (RRJ)⁵¹, localizado em sua Zona Oeste. Embora tenham perfis de demanda e de usuários distintos, a rigor, são três aeroportos operando em regime concorrencial, disputando mercado, dentro de um mesmo município.

O GIG é o único que opera voos internacionais, mas disputa mercado em voos domésticos com o SDU, e vice-versa, essa, por sinal, a verdadeira razão da medida restritiva imposta ao segundo, de acordo com declarações de agentes públicos, como vimos nas seções precedentes.

Os dois aeroportos maiores também operam voos executivos, mas relativamente em menor escala, sendo este segmento de serviço aéreo predominante no RRJ, que também realiza voos com linhas comerciais regulares, inclusive para o Aeroporto de Congonhas, na capital paulista. Porém, como o RRJ opera com aviões de pequeno porte, isso tem impacto reduzido na demanda dos dois aeroportos maiores.

⁵¹ RRJ é a sigla adota pela International Air Port Association (IATA) para o Aeroporto de Jacarepaguá/Roberto Marinho. Localizado na Barra da Tijuca, Zona Oeste da cidade, o aeroporto opera com voos executivos e voos comerciais regulares, em aviões de pequeno porte, para diferentes destinos, inclusive Congonhas, em São Paulo. Opera ainda voos de helicópteros para plataformas de petróleo. Com pista de 900 metros e capacidade para 400 mil passageiros/ano, o RRJ é administrado desde 2023 pela PAX Aeroportos, do Grupo XP, em contrato de concessão de 30 anos. A concessionária também administra o Campo de Marte, na capital paulista. A peculiaridade do Rio de Janeiro em termos de infraestrutura aeroportuária é reforçada pela existência de duas grandes bases áreas da Força Aérea Brasileira (FAB) dentro de sua área administrativa: Base Aérea de Santa Cruz e Base Aérea do Campo dos Afonsos.

A questão é saber se a economia da cidade e do Estado do Rio de Janeiro comporta dois aeroportos de grande porte operando de forma concorrencial. Aparentemente, a resposta é não, tendo sido esse regime concorrencial um dos fatores que contribuíram para os resultados operacionais negativos do GIG, mormente, diante de uma queda geral de demanda resultante do declínio da economia, com a recessão de 2014-2016 e a crise da pandemia de Covid-19.

Um outro fator são os seus altos custos operacionais, decorrentes de uma obrigação elevada quanto à outorga prevista no contrato de concessão, o que chegou a ensejar um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conforme visto na seção I.

Para além de tudo isso, a contínua queda de demanda no GIG guarda relação direta com o cenário de decadência do Rio de Janeiro, que vem aumentando desde a década de 1990 e chegou ao seu ápice com a pandemia de 2023 (QUINTELLA e SUCENA, 2023)⁵².

O distinto desempenho econômico entre os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo não é desprezível para o estudo da questão. Em comparação ao Estado e à cidade de São Paulo, as economias fluminense e de sua capital são significativamente menores. A capital paulista tem um Produto Interno Produto (PIB) quase três vezes maior que o município do Rio de Janeiro. Contudo, ao contrário do Rio de Janeiro, a capital paulista tem apenas um grande aeroporto (Congonhas), estando os outros dois grandes aeroportos do estado situados em outros municípios – Cumbica, em Guarulhos, e Viracopos, em Campinas.

Ainda que atendam à demanda da capital paulista e de sua Região Metropolitana, dado o dinamismo de sua economia e à sua forte concentração demográfica, estão fora de sua área administrativa e mais distantes, exercendo, de forma natural, um papel complementar, sobretudo no que tange as conexões internacionais, haja vista ser Congonhas um aeroporto doméstico.

Essas circunstâncias econômicas e geográficas nos autorizam a reconhecer

⁵² QUINTELLA, Marcus e SUCENA, Marcelo. Análise científica da situação dos aeroportos Galeão e Santos Dumont. FGV Transportes, abril de 2023, página 5-7. Disponível em <https://transportes.fgv.br>. Os autores lembram que a “Cidade Maravilhosa” perdeu o seu protagonismo nacional para outras regiões brasileiras, especialmente no turismo, nos negócios e nas indústrias, além de estar sempre vinculada ao insolúvel e incontrolável problema da segurança pública, que atinge a sociedade e a economia do Estado como um todo e afeta sobremaneira a escolha do GIG como aeroporto preferencial, tanto pelos passageiros como pelas companhias aéreas.

como alternativa possível – condicionada aos devidos estudos técnicos – para o setor aeroportuário da cidade do Rio de Janeiro a administração conjunta do GIG e do SDU, a partir de uma relicitação⁵³, de forma a gerar sinergia entre os dois aeroportos, conforme chegou a ser discutido em âmbito federal em 2022.

Seria uma solução livre do artificialismo que beneficiou o GIG em prejuízo do SDU, uma intervenção que, conforme já mencionado nas seções anteriores, causou assimetria concorrencial. Ademais, seria uma solução adotada dentro da legalidade, submetida ao processo regulatório, mediante elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e discussão em Audiência Pública, e não decorrente de um cálculo político subjetivo dos agentes públicos.

Quintella e Sucena (2023)⁵⁴ compartilham esse entendimento, advertindo que, quaisquer que sejam as soluções tomadas no sentido de restrição ao SDU, os passageiros “perdidos” pelo GIG desde 2017 dificilmente retornarão em bases perenes e sustentáveis, enquanto não houver uma firme reativação da economia fluminense, em especial de seu setor de turismo, elevando o nível de emprego e renda da população.

O diagnóstico dos dois autores reforça o nosso entendimento de que a solução mais sustentável, diante das condições econômicas do Rio de Janeiro, seria a administração unificada dos dois aeroportos, sob o mesmo concessionário, a partir de uma nova relicitação e precedida dos devidos estudos técnicos.

Não seria exagero dizer que, nas circunstâncias que se apresentam, as duas estruturas merecem um tratamento equivalente à de um “monopólio natural”⁵⁵. Dessa forma, os custos seriam minimizados, ao se concentrar toda a “produção” (dos serviços aeroportuários) em uma única empresa, tornando essa produção mais eficiente, do ponto de vista econômico, e vantajosa para os consumidores, do que a distribuição desses serviços (aeroportuários) por mais de uma concessionária.

⁵³ ANAC. Uma relicitação semelhante, por desejo do operador de devolução da concessão, foi realizada em dezembro de 2023, quando o grupo Zurich Airport International pagou R\$ 329 milhões em leilão e assumiu o lugar da Interamerica como administrador do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte. www.anac.gov.br

⁵⁴ QUINTELA E LUCENA, obra cit., pág. 8.

⁵⁵ Pinheiro define “monopólio natural” da seguinte forma: “ocorre quando o custo é minimizado concentrando toda a produção de um conjunto de bens e serviços em uma única empresa, do que distribuindo-a entre várias empresas. Diz-se que, neste caso, a curva de custo exibe subaditividade. PINHEIRO, Armando Castelar. Obra cit., pág. 286.

Voltamos a salientar que é razoável o Poder Público estabelecer diretrizes e políticas públicas que garantam a sustentabilidade de um ativo econômico da importância do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG). Porém, tais políticas devem ser estabelecidas em observância à lei e respeitando instâncias regulatórias criadas justamente com o intuito de propiciar equilíbrio concorrencial e o desenvolvimento do setor, tendo em vista a manutenção do nível de qualidade dos serviços prestados aos consumidores.

A par uma efetiva solução regulatória, com embasamento técnico, o que adicionalmente contribuiria decisivamente para o melhor aproveitamento do GIG seria a tomada de decisões que, essas, sim, estão na esfera administrativa direta dos governos estadual e municipal, tais como a melhoria das condições de segurança nas proximidades do aeroporto e as melhorias de seu acesso, hoje totalmente dependente do modal rodoviário.

Uma solução que desponta como razoável é a ligação dos dois aeroportos por barcas, pela Baía de Guanabara, projeto de custo de implantação mais baixo e cujas obras exigiriam menor tempo de execução do que a construção de linhas de metrô (igualmente necessárias). Tal ligação marítima poderia ser favorecida pela integração operacional de GIG/SDU, a partir de uma única empresa concessionária.

Essas providências, no entanto, tanto da melhoria da segurança quanto da melhoria do acesso, não parecem estar merecendo a devida prioridade dos executivos estadual e municipal, que preferem se concentrar numa intervenção regulatória artificial e heterodoxa.

Conforme alerta Salomão Filho (2021)⁵⁶, no mundo de hoje, o Estado não se coloca mais como gestor máximo da economia, superior e distante da vontade do sistema econômico. Em outras palavras, o Poder Público não deve tentar aplacar uma preferência de mercado por meio de uma imposição gestada em gabinete, de forma subjetiva, ignorando considerações técnicas e sem ouvir a sociedade. Esse Estado da “era Keynesiana e dos comunismos revolucionários”, que perdurou por quase um século, perdeu espaço diante da complexidade econômica e social contemporâneas.

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2021 (3ª edição), pág. 92.

Na época presente, segue o autor⁵⁷, a máquina estatal deverá assumir característica distinta. No lugar de uma gestão abstrata e genérica, deve o Estado ter um papel redistributivo, mas redistributivo não apenas no sentido tributário estrito, de recolher tributos e aplicar as suas receitas em políticas públicas primordiais para a sociedade, tais como saúde e educação, mas redistribuindo eficiência. Uma forma de redistribuição de eficiência é por meio de instrumentos e medidas regulatórias implementadas a partir de análise técnica independente.

Quando intervém no mercado – em determinado setor econômico – esse Estado redistributivo deve fazê-lo para reequilibrar setores, em que especiais condições concorrenciais tenham beneficiado determinado competidor. É o que ocorre, por exemplo, quando há um monopólio usufruindo de vantagens que podem levar a lucros extraordinários, em prejuízo do consumidor. O objetivo primário dessa eventual intervenção é, portanto, a proteção do usuário, da sociedade.

Trazendo essas lições para o caso em exame, nenhuma vantagem adicional foi dada ao SDU. Não se trata de um monopólio. Da mesma forma, o consumidor, usuário de transporte aéreo, não estava obrigado a usar esse aeroporto no lugar do concorrente GIG. As companhias aéreas escolheram operar com mais frequência no primeiro em relação ao segundo porque ali encontravam custos operacionais mais baixos, e porque ali, também, havia mais comodidade para o consumidor final.

O problema, portanto, não está na eficiência do SDU, mas, sim, na ineficiência do GIG, essa causada, ao que tudo indica, por um modelo de concessão que acarreta altos custos operacionais, problema que foi agravado por uma queda de demanda decorrente das crises econômicas. Se uma intervenção regulatória se faz necessária, que ela venha por meio de uma providência que possa restituir melhores condições competitivas ao GIG. Uma forma de promover a volta dessas condições seria uma relicitação que abrisse espaço para o estabelecimento de novos parâmetros de concessão.

Dentro desse possível novo processo, a unificação dos operadores dos dois aeroportos, visando à maior eficiência e à redução dos custos, com benefício para os usuários e para a economia do Rio de Janeiro, desponta como uma alternativa real.

Ainda que tal caminho acarrete impacto – representado pela elevação do nível

⁵⁷ Obra cit., pág. 93.

concorrencial, via disputa de voos mais baratos – nos demais concorrentes de outros estados, esse impacto viria dentro da lei e atinente à busca da eficiência, algo bem diferente de se robustecer a demanda de um aeroporto sob concessão, a partir da limitação artificial de outro aeroporto, sob administração estatal.

No mais, lembremos novamente das lições de Salomão Filho: se tiver que haver discriminação entre concorrentes e, por consequência, entre consumidores, que essa discriminação ao menos seja feita pela via regulatória⁵⁸, o que definitivamente não ocorreu no caso em exame.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstrou o artificialismo de caráter dirigista representado pela medida restritiva imposta ao Aeroporto Santos Dumont (SDU), no Rio de Janeiro, adotada a partir de uma motivação inadequada, com desvio de finalidade e invasão da competência específica da agência reguladora.

Para apontar tais ilegalidades, a pesquisa examinou o Despacho Decisório nº 9/2023 do Gabinete do ministro dos Portos e Aeroporto, e a Resolução do Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC) nº 1/2023, bem como o Processo TCU nº 033.542/2023-6.

Com base em declarações dos agentes públicos envolvidos, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, o artigo apontou que o verdadeiro intuito da decisão foi o de procurar beneficiar o Aeroporto Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG), que sofria acentuada queda de demanda.

A expectativa desses agentes públicos era de que, com a medida restritiva, houvesse transferência de voos de um aeroporto para outro – o que não é certo, em médio e longo prazos, tendo em vista questões intrínsecas que afetam aquele aeroporto, tais como altos custos operacionais e dificuldade de acesso.

Utilizando-se de textos teóricos sobre direito da regulação, o artigo discorreu sobre as consequências da medida no que se refere ao equilíbrio concorrencial e à liberdade dos agentes privados, assim como a violação do princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado só deve intervir na economia em casos excepcionais.

⁵⁸ Obra cit., pág. 96.

Salientou as possíveis implicações negativas (externalidades) da medida para outros *players* do setor aeroportuário e de transporte aéreo, assim como para os usuários, lembrando que a decisão tem impacto sobre toda a cadeia aeroportuária nacional, e por isso mereceria a análise da ANAC, o que não ocorreu.

Salientou que a medida é antiisonômica, uma vez que procura beneficiar, sem qualquer previsão legal ou estudo de impacto regulatório prévio, um aeroporto que opera sob concessão (GIG), a partir de restrição de movimentação de passageiros imposta a um aeroporto administrado por uma empresa estatal (SDU/Infraero).

A vantagem é indevida. Outros aeroportos sob concessão, potencialmente concorrentes do GIG no transporte aéreo internacional, podem ser prejudicados com a medida.

O artigo ressaltou ser legítimo ao Poder Público estabelecer políticas ou diretrizes que visem fortalecer um ativo econômico da importância do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim/Galeão (GIG).

Apontou, contudo, que tais políticas e diretrizes não devem ser tomadas ignorando estudos técnicos especializados, em clara sobreposição à atividade regulatória. Tampouco, quando se tratar de políticas do Executivo, não devem prescindir do debate em audiências públicas, sem o qual padecem de déficit democrático.

Aduziu ainda que, uma vez que o GIG tem problemas intrínsecos, tais como custos operacionais mais altos, por conta de uma outorga elevada estabelecida no contrato de concessão, o que afasta as companhias aéreas, bem como falta de segurança e dificuldade de acesso para os usuários (passageiros), o intuito dos agentes públicos corre o sério risco de não ser alcançado.

Tem-se, assim, a “punição” ao aeroporto mais eficiente (SDU), com a restrição de passageiros, ignorando uma preferência de mercado (companhias aéreas e usuários) sem a certeza de que poderá haver, de forma sustentável, a transferência de voos desse para o aeroporto em dificuldades financeiras (GIG).

O mais relevante, contudo, é que tal artificialismo é ilegal, tendo em vista a motivação inadequada, o desvio de finalidade e a invasão de competência da ANAC, o que recomendaria a pronta revogação da medida, ainda que o objetivo dos agentes públicos, de fortalecimento do GIG, pudesse ser efetivamente comprovado ou alcançado.

Diante de todo esse contexto de ilegalidade e da relevância de se fortalecer a operação do GIG, dada a sua importância econômica para o Estado do Rio de Janeiro e a capital fluminense, o artigo, de forma prescritiva, recomenda a relicitação do aeroporto, a fim de que possam ser definidos novos parâmetros de outorga, mais compatíveis com a realidade econômica vigente. Prescreve ainda a ação do Poder Público no sentido de melhorar o acesso ao GIG, diversificando os modais, assim como melhorando a sua segurança.

Sugere também a possibilidade de, na relicitação, os dois aeroportos (GIG-SDU) serem oferecidos à iniciativa privada, para serem administrados por uma mesma concessionária, a fim de que as duas operações possam ser integradas, gerando sinergia entre si, e eficiência econômica, com benefícios diretos para os usuários. Neste sentido, os dois aeroportos equivaleriam a um “monopólio natural”.

A justificativa para tal solução é o fato de a economia do Estado do Rio de Janeiro e de sua capital, com baixo dinamismo e baixas taxas de crescimento, não comportar dois aeroportos em regime de concorrência direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislação:

BRASIL – Constituição Federal de 1988

BRASIL – Lei nº 9.784 de 1999 (Regula o processo administrativo)

BRASIL – Lei nº 11.182 de 2005 (Criação da ANAC)

BRASIL – Lei nº 13.448/2017 (Diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de concessão)

BRASIL – Lei nº 13.655 de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

BRASIL – Lei nº 14.368 de 2022 (Altera o Código Brasileiro de Aeronáutica)

BRASIL – Decreto nº 8.756/2016

BRASIL – Portaria Mpor de agosto de 2023

BRASIL – Despacho Decisório nº 9/2023, Assad-Mpor/GabMPor

BRASIL – ANTT, Nota Técnica 142

BRASIL – ANTT, Estudo técnico 01/SURG/2011

BRASIL – CONAC, Resolução nº 1 de 2023

BRASIL – Nota Técnica nº 91/2023, SAC-Mpor

BRASIL – TCU Processo nº 033.542/2023-6

Livros:

PINHEIRO, Armando Castelar; e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *In Direito e Economia: diálogos*. PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, A. J. M.; SAMPAIO, Patrícia Regina. Rio de Janeiro: FGV, 2019

TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

VALIATI, Thiago Priess. *Direito de Infraestrutura – Regulação de setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos*. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2023.

Artigos acadêmicos:

QUINTELLA, Marcus e SUCENA, Marcelo. Análise científica da situação dos aeroportos Galeão e Santos Dumont. FGV Transportes, abril de 2023. Disponível em <https://transportes.fgv.br>

Artigos na imprensa:

Agência Brasil. “Eduardo Paes vai limitar voos no Santos Dumont”, Agência Brasil, em 1/06/2023, disponível em www.agenciabrasil.ebc.com.br.

AMORA, Dimmi. *Alerta sobre restringir voos no Santos Dumont*. Agência INFRA, agosto de 2023. Disponível em *Alertas sobre impossibilidade de limite de voos no Santos Dumont vieram da Secretaria de Aviação Civil do ministério – Agência INFRA* (agenciainfra.com)

FARIAS, André Luiz de Albuquerque; e VIANNA, Fernando Villela de Andrade. *Jabuticaba regulatória – o caso das limitações regulatórias artificiais no Santos Dumont*. Agência INFRA, outubro de 2023. Disponível em *INFRA Debate: Jabuticaba regulatória - O caso das limitações regulatórias artificiais no Santos Dumont - Agência INFRA* (agenciainfra.com)

FGV Transportes/Notícias. *Secretaria do TCU sugere suspender resolução que limita voos do Santos Dumont, caracterizada como ilegal*. Reprodução de notícia, disponível em <https://transportes.fgv.br/noticias/secretaria-do-tcu-sugere-suspender-resolucao-que-limita-voos-do-santos-dumont-caracterizada#:~:text=%22A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Conac-MPor%201%2F2023%20apresenta%20diversos%20ind%C3%ADcios%20de,que%20solicita%20uma%20urgente%20cautelar%20suspendendo%20a%20medida>.

VALIATI, Thiago Priess. *A decisão de restringir voos no Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória*. Agência INFRA, março de 2024. Disponível em *A decisão de restringir voos no aeroporto Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória? - Agência INFRA* (agenciainfra.com)

ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO MARKETING DE EMBOSCADA NO BRASIL

Pedro Bulcão da S. Amaral

Resumo: O presente artigo tem como propósito analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileira acerca do fenômeno jurídico do marketing de emboscada, cotejando os desafios para suprimir esta prática.

Palavras-Chave: Marketing de Emboscada, Direito de Propriedade Intelectual, Direito do Entretenimento, Direito Publicitário.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the legislation, doctrine, and Brazilian case law regarding the legal phenomenon of ambush marketing, examining the challenges involved in suppressing this practice.

KeyWords: Ambush Marketing, Intellectual Property Law, Entertainment Law, Advertising Law.

1. INTRODUÇÃO

O marketing ultrapassou o seu papel tradicional de mera ferramenta de promoção para se tornar uma influência ubíqua e, muitas vezes, insidiosa sobre a tomada de decisão dos consumidores. Este artigo explora este fenômeno contemporâneo, pondo em foco a natureza cada vez mais agressiva do marketing.

Nesta linha, observa-se que a prática do marketing de oportunidade, que nada mais é do que ações e campanhas de uma marca orientadas em função de datas comemorativas, acontecimentos e tendências, tornou-se cada vez mais

¹ Advogado no Murta Goyanes Advogados, bacharel em Direito pela PUC-Rio e pós-graduando em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio. pedrobulcao7@gmail.com

frequente no cotidiano publicitário. Isso se deve ao aproveitamento (saudável) do engajamento gerado por estas datas, acontecimentos e tendências.

Entretanto, o que acontece quando o marketing de oportunidade transmuta para uma vertente mais hostil, ultrapassando a barreira de um aproveitamento saudável e passando a associar-se não apenas a datas, mas a eventos e utilizando-se de associação ilícita, podendo se valer de aproveitamento parasitário? A resposta desta questão configura o tema central deste estudo.

Este artigo, portanto, se propõe a ser não apenas um diagnóstico da realidade do marketing de emboscada e das respostas jurídicas existentes, mas também uma plataforma de reflexão e propostas para o desenvolvimento de um quadro regulatório mais robusto, efetivo e adaptado às complexidades da atualidade.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO MARKETING DE EMBOSCADA

2.1 Definição do Marketing de Emboscada

O conceito do Marketing de Emboscada foi inicialmente cunhado pelo diretor publicitário Jerry C. Welsh, nos anos 80, enquanto trabalhava para a sociedade empresária American Express. A terminologia em pauta teve seu significado modificado² para adequar-se à necessidade de seu combate no meio jurídico. Contudo, em seu estado incipiente esta se referia a uma legítima estratégia realizada por um não-patrocinador para obter a supremacia de marketing face àquele real patrocinador de um determinado evento³.

Neste viés, seu criador explicou que *“empresas rotineiramente competem, principalmente, esperamos, e temos esperança, que de modo honesto e duro; e o Marketing de Emboscada, corretamente entendido e corretamente praticado, é uma ferramenta importante, eticamente correta e competitiva em um arsenal da empresa não patrocinadora na construção de armas de negócios e imagem.”*⁴

Compreende-se assim que, em seu formato preliminar, o termo era considerado

² “Nossos acordos são temporários, passageiros, válidos apenas até novo aviso” BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

³ JOHNSON, Phillip. *Defining the indefinable: Legislating for “ambush marketing*. Journal of Intellectual Property Law & Practice, Oxfordshire, 2020, p. 1.

⁴ DANNEMANN LUNDGREN, Felipe. *Event Marks: A Necessary Form of Protection against Ambush Marketing?* Master Thesis. Munich Intellectual Property Law Center, Munique, 2009-2010, p. 10.

uma estratégia de publicidade palpável⁵ de uma sociedade empresária que possuía um departamento de marketing agressivo e; distanciava-se da alçada jurídica. A companhia utilizava termos ambíguos, amplos e ludibriadores de modo a camuflar sua associação a um evento, apesar de não ter remunerado o organizador para tanto.

O emblemático caso ocorrido nos Jogos Olímpicos de Inverno na Noruega, em 1984, evidencia tal comportamento. A sociedade empresária de cartões de crédito Visa era patrocinadora oficial das Olimpíadas e elaborou a expressão de publicidade *"The Olympics only takes VISA"* (As Olimpíadas somente aceitam Visa) e, de forma a sorrateiramente contender e permanecer relevante neste período, a American Express criou a publicidade: *"If you are travelling to Lillehammer, you will need a passport, but you don't need a Visa"* (Se você estiver viajando para Lillehammer, precisará de passaporte, mas não precisa de "visa"⁶)⁷.

Ao analisar a publicidade, nota-se que a American Express não se utilizou diretamente da marca nominativa da concorrente devido a ambiguidade do termo e, não se associou diretamente à Olimpíada ao citar somente o local designado para o evento invés do próprio. Em outras palavras, a menção à expressão visa não foi como marca⁸, mas dentro do vocábulo dicionarizado que não goza de proteção pela propriedade intelectual.

Nesta perspectiva, insta apontar a doutrina do jurista Hermano Duval acerca da publicidade ilícita, que vem a definir as seguintes vertentes para sua identificação:

- "a) quanto à ilicitude relativa à reprodução não autorizada dos elementos integrativos da mensagem publicitária (v.g. textos, desenhos, fotos etc.), mas protegidos pelo Direito Autoral;*
- b) quanto à ilicitude referente à violação dos direitos de personalidade (direito ao nome, à própria imagem, à vida privada)*
- c) quanto à ilicitude concernente à violação da livre concorrência por CD ou CI"⁹*

⁵ MAZZONETTO, Nathália. *A Publicidade Comparativa e a Prática de Concorrência Desleal por meio do Denegrimto de Marca e da Imagem do Concorrente*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009.

⁶ Tradução livre: "visto"

⁷ DANNEMANN LUNDGREN, Felipe. *Event Marks: A Necessary Form of Protection against Ambush Marketing?* Master Thesis. Munich Intellectual Property Law Center, Munique, 2009-2010, p. 16.

⁸ Vide LOURO, Maria João Soares. "Modelos de Avaliação de Marca" In *Revista de Administração de Empresas*, vol. 40, n. 2, São Paulo, abr/jun 2000.p. 26-37.

⁹ DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 232-233

Tendo em vista a designação mencionada e a possibilidade do enquadramento das características da publicidade ilícita ditadas por Hermano Duval; a clandestinidade está, atualmente, diretamente conectada ao sentido da prática do marketing de emboscada em visão internacional; abandonando a possibilidade de a prática ser analisada sem um viés jurídico. Isso se deve aos altos investimentos feitos pelos patrocinadores aos eventos de grande porte e a necessidade da proteção destes patrocínios para a realização destes.

Dessarte, seu combate se tornou tão importante que os produtores dos grandes eventos como as Olimpíadas e a Copa do Mundo, originados pela carência de respaldo jurídico, determinam a criação de legislações específicas para a realização destes eventos.

No Brasil não foi diferente, como não havia lei específica que explicitasse o termo e a definição do marketing de emboscada, a criação do Ato Olímpico e da Lei Geral da Copa foram essenciais para a definição da ilicitude na legislação brasileira e para seu combate nos períodos de realização dos Jogos Olímpicos de 2016 e para a Copa do Mundo de 2014.

Junto com a determinação da terminologia na Lei Geral da Copa, o dispositivo foi responsável pela ramificação entre o Marketing de Emboscada por Associação e o Marketing de Emboscada por Intrusão.

2.2 Definição do Marketing de Emboscada por Associação

O marketing de emboscada por associação ocorre quando há *“a associação da imagem de uma empresa a evento de grande clamor popular, sem o pagamento de cotas de patrocínio ao organizador”*¹⁰.

Assim, em uma publicidade em que não há expressamente a utilização de marcas da organização do evento ou de patrocinadores diretamente ligados a este, a antijuricidade pode ser observada na utilização de identidade visual similar, de elementos visuais característicos, na reprodução de componentes intrinsecamente ligados ao evento, entre outros elementos.

¹⁰ PIERI, José Eduardo de Vasconcellos. *Propriedade intelectual frente ao ambush marketing e broadcasting da copa do mundo*. Revista Da ABPI, v. 96, p. 11-26, set./out. 2008 p. 12.

2.2.1 Exemplo de Caso de Marketing de Emboscada por Associação

De modo a analisar esta vertente, torna-se imperioso analisar casos acerca da matéria. Como exemplo de caso de Marketing de Emboscada por Associação pode-se citar o caso do Toddynho Olímpico que será desenvolvido a seguir.

No período das Olimpíadas de Atenas de 2004, de forma a obter visibilidade e adquirir relevância no período, de modo lúdico e perspicaz, a empresa PepsiCo produtora do achocolatado “Toddynho” inaugurou uma campanha publicitária que continha o personagem “Toddynho” praticando diferentes esportes olímpicos.

Figura 1 – Caso Toddynho: Comitê Olímpico Brasileiro vs. PepsiCo



Fonte: Apresentação “Ética em Marketing”¹¹

Ao analisar tal campanha publicitária, identifica-se que todos os esportes praticados pelo personagem são esportes olímpicos¹², há a representação de bandeiras vinculadas a equipes que participaram nas olimpíadas e na embalagem na qual está representada a corrida, o personagem carrega a tocha olímpica.

¹¹ ANDRADE, Josmar. *Ética em Marketing: Aula 8 Marcas e Patentes Ambush Marketing*. In: Escola de Artes, Ciências e Humanidades Universidade de São Paulo. [S. l.], 1 nov. 2022. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5801209/mod_resource/content/1/Aula%209%20Marcas%20Ambush%2002Sem20.pdf. Acesso em: 1 nov. 2022.

¹² ESPORTES. In: OLÍMPICO INTERNACIONAL, Comitê. Esportes. [S. l.]. Disponível em: <https://olympics.com/pt/esportes/>. Acesso em: 26 out. 2022.

Nesta esteira, como a Coca-Cola era patrocinadora oficial das Olimpíadas de Atenas de 2004 e a PepsiCo não poderia utilizar-se das marcas do ente organizador, parece ter havido a intenção de associar-se ao evento por parte da empresa. Tal campanha gerou tamanha relevância que o Comitê Olímpico Brasileiro (COB) notificou a Pepsi com o intuito de cessar a veiculação/comercialização das embalagens em pauta.

Contudo, ao receber a notificação, a PepsiCo alegou, por meio de seus advogados, que *“não vê qualquer violação dos direitos do COB na promoção [...] A propaganda não confunde os consumidores e promove a cultura mundial”*.¹³

2.3 Definição do Marketing de Emboscada por Intrusão

O Marketing de Emboscada por Intrusão, diferentemente do definido e exemplificado no capítulo antecedente, depende da “invasão” do ato fático ilícito no estabelecimento que sedia o evento. Este é definido pela advogada Camila Tormin como *“a realização de campanhas publicitárias por empresas não patrocinadoras nos locais oficiais do evento, atraindo de qualquer forma a atenção pública para obter vantagem econômica ou publicitária.”*¹⁴

Dito isto, entende-se que tal prática pode ser efetivada através da distribuição de produtos com viés publicitário dentro ou nos arredores do evento, direcionar produtos para integrantes desse, contratar indivíduos para exercer uma ação publicitária nas integridades deste, entre outras artimanhas.

2.3.1 Exemplo de Caso de Marketing de Emboscada por Intrusão

Um exemplo nítido de Marketing de Emboscada por Intrusão pôde ser observado na campanha publicitária orquestrada pela marca de aparatos eletrônicos, primariamente fones de ouvido, “Beats by Dr. Dre” nas Olimpíadas de Londres de 2012.

¹³ GOULAR, Josette. *COB veta uso de marca olímpica: Baseado na Lei Pelé, comitê notifica mais de 200 empresas no país*. Valor Econômico, [S. l.], p. -, 9 ago. 2004. p. 1

¹⁴ TORMIN, Camila Avi. *Marketing de emboscada: análise dessa prática e suas consequências*. Revista Eletrônica do IBPI, [S. l.], v. 14, 1 jul. 2016. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-14>. p. 17

Figura 2 – Caso Londres 2012: Comitê Olímpico Internacional vs. Beats by Dr. Dre



Fonte: NBC News¹⁵

Durante o período do evento esportivo, a sociedade empresária distribuiu fones de ouvido para os atletas e, deste modo, conseguiu se inserir no evento e disfrutar da visibilidade da grande audiência mundial que acompanha as Olimpíadas; embora o patrocinador do evento, neste nicho mercadológico específico, tenha sido a Panasonic.

Contudo, se arguiu na época que o caso não representava marketing de emboscada devido aos atletas não terem sido pagos para utilizar os fones de ouvido e, desta forma estariam utilizando-se apenas de seu livre arbítrio para escolher a marca de fone de ouvido que mais lhes agradava. Ademais, outra tese que poderia ser explorada era a de que os fones de ouvido eram “instrumentos de trabalho” utilizados para acalmar e concentrar os atletas e, nesse viés, poderiam ser escolhidos conforme o gosto pessoal dos atletas – como acontece com as chuteiras dos jogadores de futebol.

Igualmente, tais argumentos fortalecem a necessidade da criação de uma rígida legislação de combate a tal braço do marketing de emboscada visto que proporciona formas não antes previstas nos dispositivos legisladores mundiais ao tornar mais atrativa o “marketing espontâneo” e permitirem que as empresas

¹⁵ LAWLESS, J. *British Olympians get static over Beats by Dre headphones*. NBC News, Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/business/markets/british-olympians-get-static-over-beats-dre-headphones-fina920187>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

eventualmente não vejam mais a necessidade de adquirir o patrocínio lícito e fadando na impossibilidade da realização de eventos de grande porte por falta de investimento.

2.5 Associação Indevida Fora do Esporte

Nota-se, pelos capítulos antecessores a este, que o marketing de emboscada depende da existência de um evento com grande clamor popular. Neste contexto, pelos dados mencionados, se percebe que os eventos esportivos são os mais populares; tornando comum o erro de atribuir o ato fático do marketing de emboscada somente a estes eventos. Contudo, embora a ilicitude seja majoritariamente atribuída a estes eventos devido à magnitude destes, não há interdependência entre marketing de emboscada e os grandes eventos esportivos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas.

De forma a exemplificar a ocorrência de marketing de emboscada fora da alçada esportiva, logra observar o caso de marketing de emboscada por intrusão que ocorreu no Rock in Rio de 2011 com o vocalista da Banda Red Hot Chilli Peppers, Anthony Kiedis.

Analogicamente aos eventos esportivos mencionados, o Rock in Rio é um festival de música que conta com um grande público e com enormes aportes de sociedades empresárias que objetivam o patrocínio e, logo, a visibilidade proporcionada pelo evento.

Nesta esteira, a marca de cerveja “Heineken” realiza grandes investimentos com o intuito de se associar a festivais musicais e chegou a aportar 5 milhões de reais para ser a cerveja oficial do Rock in Rio 2022.¹⁶ Deste modo, a marca se surpreendeu ao ver o cantor da banda “headline” do evento trajado com a marca de uma concorrente.

¹⁶ DALL'AGNOL, Laísa. *A megaoperação da Heineken para o Rock in Rio 2022*. Veja, 4 set. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/a-megaoperacao-da-heineken-para-o-rock-in-rio-2022/> Acesso em: 10 nov. 2022.

Figura 3 – Caso Red Hot Peru: Rock in Rio & Heineken vs. Brahma



Fonte: ISTOÉ Dinheiro¹⁷

2.6 Lei Geral do Esporte (Lei nº 14.597/23)

Por fim, após anos de insegurança jurídica acerca da prática do marketing de emboscada, sua reiterada prática cumulou na vedação explícita, concreta e “duradoura” da *fattispecie* no meio esportivo. No dia 14 de junho de 2023 foi sancionado, com vetos, pelo Presidente da República Luis Inácio “Lula” da Silva, o projeto de relatoria da senadora Leila Barros que instituiu a Lei nº 14.597/2023, a Lei Geral do Esporte (LGE).

A Seção III da LGE/23 dedica-se a explorar os crimes contra a propriedade intelectual das organizações esportivas. Os artigos 168¹⁸ e 169¹⁹ tratam da

¹⁷ ISTOÉ Dinheiro. *O rock and roll desafinou*, ISTOÉ Dinheiro, 5 de out. 2011. Disponível em: <https://www.istodineiro.com.br/o-rock-and-roll-desafinou/> Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁸ Art. 168. Reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer sinais visivelmente distintivos, emblemas, marcas, logomarcas, mascotes, lemas, hinos e qualquer outro símbolo de titularidade de organização esportiva:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

¹⁹ Art. 169. Importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque quaisquer sinais visivelmente distintivos, emblemas, marcas, logomarcas, mascotes, lemas, hinos e qualquer outro símbolo de titularidade de organização esportiva ou produtos resultantes de sua reprodução, imitação,

utilização indevida de símbolos oficiais de organizações esportivas, sendo úteis no combate do marketing de emboscada uma vez que empresas que o praticam frequentemente fazem uso destes símbolos para se associar ao evento e, desta forma, “pegar carona” de sua reputação e notoriedade.

Finalmente, os artigos 170²⁰ e 171²¹ da LGE/23 vedam, explicitamente, efetivamente e longinquamente a prática do marketing de emboscada no âmbito esportivo, tratando-o como infração penal. Os artigos da lei focados no marketing de emboscada visam proteger a propriedade intelectual das organizações esportivas. Isso significa que suas marcas e símbolos não podem ser utilizados indevidamente, preservando assim sua identidade e valor no mercado.

A regulamentação contribui para a integridade do patrocínio esportivo, minimizando os efeitos negativos do marketing de emboscada e garantindo que os patrocinadores oficiais e suas marcas tenham a visibilidade merecida. Ao mesmo tempo, ela estimula as empresas a investirem de maneira ética e legal nos eventos esportivos, por meio de patrocínios adequados. Isso beneficia tanto as organizações esportivas quanto os patrocinadores, criando um ambiente de negócios mais seguro e atraente.

Além disso, a legislação promove transparência e equidade, assegurando que as empresas que investem de forma justa e ética nos eventos esportivos sejam reconhecidas de maneira apropriada, sem a competição desleal de práticas de marketing de emboscada.

Por fim, ao fortalecer os acordos de patrocínio existentes, a LGE/23 oferece

falsificação ou modificação não autorizadas para fins comerciais ou de publicidade:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

²⁰ Art. 170. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação com sinais visivelmente distintivos, emblemas, marcas, logomarcas, mascotes, lemas, hinos e qualquer outro símbolo de titularidade de organização esportiva, sem sua autorização ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela organização esportiva titular dos direitos violados:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, sem autorização da organização esportiva promotora de evento esportivo ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de ingressos, de convites ou de qualquer espécie de autorização de acesso aos eventos esportivos a ações de publicidade ou a atividades comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica.

²¹ Art. 171. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos ou serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela organização esportiva proprietária ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência de eventos esportivos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

segurança jurídica aos investidores e parceiros, o que pode resultar em acordos mais estáveis e duradouros entre as organizações esportivas e os patrocinadores.

No geral, a aprovação da LGE com disposições específicas contra o marketing de emboscada cria um ambiente legal mais claro e regulamentado, fortalecendo a proteção dos direitos de propriedade intelectual e promovendo a integridade, transparência e desenvolvimento sustentável do cenário esportivo.

Entretanto, com o sucesso e crescimento de eventos musicais, percebe-se que a lei não engloba o fenômeno completo do marketing de emboscada, sendo esta omissa em relação aos eventos alheios ao escopo esportivo. Esta leviandade irá propiciar espaço para que empresas mal-intencionadas tentem utilizar da ausência desta explicitude para gozar da prática.

3. A EVOLUÇÃO DO MARKETING DE EMBOSCADA ILUSTRADA POR CASOS EMBLEMÁTICOS

3.1 A Judicialização de Casos de Marketing de Emboscada no Brasil

Apesar de a prática do marketing de emboscada ser reconhecida há algum tempo no Brasil, o que muitos não percebem é a escassez de jurisprudência no tocante a essa matéria. Esta ausência de jurisprudência²², em parte, pode ser atribuída ao caráter transnacional dos eventos esportivos e culturais e a insegurança jurídica enfrentada pelo longo período de tempo sem dispositivo que explicitasse a *fattispecie*. Além disso, a sutileza com que algumas campanhas de marketing de emboscada são concebidas torna o delineamento entre o que é permitido e o que é proibido ainda mais tênue.

Neste capítulo, portanto, se desvelarão os contornos de casos emblemáticos de marketing de emboscada em território nacional, trazendo à luz as estratégias empregadas, as reações dos detentores de direitos de patrocínio, e as consequências jurídicas e comerciais decorrentes. A partir desses estudos de casos, será possível entender a complexidade da matéria e a necessidade urgente de uma maior segurança jurídica sobre o tema.

²² BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. *Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In Org. TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo*, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 413.

Ao se adentrar à tal análise, fica evidente a necessidade de uma abordagem multidisciplinar. O marketing de emboscada não é apenas uma questão comercial, mas toca também em áreas do direito, ética e comportamento do consumidor. Assim, o estudo desses casos emblemáticos servirá não só como uma janela para a compreensão do fenômeno, mas também como um convite à reflexão sobre os limites do marketing na contemporaneidade.

3.1.1 O Caso “Seu Lugar Na Copa”: CBF vs. Johnson & Johnson

No contexto da Copa do Mundo da FIFA Brasil 2014, a empresa Johnson & Johnson lançou diversas campanhas publicitárias que, segundo a CBF, se associavam indevidamente à imagem da seleção brasileira de futebol. Especificamente, a CBF apontou para campanhas intituladas “Seu Lugar na Copa”, “Carinho Inspira”, “Seleção do Carinho” e “Minha Primeira Copa”, em que a Johnson & Johnson veiculava imagens que remetiam à torcida brasileira e à vestimenta da seleção, principalmente as cores verde e amarela.

Cumprido salientar, no entanto, que a Johnson & Johnson era patrocinadora da Copa do Mundo, enquanto sua concorrente, Procter & Gamble, era patrocinadora da CBF. Assim, existiria uma linha tênue entre o conteúdo que poderia ser aproveitado por ambas as empresas de forma que estas não se associassem ao patrocinado da empresa concorrente.

Ao analisar a campanha publicitária da Johnson, fica nítido que esta ultrapassou seu escopo e associou-se à CBF, como notório na campanha “Seu Lugar Na Copa” na qual alguns consumidores foram sorteados para ter a oportunidade de assistir à partida de abertura da Copa do Mundo e de ganhar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada gol feito pela Seleção Brasileira de Futebol.

Figura 4 – Promoção “Seu Lugar na Copa”



Fonte:Grandes Nomes da Propaganda²³

Figura 5 – Promoção “Seu Lugar na Copa”



Fonte: Petição Inicial do processo 0198416-18.2014.8.19.0001 (fl. 10)

Adicionalmente, na campanha “Carinho Inspira” figuravam brasileiros torcendo para a seleção, utilizando camisetas com o *layout* parecido com o uniforme da CBF; a campanha “Seleção do Carinho” fez uso da expressão “SELEÇÃO” e contratou o ex-jogador Raí (tetracampeão do mundo com a Seleção Brasileira)

²³ GRANDES NOMES DA PROPAGANDA. *Johnson & Johnson Consumo Brasil lança promoção “Seu Lugar na Copa”*, 4 de fev. 2014. Disponível em: “<https://grandesnombresdapropaganda.com.br/anunciantes/johnson-johnson-consumo-brasil-lanca-promocao-seu-lugar-na-copa/> Acesso em: 19 out. 2023

e, por fim, a campanha “Minha Primeira Copa” distribuiu camisas personalizadas para os consumidores que adquiriam produtos da empresa.

Figura 6 – Promoção “Minha Primeira Copa”



Fonte: Petição Inicial do processo 0198416-18.2014.8.19.0001 (fl. 13)

Assim, a CBF ajuizou o processo 0198416-18.2014.8.19.0001 alegando que, ainda que a Johnson não tenha utilizado explicitamente o logo ou o nome da seleção brasileira, a forma como as campanhas foram estruturadas causava a impressão de que a Johnson & Johnson era uma das patrocinadoras oficiais ou que tinha alguma relação direta com o evento ou com a seleção. Nesta esteira, a CBF entabulou como causas de pedir (a) citou o artigo 87 da Lei Pelé, (b) os dispositivos referentes à concorrência desleal, (c) enriquecimento sem causa além de julgados procedentes semelhantes de forma a consolidar sua tese.

A defesa de Johnson & Johnson, por outro lado, ressaltou que a utilização das cores verde e amarela, por serem cores nacionais, não deveria ser exclusividade da CBF, como disposto nos artigos 28 e 29 da Lei No 5.700/71²⁴. A empresa alegou que suas campanhas se baseavam em sentimentos de patriotismo e brasilidade, sentimentos esses que não estão restritos à seleção brasileira. Além disso, a empresa argumentou que, como indicado pelo artigo 124, inciso IV da LPI/96²⁵, a CBF não é a proprietária exclusiva das cores da bandeira nacional, e, portanto, qualquer empresa tem o direito de usá-las em suas campanhas publicitárias.

²⁴ Lei 5.700/71: Art. 28. Consideram-se cores nacionais o verde e o amarelo.

Art. 29. As Cores nacionais podem ser usadas sem quaisquer restrições, inclusive associadas a azul e branco.

²⁵ LPI/96: Art. 124. Não são registráveis como marca:

IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

A sentença compreendeu que as alegações da CBF não prosperavam. Entretanto, em sede de apelação, conferiu-se provimento ao recurso e, logo, se inclinou em favor da CBF, indicando que, embora a Johnson não tenha utilizado os símbolos oficiais, a forma como conduziu suas campanhas foi suficiente para criar uma associação indevida. Nesta esteira, o dano deveria ser calculado com base nos artigos 209²⁶ e 210²⁷ da LPI/96.

A decisão supracitada foi mantida nas instâncias superiores, porém não houve cumprimento de sentença e findou-se o litígio em um acordo, situado em fls. 1272/1281 dos autos do processo, no qual foi reconhecida a transgressão e transferido o valor de R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) para a CBF.

O caso em referência grita a necessidade da criação de lei, como a LGE/23, que abordasse o marketing de emboscada. Apesar de extensa evidência acerca da associação da Johnson com a seleção brasileira, da existência de patrocinador concorrente, de violação direta à redação do artigo 87 da Lei Pelé e de julgados parecidos da própria CBF²⁸, o juízo, em 1ª instância, havia entendido por não acolher os argumentos da autora.

²⁶ LPI/96: Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

²⁷ LPI/96: Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

²⁸ Decisão interlocutória do processo de número 0383190-62.2009.8.19.0001 “Trata-se de ação em que o autor pretende a antecipação dos efeitos da Tutela com o fim de impedir a ré de veicular, divulgar e/ou publicar, por qualquer meio, a imagem da Seleção Brasileira de Futebol. Da análise da Prova trazida com a inicial, verifica-se que a ré veiculou campanha Publicitária utilizando-se de famoso ex-jogador da Seleção Brasileira de Futebol, vestindo traje em muito semelhante ao uniforme desta, com frases alusivas a momentos marcantes da Seleção, em época em que a Seleção Brasileira de Futebol disputava a Copa das Confederações e preparava-se para a disputa da Copa do Mundo. Há, portanto, verossimilhança nas alegações autorais de que a imagem da Seleção Brasileira está sendo usada de forma dissimulada e disfarçada. De outra parte, não há dúvidas quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na medida em que a Seleção Brasileira de Futebol possui compromisso com patrocinadores de zelar por sua imagem e não permitir seu uso indevido sendo que a veiculação da campanha objeto da presente demanda coloca em risco os contratos firmados pela autora. Pelo exposto, presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, defiro a antecipação dos efeitos da tutela e determino que a ré se abstenha de veicular, divulgar e/ou publicar, por qualquer meio, a peça publicitária em questão, no todo ou em parte, bem como retire de seu site todas as imagens relacionadas à Seleção Brasileira, no prazo de 24 horas a contar de sua intimação, tudo sob pena de multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada nova veiculação, divulgação e/ou publicação. Intime-se com urgência. Cite-se.”

Neste sentido, enaltece-se a redação do acordão proferido pelo relator Des. Adolpho Andrade Mello, uma vez que este aborda os aspectos técnicos, referenciando “larga violação ao direito disposto no art. 87 da Lei No 9.615/98 (“Lei Pelé”)”, indicando que “merece acolhimento o pedido autoral, quanto ao pedido ressarcitório, em razão do art. 209 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, diante da violação de direito de propriedade, e da jurisprudência consolidada no Egrégio STJ” e cita diversos julgados de forma a comprovar que “demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato²⁹”, “o dano pode ser presumido³⁰” e que “o dano patrimonial causado configura-se com a violação do direito³¹”

Outrossim, o acordão explica a origem do uniforme da Seleção, demonstrando conhecimento histórico e cultural acerca da representatividade deste, aspecto essencial para demonstrar que as camisetas utilizadas nos comerciais da campanha “Carinho Inspira” e distribuídas na “Minha Primeira Copa” não seriam apenas camisetas verdes e amarelas.

3.2 Marketing de Emboscada em Eventos Não Esportivos

É possível identificar, através da redação da LGE/23, que não houve a preocupação de estender o escopo de atuação dos artigos 170 e 171, referentes ao marketing de emboscada, a eventos alheios à alçada esportiva.

Este fato é problemático uma vez que os números relacionados aos eventos no Brasil crescem exponencialmente a cada ano. Segundo a Associação Brasileira de Promotores de Eventos (ABRAPE), em relação a 2020, o setor de eventos teve uma expansão de 400% no ano anterior, com um fluxo de aproximadamente R\$ 75,4 bilhões em vendas e contribuindo com R\$ 4,65 bilhões para os cofres federais. Em 2022, essa área foi responsável por cerca de 4,32% do PIB nacional e criou oportunidades de trabalho para mais de 2 milhões de pessoas³². Este dado mostra-se um pouco malicioso ao se recordar que o ano de 2020 carregou a pandemia do COVID-19 e, logo, tornou-se um período de quarentena; contudo,

²⁹ BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andriighi, REsp nº 1.661.176/MG, DJ 06.04.2017.

³⁰ BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andriighi, Ag nº 51.913/SP, DJ 10.11.2016.

³¹ BRASIL, STJ, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, REsp nº 1.635.556/SP, DJ 17.05.1994.

³² SCHIMENES, Mônica. *O crescimento do setor de eventos nos últimos anos*, 17 de fev. 2023. Disponível em “<https://www.mundodomarketing.com.br/o-crescimento-do-setor-de-eventos-nos-ultimos-anos/> Acesso em: 21 out. 2023

a grandeza destes números revela a força deste mercado e o ímpeto do mesmo para se reerguer.

Por conseguinte, mostra-se inevitável que, com o aumento da demanda e alcance dos eventos (dentro e fora do âmbito esportivo), mais empresas vão querer se associar para desfrutar do público cada vez maior e mais engajado, tornando necessária a expansão do nicho tutelado pela lei que proíbe o marketing de emboscada para abranger, também, eventos alheios à esportes.

3.2.1 O Caso “Tame Impala”: Queremos vs. Grendene (Melissa)

O presente caso trata de uma ação de indenização por danos materiais e morais, de número 0467113-10.2014.8.19.0001, distribuído perante a 31ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, proposta pela empresa Queremos Produções Artísticas e Digitais S.A. em face de Multifranqueadora Ltda e Grendene S.A.

O motivo central da ação deriva da alegação da autora, Queremos Produções, de que as rés teriam usufruído de marketing de emboscada para associar marca de calçados da Grendene, Melissa, ao evento musical da banda Tame Impala.

Contextualiza-se que, inicialmente, a agência de marketing contratada pela produtora de eventos teria entrado em contato para oferecer proposta de patrocínio para a marca Jelly, da Multifranqueadora Ltda, a qual é “Master Franqueada”, logo parceira, da Grendene. Esta proposta foi negligenciada e, sem obter os direitos para realizar o patrocínio, a Melissa iniciou estratégia de marketing para aproveitar o engajamento do evento.

Nesta campanha publicitária, divulgada nas redes sociais da Melissa, a marca teria adquirido 20 (vinte) ingressos para o referido show e presenteado participantes de seu projeto de marketing “#SecretRoomMelissa”, as “Embaixadoras da Melissa”, bem como desenvolvido um “Kit” contendo um cartão personalizado com a capa do CD da banda.

Figura 7 – Promoção “#SecretRoomMelissa”



Fonte: Petição Inicial do processo 0467113-10.2014.8.19.0001 (fl. 26)

Diante do exposto, afirmou a autora que as réis teriam induzido o público a acreditar que havia uma parceria ou patrocínio oficial, levando a confusão no mercado e gerando danos para a produtora.

A Grendene, por sua vez, contestou de forma a transparecer a ausência de comprovação de associação e argumentou no sentido de excluir sua responsabilidade em virtude de a campanha ter sido proposta por terceira, uma agência de marketing contratada pela Grendene.

Assim como na ação visitada previamente neste capítulo, a sentença inclinou-se a divergir dos argumentos da Autora e não houve procedência nos pleitos. Ao analisar a fundamentação legal, a referida decisão de 1º grau se debruçou somente no artigo 31 do Código de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que embora proíba o marketing de emboscada, por si só não detém força de Lei. Ademais, a sentença entendeu que não haveria comprovação suficiente que instruisse a efetiva associação indevida.

O referido posicionamento mostra-se pífio uma vez que a parte autora apresentou provas irrefutáveis que, de fato, houve a intenção da empresa de

“pegar carona” na relevância e no público do show embora empresa “parceira” tivesse recusado proposta para patrocinar o mesmo. Contudo, é possível verificar que a autora se ateve a gozar, em sua fundamentação, de paradigmas contratuais (visto que a campanha realizada pela Melissa estava idealizada na proposta negligenciada), do princípio da boa-fé, da ética publicitária e do mencionado artigo do Código de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Neste sentido, desconsiderou a autora teses cruciais como o aproveitamento parasitário decorrente de concorrência desleal e de enriquecimento ilícito.

Em sede de apelação, o recurso foi provido em parte e a sentença foi reformada. O acórdão reconheceu a prática de marketing de emboscada e fundamentou a decisão na violação do artigo 187 do CC/02³³, pontuando que restaria configurada responsabilidade extracontratual, havendo, assim, violação dos deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva. Não obstante, é possível aferir que a decisão beira a condição de *extra petita*³⁴ uma vez que esta traz em sua redação as teses de enriquecimento ilícito e concorrência desleal, não abordadas³⁵ diretamente na fundamentação da exordial.

A resolução anteriormente mencionada foi confirmada pelos tribunais de instância superior. Contudo, não chegou a ser executada, terminando o conflito através de um acordo. Neste, admitiram-se as infrações e foi paga quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil) para a Queremos.

3.2.2 O Caso “#BUD NO JOGO”: Heineken vs. Ambev

O caso em pauta foi objeto da Representação nº: 192/20 do CONAR, que teve seu julgamento em março de 2021. O objeto da questão debatida foi campanha

³³ CC/02: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁴ “É que, rigorosamente, a sentença puramente extra-petita comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença inexistente, uma vez que não corresponde a pedido algum. Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 302.

³⁵ Ao observar a distinção entre mérito e justiça, se vislumbra que nem sempre o correto vence, mas sim quem prevaleceu sobre o adversário: “Em uma competição esportiva não vence quem é justo que vença ou quem tem razão: vence - e, ao fim e ao cabo, é justo que vença - quem prevaleceu sobre adversário” TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 132.

publicitária da Ambev que incentivou os consumidores a postar fotos de si mesmos com a cerveja Budweiser enquanto assistiam a qualquer jogo³⁶, sem necessariamente aludir a uma associação direta com a UEFA Champions League. No entanto, a proximidade temporal e a natureza da campanha levantaram questões sobre a legitimidade dessa estratégia de marketing, uma vez que coincidiu com a data e horário da final da UEFA Champions League 2020.

Assim sendo, a Heineken fundamentou sua denúncia no CONAR nos artigos 31 (já abordado, referente ao marketing de emboscada) e 50, letras “a” e “c”³⁷, do Código Brasileiro De Auto-Regulamentação Publicitária. Diante dos argumentos da Heineken, foi concedida liminar de sustação até o julgamento da ação.

Em sua defesa, a Ambev alegou que sua campanha era um exemplo de “marketing de oportunidade”, sem tentar passar a imagem de ser a patrocinadora oficial do evento. A empresa baseou sua argumentação na liberdade de expressão e na livre concorrência, pilares do mercado publicitário.

No entanto, as decisões acolheram as teses da Heineken. A relatora do caso, Ana Cândida Moisés, em sua decisão³⁸, salientou a prática de marketing de emboscada e expressou preocupações de que tais estratégias de marketing poderiam desencorajar futuros patrocínios e parcerias em eventos culturais e esportivos, o que levou a relatora a proferir voto favorável à sustação. Após a Ambev recorrer da decisão, o relator de segunda instância recomendou a manutenção da decisão inicial, agravada por advertência à Ambev, no que foi acompanhado pela maioria dos conselheiros.

A determinação do caso se mostra positiva, uma vez que o aproveitamento indevido da gigantesca reputação da UEFA Champions League não foi aprovado pelos relatores. Neste sentido, se entende que as decisões foram corretas e

³⁶ Como explicitado na Representação 192/20, a elucidava: “Budweiser Brasil. Hoje quem decide a cerveja do jogo é você. Não as placas em campo. Por isso, vamos premiar quem prefere Bud no jogo, seja qual for ele. Poste uma foto da sua Bud na frente da TV, computador ou celular, usando a #BudNoJogo. Postou, ganhou Bud”

³⁷ CBDARP: Art. 50 Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus Anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio.

³⁸ “As imagens dizem muito: a marca que não seria a protagonista do espetáculo forçou a entrada, contornando as placas para tomar o foco”, “Querer um lugar de destaque, uma grande exposição e a atenção do público não é irregular. As ideias criativas que promovem a interação são positivas. Entretanto não se pode usar o lugar de destaque de outros que dedicaram investimentos e apoio, tendo, em contrapartida, o contrato de exclusividade de associação ao campeonato”

suspenderam campanha publicitária que continha evidente prática de marketing de emboscada travestida de “marketing de oportunidade”.

Ao averiguar os três casos suscitados neste capítulo, compreende-se que apenas o deste subcapítulo teve uma decisão correta em primeira instância. Isso se deve às representações do CONAR serem analisadas por relatores que são conselheiros destes, sendo assim profissionais com vasta experiência no mercado publicitário.

Nesta linha, por mais que a decisão proferida pelo CONAR não tenha poder coercitivo e não pode determinar indenização, sabe-se que os conselheiros do órgão terão conhecimento publicitário e acerca da legitimidade das práticas no mercado. Tal perspectiva não pode ser aferida ao observarmos o judiciário, uma vez que, como bem aludido neste capítulo, entre os escassos casos judicializados acerca de práticas de marketing de emboscada, os dois identificados revelam decisões revertidas em segunda instância.

A possível permanência desta insegurança jurídica, celeridade das representações no CONAR e especialização dos conselheiros irão permitir a manutenção das ações vinculadas ao marketing de emboscada no CONAR mesmo com a promulgação da LGE/23. Contudo, vale ressaltar que não configuraria “*bis in idem*” a simultaneidade do ajuizamento de uma ação no judiciário e a representação no CONAR, propiciando que as empresas possam gozar de ambos os procedimentos³⁹.

4. CONCLUSÃO

Resta evidenciado que, apesar de a Lei Geral do Esporte abordar a questão do marketing de emboscada no contexto dos eventos esportivos, há uma lacuna legislativa significativa em relação a outros domínios onde o fenômeno pode ocorrer com igual ou maior gravidade. A presente análise conduziu à conclusão de que a legislação vigente, embora represente um avanço, permanece insuficiente para coibir de maneira efetiva a prática do marketing de emboscada, que não só prejudica os investimentos dos patrocinadores oficiais, mas também pode enganar o público e diluir a força dos patrocinadores.

³⁹ “Depois se constata que quando a redução da incerteza requer normas ou padrões claros a concorrência tende a criar problemas. A concorrência entre organizações comerciais tende a impor seus próprios padrões ao mercado, o que pode gerar confusão, dada a pluralidade de padrões. E, sobretudo, muitas das soluções de mercado criam elevados custos de transação” SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa. Atividade Empresária e Mercados*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 54.

A legislação deve evoluir para refletir a dinâmica atual do marketing e das práticas comerciais, onde as linhas entre promoção legítima e infração tornam-se cada vez mais tênues devido à criatividade e ao artil das táticas de emboscada. É imperativo que a normatização legal seja revista e ampliada, com critérios mais severos e abrangentes, para que a proteção se estenda além do âmbito esportivo, alcançando outros eventos e áreas sujeitas à mesma vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual Tomo I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Curso de Concorrência Desleal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. Reflexões sobre a Autonomia Negocial. In Org. TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado sobre propriedade industrial*. Vol. II, t. II, Parte III São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato.; SILVA, M. A. A regulação do marketing de emboscada em grandes eventos esportivos no Brasil: uma breve análise da Lei nº. 12.663 de 05 de junho de 2012. [S.I.]: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2014.
- DANNEMANN LUNDGREN, Felipe. *Event Marks: A Necessary Form of Protection against Ambush Marketing?* Master Thesis. Munich: Intellectual Property Law Center, 2009-2010.
- DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. vol. VII. São Paulo: Saraiva, 1962.
- GIACCHETTA, André Z., FREITAS, Ciro T. A Copa do Mundo e seus Desdobramentos no Campo da Propriedade Intelectual: Livre Iniciativa vs. Ambush Marketing. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, ed. 114, set./out. p. 57-63. 2011.

- GOULAR, Josette. COB veta uso de marca olímpica: Baseado na Lei Pelé, comitê notifica mais de 200 empresas no país. Valor Econômico, [S. l.], p. -, 9 ago. 2004.
- JOHNSON, Phillip. "Defining the indefinable: Legislating for "ambush marketing". Journal of Intellectual Property Law & Practice, Oxfordshire, Inglaterra, 15(5), 313-314, Disponível em: <https://academic.oup.com/jiplp/article-pdf/15/5/313/33217752/jpaa049.pdf>
- LIBMAN, Juliana. Marcas Não Tradicionais – O regime jurídico de proteção às marcas sonoras no Direito Brasileiro. Revista Eletrônica do IBPI, [S. l.], v. 15, p. 35, 1 jul. 2017.
- LIMA, Vanessa Mara Pinto Nogueira. O MARKETING DE EMBOSCADA E A POLÊMICA REGRA 40. Lei Em Campo, [S. l.], p. -, 1 out. 2019. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Marketing-de-Emboscada-Vanessa-Lima.pdf>
- LOURO, Maria João Soares. "Modelos de Avaliação de Marca" In Revista de Administração de Empresas, vol. 40, n. 2, São Paulo, abr/jun 2000.
- MAZZONETTO, Nathália. A Publicidade Comparativa e a Prática de Concorrência Desleal por meio do Denegrimento de Marca e da Imagem do Concorrente. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009.
- NAVEGANTES, Amanda Martins. O Marketing De Emboscada E Seus Aspectos Controversos. Concurso Cultural ASPI - Revista Eletrônica do IBPI - Especial, [S. l.], p. 70-85, 1 jun. 2014. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/concurso-cultural-aspi-revista-eletronica-do-ibpi-edicao-especial>.
- PIERI, José Eduardo de Vasconcellos. Propriedade intelectual frente ao ambush marketing e broadcasting da copa do mundo. REVISTA DA ABPI, Rio de Janeiro, n. 96, p.11-26, set./out. 2008.
- REIS, Ana Carla F. Marketing de Emboscada: e depois de tudo, quem leva a culpa? [S.l.]: Caderno de Pesquisa em Administração, v. 1, n. 2, 1996.
- SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2010.
- TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012.
- TORMIN, Camila Avi. Marketing de emboscada: análise dessa prática e suas consequências. Revista Eletrônica do IBPI, [S. l.], v. 14, p. 42, 1 jul. 2016. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-14>.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WOLTZENLOGEL, Constanza. "Uma Breve Visita ao Marketing de Emboscada." Revista da ABPI, Rio de Janeiro, v. 84, p. 36-42, set/out. 2006.

Fontes Legislativas

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL, Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL DE 2002. Lei 10.406/2002.

BRASIL, CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE 1996. Lei 9.279/1996.

BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078/1990.

BRASIL, CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei 2.848/1940.

BRASIL, CUP. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Decreto 75.712/1975.

BRASIL, LEI DE DIREITOS AUTORAIS. Lei 9.610/1998.

BRASIL. Decreto nº 90.129/1984. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 de agosto de 1984.

BRASIL. LEI GERAL DO ESPORTE. Lei nº 14.597/2023.

BRASIL. LEI PELÉ. Lei nº 9.615/1998.

BRASIL. Lei nº 12.035/2009.

BRASIL. Lei nº 12.663/2012.

BRASIL. Lei nº 13.284/2016.

Decisões Judiciais

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 5ª Vara Empresarial, Magistrado Dra. Maria da Penha Nobre Mauro, Autos do Processo 0198416-18.2014.8.19.0001, DJ 15.12.2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 9ª Câmara Cível, Des. Adolpho Andrade Mello, AC 0198416-18.2014.8.19.0001, DJ 24.10.2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 40ª Vara Cível, Magistrado Dr. Alexandre de Carvalho Mesquita, Autos do Processo 0383190-62.2009.8.19.0001, DJ 12.10.2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 18ª Câmara de Direito Privado, Des. Celso Ferreira Filho, AC 0383190-62.2009.8.19.0001, DJ 28.06.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 31ª Vara Cível, Magistrado Dr. Paulo Roberto Campos Fragoso, Autos do Processo 0467113-10.2014.8.19.0001, DJ 02.05.2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 3ª Câmara de Direito Público, Des. Celso Ferreira Filho, AC 0467113-10.2014.8.19.0001, DJ 09.05.2018.

BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp nº 1.661.176/MG, DJ 06.04.2017.

BRASIL, STJ, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, REsp nº 1.635.556/SP, DJ 17.05.1994.

BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, Ag nº 51.913/SP, DJ 10.11.2016.

Notícias Jornalísticas

BADENHAUSEN, Kurt. Os números por trás da Copa do Mundo FIFA 2018. Forbes, 15 jun. 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2018/06/os-numeros-por-tras-da-copa-do-mundo-fifa-2018/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

DALL'AGNOL, Laísa. A megaoperação da Heineken para o Rock in Rio 2022. Veja, 4 set. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/a-megaoperacao-da-heineken-para-o-rock-in-rio-2022/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ESPORTES. In: OLÍMPICO INTERNACIONAL, Comitê. Esportes. [S. l.], 1 nov. 2022. Disponível em: <https://olympics.com/pt/esportes/>. Acesso em: 26 out. 2022.

GRANDES NOMES DA PROPAGANDA. Johnson & Johnson Consumo Brasil lança promoção "Seu Lugar na Copa", 4 de fev. 2014. Disponível em: <https://grandesnombresdapropaganda.com.br/anunciantes/johnson-johnson-consumo-brasil-lanca-promocao-seu-lugar-na-copa/>. Acesso em: 19 out. 2023.

INSTAGRAM, Precisa de ajuda para resolver algum problema no Instagram? Temos respostas. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/features/stories#:~:text=Stories%20permitem%20que%20voc%C3%AA%20compartilhe,com%20sua%20lista%20Amigos%20Pr%C3%B3ximos.>

ISTOÉ Dinheiro. O rock and roll desafinou, ISTOÉ Dinheiro, 5 de out. 2011. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/o-rock-and-roll-desafinou/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

LAWLESS, J. British Olympians get static over Beats by Dre headphones. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/business/markets/british-olympians-get-static-over-beats-dre-headphones-flna920187>. Acesso em: 1 nov. 2022.

Manual de Produção de Comerciais. 43Vivo Tufão. Youtube, 17 jul. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=366LwwwuxF4>. Acesso em: 26 out. 2022.

SCHIMENES, Mônica. O crescimento do setor de eventos nos últimos anos, 17 de fev. 2023. Disponível em "https://www.mundodomarketing.com.br/o-crescimento-do-setor-de-eventos-nos-ultimos-anos/". Acesso em: 21 out. 2023.

SIMON, Cris. Globo abre processo no Conar por vídeo da Vivo com Tufão: Em decisão liminar, entidade proibiu vídeo de ser exibido até que caso seja julgado. Exame, [S. l.], p. -, 16 out. 2012. Disponível em: <https://exame.com/marketing/globo-abre-processo-no-conar-por-video-da-vivo-com-tufao/>. Acesso em: 28 out. 2022.

A EXEGESE CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

*Reis Friede*¹

Resumo: as normas constitucionais não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência forjaram um arcabouço de métodos e princípios a serem manejados pelo exegeta quando da tarefa interpretativa do Texto Magno, tema que será abordado no presente artigo.

Palavras-chave: hermenêutica constitucional; interpretação constitucional; princípios de interpretação.

CONSTITUTIONAL EXEGESIS AND ITS GUIDING PRINCIPLES

Abstract: the constitutional norms do not possess an exclusive legal content, due mainly to the fact that the Constitution is a text with a clear political feature. Therefore, we must conclude that the constitutional interpretation problems are broader and more complex than those regarding the ordinary law, this being the reason why the doctrine and the jurisprudence forged a framework of methods and principles to be handled by the interpreter when analyzing the constitutional text, a subject which will be developed on the current article.

Keywords: constitutional hermeneutics; constitutional interpretation; principles of interpretation.

¹ Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: reisfriede@hotmail.com .

1. INTRODUÇÃO

O objetivo da denominada hermenêutica constitucional cinge-se ao estudo e à sistematização dos processos aplicáveis no âmbito da Constituição para determinar, sobretudo, o sentido e o alcance das normas constitucionais de conteúdo político-jurídico. Não obstante alguns autores entenderem como termos sinônimos, o vocábulo *hermenêutica*, em essência, distingue-se do termo *interpretação*. Hermenêutica é, em última análise, a ciência que fornece a técnica e, acima de tudo, os princípios basilares segundo os quais o operador do Direito (magistrados, membros do Ministério Público, advogados, defensores, delegados de polícia) poderá apreender o verdadeiro sentido (jurídico-político) da norma constitucional sob exame. Interpretação, por sua vez, consiste unicamente em desvendar o real significado do regramento normativo ínsito na Constituição, tema que será objeto do presente artigo.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo BARROSO (2011, p. 292), a interpretação jurídica “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”. Assim, toda e qualquer norma jurídica deve ser interpretada através dos critérios hermenêuticos que, em essência, possuem um relativo cunho de generalidade. Ocorre, entretanto, que as normas constitucionais, de forma diversa dos demais regramentos normativos, não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional, em certa medida, são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, até mesmo porque, sob certa ótica, também repercutem sobre todo o ordenamento jurídico.

“Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o Ordenamento jurídico. Segundo HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, a interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e

políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos [...]. Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do Ordenamento Jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional.” (OLIVEIRA, 1979, p. 54)

Por essa específica razão, a interpretação dos dispositivos constitucionais demanda um amplo conhecimento não só dos princípios norteadores da hermenêutica constitucional (na qualidade de autênticos princípios regentes do sistema de valoração político-jurídica do Texto Constitucional), assim como dos denominados preceitos constitucionais presentes no âmbito da normatização sistêmica da Constituição. Ademais, cumpre consignar que as regras básicas de interpretação das leis infraconstitucionais são igualmente fundamentais no deslinde da correta exegese do Texto Constitucional.

“Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o Constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada, exegeticamente, essa valoração, é que teremos os princípios. Estes, como assinala CELSO BANDEIRA DE MELLO, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo.

No nosso, ressaltam o princípio federativo; o do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Essa saliência é extraída do art. 60, § 4º, do Texto Constitucional, que impede emenda tendente a abolir tais princípios.

Por isso, a *interpretação de uma norma constitucional* levará em conta todo o *sistema*, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo Constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o Constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra.” (TEMER, 1989, p. 25-26)

De fato, a tarefa do intérprete é buscar o sentido e o alcance da norma jurídica expressa no texto legal que a veicula. Para tanto, é necessário que seja reconstituído o pensamento legislativo de forma objetiva, desapaixonada e equilibrada, cabendo ao intérprete manter-se sempre fiel à essência da lei.

Interpretar não é declarar o sentido histórico já inexistente na lei, mas aquilo que seja imanente e vivo, muitas vezes expresso em metáforas, que se esclarece à medida que é colocado em conexão com outras normas. Na interpretação, o jurista deve ter sempre em mente o resultado prático que a lei visa atingir e os próprios princípios constitucionais fundamentais. Decerto, o objetivo da interpretação da lei é exatamente o de desentranhar o sentido atual da norma jurídica, que nem sempre será o mesmo da época em que a lei foi promulgada. Todavia, tal ato interpretativo não pode ser levado a extremos, chegando ao cúmulo de transformar o intérprete em legislador, sem a necessária legitimidade. De qualquer forma, a interpretação constitucional, particularizada no universo da interpretação jurídica, engloba uma série de princípios, os quais serão tratados nos itens seguintes.

3. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A doutrina e a jurisprudência aludem aos seguintes princípios de interpretação constitucional: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio do efeito integrador, princípio da força normativa, princípio da máxima efetividade ou eficiência e princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional.

3.1. Princípio da Unidade da Constituição

O princípio da unidade da Constituição, como a própria denominação sugere, preconiza que os dispositivos constitucionais devem ser analisados não de forma isolada, mas enquanto integrantes de um dado sistema unitário de regras e princípios. Demonstrando a aplicação concreta do princípio em epígrafe, transcreve-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Os postulados que informam a teoria do Ordenamento Jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa

fundamental de que o sistema de Direito Positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.

O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.

Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da República, eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídicas.

O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT – somente inaplicável aos créditos de natureza alimentar – compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 05.10.88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público.” (STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 11.10.1994)

Da leitura do julgado acima nota-se que a Corte Suprema, com base no princípio da unidade da Constituição, afastou a existência de qualquer hierarquia entre as normas que integram o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e as que se encontram no corpo do Texto Magno.

3.2. Princípio da Concordância Prática ou Harmonização

Objetiva-se, através princípio da concordância prática, harmonizar os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, evitando-se, diante de eventual situação

de conflito, o sacrifício de um deles. Com efeito, deve o intérprete, em casos assim, buscar uma solução que viabilize a realização de todos os bens jurídicos envolvidos e, ao mesmo tempo, adotar uma postura interpretativa que não acarrete a negação de nenhum deles.

3.3. Princípio do Efeito Integrador

Segundo o princípio do efeito integrador, quando da resolução de problemas jurídico-constitucionais, o operador do Direito deve priorizar soluções que conduzam à integração social e à unidade política. Afinal, a Constituição, além de estabelecer uma determinada ordem jurídica, necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, enquanto autêntico pré-requisito ou mesmo condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico (MENDES *et al*, 2010, p. 178).

3.4. Princípio da Força Normativa

De acordo com a ideia central contida no princípio da força normativa, deve-se conferir às normas constitucionais, quando da solução de problemas, a máxima aplicação e efetivação. Com base em tal raciocínio, a Suprema Corte tem empregado o princípio em questão em suas decisões, mormente para afastar interpretações divergentes da Constituição, evitando-se, deste modo, o enfraquecimento de sua força normativa, exatamente a conclusão obtida quando do julgamento do **Recurso Extraordinário nº 560.626/RS, relatado pelo Min. GILMAR MENDES:**

“I. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de Direito Tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). *Interpretação que preserva a força normativa da Constituição*, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como

lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.” (STF, Tribunal Pleno, **Recurso Extraordinário nº 560.626/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 12.06.2008**)

Em outra ocasião, o Pretório Excelso entendeu que a “manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional” (STF, Tribunal Pleno, Embargos de Declaração no **Recurso Extraordinário nº 328.812/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 06.03.2008**).

3.5. Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência

Sobre o princípio em tela, discorre o professor CANOTILHO:

“É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (*Thoma*), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, 2003, p. 1.224)

Amparada no aludido princípio, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* nº 124.137/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 17.05.2016), decidiu que “o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla

defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF)”, razão pela qual o mencionado dispositivo do Código de Processo Penal comum deve ser igualmente observado no âmbito do processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69 (Código de Processo Penal Militar).

3.6. Princípio da Justeza ou da Conformidade (Exatidão ou Correção) Funcional

Segundo preconiza NOVELINO (2009, p. 79), o princípio em questão “atua no sentido de impedir que os órgãos encarregados da interpretação da Constituição, sobretudo o Tribunal Constitucional, cheguem a um resultado contrário ao esquema organizatório-funcional estabelecido por ela”, razão pela qual ao Supremo Tribunal Federal é vedado promover modificações quanto à sistemática de repartição de funções fixadas pelo próprio Texto Magno.

3.7. Princípio da Interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição informa que, existindo várias interpretações possíveis para o texto jurídico impugnado, deve-se prestigiar aquela que esteja em consonância com a Carta da República, destacando, assim, o princípio da supremacia constitucional, de modo a afastar uma exegese contrária à Lei Magna. Na realidade, segundo a doutrina amplamente majoritária, tal figura não se resume a um simples princípio de interpretação constitucional. De fato, a interpretação conforme a Constituição encontra fundamento na presunção de que as leis, de um modo geral, são constitucionais. Significa dizer que, na dúvida, deve-se optar por uma dicção que seja coerente com a Carta da República. Da mesma forma, objetiva-se, a partir de tal princípio, viabilizar a manutenção do texto legal tido (inicialmente) por ofensivo à Constituição, conferindo-lhe um significado compatível com a Lei Magna.

Neste sentido, assevera o Ministro GILMAR MENDES que o Supremo Tribunal Federal, ao adotar “uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário”, não procede de modo a afirmar “propriamente

a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica)” (STF, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 20.03.2014).

Evita-se, desta feita, sua expulsão do âmbito do ordenamento jurídico, bem como as respectivas consequências jurídicas dela advindas. Afirma-se, ademais, que o emprego do princípio sob exame homenageia o modelo da separação dos poderes, uma vez que, por meio dele, o Poder Judiciário aproveita o texto legal elaborado pelo Poder Legislativo, dando-lhe uma interpretação condizente com a Constituição.

Trata-se, de qualquer forma, de um princípio que deve ser utilizado com o devido cuidado, mormente diante da impossibilidade de o Judiciário se transformar em legislador positivo, conforme assentado, inclusive, na jurisprudência do próprio Supremo, segundo o qual “a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar” (STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 18.05.1994).

Assim, ante a existência de normas infraconstitucionais dotadas de vários significados possíveis, deve o exegeta preferir a interpretação que lhes confira um sentido compatível com a Constituição, preservando, por conseguinte, a autoridade do comando normativo e o princípio da separação dos poderes (NOVELINO, 2009, p. 75). A título de exemplo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.203/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgamento em 30.10.2014, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 5º da Lei nº 5.388/99, do Estado do Rio de Janeiro, para que a obrigação nele contida (entrega de declaração de bens, por agentes públicos estaduais, à Assembleia Legislativa) somente seja imposta aos administradores ou responsáveis por bens e valores públicos ligados ao Poder Legislativo.

Discorrendo sobre o assunto em questão, LENZA (2012, p. 158-159) adverte que o manejo do aludido princípio requer a observância dos seguintes aspectos fundamentais: a) “prevalência da Constituição: deve-se preferir

a interpretação não contrária à Constituição”; b) “conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade”; c) “exclusão da interpretação *contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição”; d) “espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição”; e) “rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição”; f) “o intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador”.

3.8. Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

Segundo COELHO (2007, p. 109), o princípio ora analisado, “em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”.

Cumprindo acrescentar, no referido catálogo axiológico anotado pelo citado autor, a denominada proibição de insuficiência. Assim, além da aludida proibição de *excesso*, admite-se a incidência do princípio da proporcionalidade não apenas como instrumento de controle contra eventuais excessos do Estado, mas, igualmente, como mecanismo contra a proteção estatal insuficiente, de modo a tutelar as denominadas liberdades positivas, isto é, aquelas que demandam do Estado não uma conduta omissiva, mas, em contraste, uma atuação positiva. A propósito, confira-se o julgado abaixo:

“Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de

condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrmassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.” (STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 06.03.2012)

Depreende-se do julgado acima que o princípio da proporcionalidade tem sido largamente empregado no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, conforme explica, inclusive, o Ministro GILMAR MENDES, segundo o qual a aplicação do aludido princípio ocorre, por exemplo, quando se verifica uma “restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade”, raciocínio que, consoante leciona GILMAR MENDES, opera-se da seguinte forma:

“Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se *adequado*, isto é, apto para produzir o resultado desejado; *necessário*, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e *proporcional em sentido estrito*, ou seja, se estabelece uma relação *ponderada* entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto.” (STF, Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 01.07.2014)

A transcrita jurisprudência da Corte Magna revela que a noção de proporcionalidade, além de ser um método racional para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, abarca a análise de seus elementos constitutivos (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*), em relação aos quais, registre-se, não há consenso doutrinário, havendo as seguintes posições

quanto ao número exigido: (dois elementos: *adequação* e *necessidade*), (três elementos: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*) e (quatro elementos: *pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos*, *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*).

Entendendo-se como correta a estrutura que abarca três elementos, o operador do Direito deverá, em primeiro lugar, analisar a *adequação* da medida, isto é, se a mesma é apta a produzir o resultado desejado. Em seguida, refletirá quanto à sua *necessidade*, vale dizer, se se trata, entre as medidas adequadas, do meio menos gravoso para se atingir o fim. Por fim, fará uma ponderação entre a intensidade da restrição promovida com o meio e a importância do atingimento do fim (*proporcionalidade em sentido estrito*).

A título de exemplo, cabe registrar que o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, quando de seu voto-vista no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, julgamento em 29.11.2016, no qual se discutiu a constitucionalidade da criminalização do aborto, cogitou a respeito do princípio da proporcionalidade, desenvolvendo o seguinte raciocínio:

"2. Violação ao princípio da proporcionalidade.

33. O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

34. Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. [...].

35. [...] na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos

direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

2.1. Subprincípio da adequação

35. Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. [...].

39. [...] a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

2.2. Subprincípio da necessidade

40. Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

41. Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. [...].

2.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

43. Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. [...]” (STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, voto-vista do Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 29.11.2016)

No referido *Habeas Corpus*, a Primeira Turma do Supremo, aplicando o princípio da proporcionalidade, estabeleceu um limite à atuação estatal (mormente no que concerne ao poder de criminalizar determinados comportamentos), entendendo que a restrição estabelecida no Código Penal quanto à prática abortiva antes do terceiro mês de gestação não encontra acolhida junto ao Texto Constitucional.

Ademais, conforme já decidiu a Corte Magna, “o princípio da proporcionalidade acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais” (STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 02.04.2003).

4. CONCLUSÃO

Conforme consignado, as normas constitucionais, de forma diversa dos demais regramentos normativos, não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional, em certa medida, são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência forjaram um arcabouço de princípios (princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio do efeito integrador, princípio da força normativa, princípio da máxima efetividade ou eficiência e princípio da justeza ou da conformidade) a serem manejados pelo exegeta quando da tarefa interpretativa do Texto Magno.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 18 mai. 1994.

_____. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 160.486/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11 out. 1994.

_____. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2 abr. 2003.

_____. STF. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6 mar. 2008.

_____. STF. Recurso Extraordinário nº 560.626/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12 jun. 2008.

- _____. STF. *Habeas Corpus* nº 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 6 mar. 2012.
- _____. STF. Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 20 mar. 2014.
- _____. STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1 jul. 2014.
- _____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.203/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 30 out. 2014.
- _____. STF. Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* nº 124.137/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 17 mai. 2016.
- _____. STF. *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, Primeira Turma, voto-vista do Min. Roberto Barroso, julgamento em 29 nov. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Método, 2009.
- OLIVEIRA, José Alfredo de. *Teoria da Constituição*, São Paulo, Resenha Universitária, 1979.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.



<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>

Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 3218-8648 ♦ 3218-8646 ♦ 3218-8645
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região